

N.º 134
JEL



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ARAGON"

**ANALISIS DE LA SITUACION JURIDICA DEL TERCERO
QUE RECIBE AL MENOR, SEÑALADO EN EL ARTICULO-
366 BIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO
FEDERAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FERNANDO GARCIA MERAZ

SAN JUAN DE ARAGON,

1992

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ANALISIS DE LA SITUACION JURIDICA DEL TERCE
RO QUE RECIBE AL MENOR, SEÑALADO EN EL AR-
TICULO 366 BIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE EN
EL DISTRITO FEDERAL.

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I GENERALIDADES.

1.1.- DELITO	1
1.1.1.- CONCEPTO	1
1.1.2.- ELEMENTOS	7
1.1.3.- CLASIFICACION	12
1.2.- MOTIVOS DE CREACION DEL TIPO	17
1.3.- UBICACION DEL TIPO EN EL CODIGO PENAL	20

CAPITULO II ARTICULO 366 BIS

2.1.- DENOMINACION	22
2.2.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO	33
2.3.- DESCRIPCION TIPICA	40
2.4.- ATENUANTES	48
2.5.- AGRAVANTES	54
2.6.- PENA ACCESORIA	59

CAPITULO III	PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA	
3.1.-	PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DELITO	65
3.2.-	PUNIBILIDAD COMO FACULTAD DEL ESTADO	71
3.3.-	EXCUSA ABSOLUTORIA ASPECTO NEGATIVO DE LA PUNIBILIDAD	79
3.4.	EXCUSAS ABSOLUTORIAS	86
CONCLUSIONES	93
BIBLIOGRAFIA	97

I N T R O D U C C I O N

Para iniciar este trabajo, expondré las razones que - me motivaron para efectuarlo con tema de Análisis de la Situación Jurídica del tercero que recibe al menor, señalado por el artículo 366 Bis del Código Penal del Distrito Federal.

Los infantes o menores de edad, son individuos que -- dentro de la sociedad humana, requieren de la mayor protección posible, tan es así que se ha creado el artículo 366 Bis, precisamente para, garantizar que sus derechos serán respetados incluso por sus mismos ascendientes o custodios.

Con esto quiero decir que los menores de edad debido a su condición no pueden, defender sus derechos por sí mismos, correspondiendo a los ascendientes o custodios el velar por los mismos, circunstancia que en algunos casos no sucede (cada día son -- más); ya sea por malas costumbres, vicios, falta de interés o incluso por ignorancia de los ascendientes o custodios.

En el caso anterior la sociedad por conducto de su gobierno entra a suplir esa obligación de proteger a los menores - aplicando la pena que corresponde a los ascendientes o custodios, a los que los auxilian o motivan a desprenderse de sus hijos, e incluso a los que reciben al menor; de acuerdo a lo que establece el artículo 366 Bis del Código Penal para el Distrito Federal, y en cuanto al menor, el gobierno lo canaliza hacia alguna institución

especializada de atención.

Pero esto último no siempre es posible, ya que hay - que reconocer que aún cuando en nuestro sistema de gobierno ha te nido considerables avances, todavía se carece de instituciones su ficientes para la debida atención de las necesidades de todos los ciudadanos, y en concreto es bien sabido que las instituciones en cargadas de proteger a los menores maltratados, abandonados y/o - explotados; son insuficientes.

Por lo que considero que el tercero que, con el consentimiento del ascendiente, recibe al menor y lo ingresa a su se no familiar con todos los beneficios que esto representa, pague o no por ello, está auxiliando a la sociedad en una de sus deficien cia s y al mismo tiempo está evitando que un menor más vaya a en - grosar las nóminas de niños maltratados, explotados y abandonados.

Entonces creo que se debería modificar el artículo - 366 Bis en el sentido de que se estableciera una excusa absoluto - ria en favor del tercero que con el consentimiento de los ascen - dientes recibe al menor y lo ingresa a su seno familiar, independientemente de que se estableciera la obligación del tercero a -- efectuar los trámites legales para la debida adopción de dicho me nor.

En el capítulo primero hablamos de los elementos del delito en forma general, así como de los aspectos relativos a cua

les fueron las causas o circunstancias que dieran motivo a la creación del tipo legal que nos ocupa en este estudio así como también en manifestar nuestro punto de vista en cuanto a la ubicación del mismo tipo legal (art. 366 Bis) dentro de la estructura del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

El segundo Capítulo, utilizaremos los conceptos analizados en el capítulo primero para estudiar en específico el artículo 366 Bis del Código Penal, para de esta manera establecer su denominación, el bien jurídico tutelado, los diferentes casos que señala este artículo efectuando especial análisis en lo relativo al tercero que recibe al menor desglosando la descripción típica, y - por último veremos en esencia la pena, las atenuantes y agravantes que señala el tipo legal en estudio.

En el último capítulo se ve la punibilidad como elemento especial del delito, como facultad del estado; su aspecto negativo en la excusa absolutorias que se manejan dentro de nuestra legislación, con la finalidad de tener elementos suficientes, para fundamentar la propuesta de reforma al artículo 366 Bis del Código Penal vigente en el Distrito Federal en cuanto a la pena aplicada al tercero que recibe al menor y así establecer una excusa absolutoria a favor de éste, cuando la recepción la realiza de buena fe e ingresa al menor a su núcleo familiar con todos los beneficios inherentes a tal incorporación.

CAPITULO I GENERALIDADES

1.1.- DELITO

1.1.1.) CONCEPTO

El delito siempre ha constituido una amenaza para la sociedad sin importar tiempo, lugar, pues es dañino a su existencia y conservación.

El ser humano ha tratado siempre de definir los conceptos que le preocupan por la necesidad de utilizar fórmulas más simples de trabajo.

En toda sociedad los juristas han tratado de definir los conceptos básicos relacionados con su actividad.

Sin embargo hay obstáculos que impiden día con día la elaboración de tales conceptos, cuyas bases intelectuales están sujetas al cambio histórico uno de ellos es el delito.

La definición del delito hace al ser humano recurrir a las raíces más profundas de la cultura en su momento y lugar -- geográfico, y ha logrado ciertamente, aunque con limitaciones propias, también relacionadas con el tiempo y el espacio.

Reconociendo que el momento histórico influye determinadamente en las escalas valorativas de las culturas de los pueblos, es Jon Maggiore quien nos proporciona la siguiente defini-

ción; "Toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico; y desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una explicación consistente en la pena". (1)

Pesina piensa que "el delito es una negación del de recho a un ataque al orden jurídico". (2)

Rossi sostiene que el delito es "La infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos". (3)

Es Francisco Carrara, quien siempre con profundidad en sus construcciones jurídicas nos señala su definición de delito "Es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (4)

Es difícil conformarse con una de estas definiciones, cualquiera, porque nos confunde con ilícito civil, porque no nos proporciona la esencia del concepto, o quizás porque es relativa la permanen-

-
- (1) Cit pos CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL; "Derecho Penal Mexicano". pag. 211 Editorial Porrúa 14ava. edición.
- (2) Ibidem pag. 210
- (3) Idem.
- (4) CASTELLANOS TENA, FERNANDO; "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" pags. 117-118 Editorial Porrúa, décimoquinta edición.

cia histórica de la definición o porque como nos señala Raúl Carrancá Trujillo, son inútiles los esfuerzos hechos para elaborar una noción filosófica el delito independiente del tiempo lugar, puesto que el delito tiene sus raíces unidades en las realidades sociales y humanas cambiantes en tiempo y espacio.

Jiménez de Azúa acabó con muchos intentos de juristas por definir lo que tan difícil es, diciendo: "La definición del delito nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos. (5), y son numerosos los códigos modernos que no definen el delito.

.- Tendencia moderna predominante.

Es así, como la dogmática moderna ha preferido fijar el concepto jurídico del delito según los efectos técnicos - jurídicos:

El mismo Jiménez de Azúa define el concepto como un acto típico antijurídico, imputable, culpable, sancionado con -- una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad". (6)

Beling prefirió partir de la violación de la norma recogida por el precepto penal al formular los tipos de delito - para formular su noción jurídica.

(5) JIMENEZ DE AZUA, LUIS; "La Ley y el Delito" pag. 201 Editorial Hermes, Primera edición, México 1986.

(6) Ibidem pag. 201.

"Es una acción (conducta humana), típica (contraria al derecho) antijurídica, culpable, reprochable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de punibilidad". (7)

El aporte de Carranca, es el que a continuación -- enunciamos: "El delito es siempre una conducta (acto u omisión), reprobada (amenaza de una pena por la ley Penal), rechazada (sancionada)".

El criterio de la definición de nuestro actual Código Penal se puede extraer de la siguiente frase:

"Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales expuesto está el criterio en el artículo séptimo, cuyos caracteres constitutivos son:

Acción: Acto u omisión; Voluntad manifiesta por un movimiento del organismo prohibido por la ley, o una ausencia de ejecución de un hecho positivo ordenado por la ley. Cambio o peligro de cambio producido en el mundo exterior. Sanción, por la ley, a dicha acción. Es la misma ley, quien se obliga, en respeto del artículo 14 constitucional, a describir los tipos penales, únicos, de acciones penales.

(7) Cit pos VILLALOBOS, IGNACIO; "Derecho Penal Mexicano" parte general pag. 210 Editorial Porrúa, tercera edición México 1978.

(8) Up Cit. CARRANCA TRUJILLO, RAUL; pag. 212.

Villalobos dice "Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa que lleve consigo lo material y formal del delito y que permita un desarrollo conceptual por el estudio de cada uno de sus elementos". (9)

Respecto a la parte final del precepto en cuestión, Villalobos señala que el estar "sancionado con una pena", no conviene a todo lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas disciplinarias, o sólo faltas sancionadas con penas, sin ser delitos. Tampoco conviene a todo lo definido pues hay delitos que gozan de excusa absolutoria y no por ellos dejan de ser delitos.

Una definición descriptiva puede acumular propiedades de lo definido, de tal modo que radiquen en lo definido o relacionados con él, de tal suerte que acompañen a todos los individuos de la especie a través del tiempo y espacio. Tendremos que prescindir de definiciones que no ayuden a la esencia del delito, recurriendo a definiciones jurídico-sustanciales, de las que se extraiga el concepto mismo del delito.

Al respecto, la doctrina tiene un problema aún, aunque de más fácil solución; en nuestra opinión, éste es el de acordar el número y especificación de los elementos constitutivos del delito.

(9) Up Cit. VILLALOBOS, IGNACIO; pag. 209.

Carlos Bindig dice: "Delito es el acto antijurídico culpable que tiene como consecuencia una pena". (10) De donde se desprende un acto antijurídico y culpable.

Edmundo Mezger: ". . . es la acción típicamente antijurídica y culpable". (11) Mezger menciona un elemento nuevo, la tipicidad.

Para Cuello Calón, es "la acción humana, antijurídica típica culpable y punible". (12) Este es otro elemento, la punibilidad.

Jiménez de Azúa: "delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (13)

Aparecen como nuevos elementos la imputabilidad y las condiciones objetivas de penalidad como parte de los siete elementos constitutivos del concepto.

En nuestro punto de vista sólo son cuatro dichos -- elementos constitutivos del delito: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Creemos que la imputabilidad es un pre-

(10) Ibidem pag. 200

(11) Ibidem pag. 210

(12) Cit Pos. CASTELLANOS TENA, FERNANDO; Up Cít. pag. 130

(13) Infra pag.

- Ausencia de Conducta: a).- El sueño
 b).- Sonambulismo
 c).- Sugestión
 d).- Hipnosis
 e).- Narcosis
 f).- Actos reflejos
 g).- Actos instintivos
 h).- Actos mecánicos
 i).- Fuerza física exterior irresistible.

TIPICIDAD.

La conducta adecuación del hecho antisocial al supuesto legal denominado tipo legal o sea, es una identificación de lo concreto con lo abstracto, la adecuación de una conducta a la descripción legal de un hecho que erige al hecho mencionado - en delito y lo hace merecedor de una sanción penal proporcionada.

Elementos del tipo.

- a). **Objetivos:** 1. Calidades referidas al sujeto activo.
 2. Calidades referidas al sujeto pasivo.
- b). **Normativos:** Presupuestos del sujeto típico (activo) que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho.
- c). **Subjetivos:** Aquéllos referidos a un fin o motivo de la -- conducta descrita.

Atipicidad.

- a). Cuando faltan las calidades referidas al sujeto activo
- b). Cuando faltan las calidades referidas al sujeto pasivo
- c). Cuando hay ausencia de objeto o bien jurídico tutelado
- d). Cuando habiéndose dado la conducta están ausentes las referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo.
- e). Cuando se dan en la conducta los medios de comisión señalados.
- f). Cuando faltan los presupuestos del injusto típico.
- g). Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto requeridos expresamente en el tipo.

ANTI JURICIDAD

La antijuricidad existirá en cuanto exista adecuación al tipo representando oposición a la norma, careciendo la conducta de alguna causa de justificación.

Causas de Justificación

- a). Estado de necesidad
- b). Legítima defensa
- c). Cumplimiento de un deber
- d). Ejercicio de un derecho
- e). Impedimento legítimo
- f). Consentimiento del ofendido.

IMPUTABILIDAD

La imputabilidad se define como la capacidad condi-

cionada por la madurez y salud mental, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.

Causas de inimputabilidad.

- a). Miedo grave
- b). Temor fundado.
- c). Estado de inconsciencia.
- d). Ignorancia de causas del ofendido.

CULPABILIDAD.

La culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Formas de culpabilidad.

- a). Dolo: Producción de un resultado típicamente jurídico con consecuencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad, existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción, y con representación del resultado que se quiere o ratifica.
- b). Culpa: Resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado, de una acción u omisión, voluntarios y evitables si se hubieran observado los deberes im-

puestos por el orden jurídico y aconsejados por el uso o costumbre.

c). Preterintencionalidad: Es una mistura de dolo y culpa (artículo 9 del Código Penal Federal), se castiga como delito doloso o preterintencional.

Causas de inculpabilidad.

- a). Por error de hecho esencial o invencible
- b). La no exigibilidad de otra conducta.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Las condiciones objetivas de punibilidad (cuya naturaleza aún no ha sido satisfactoriamente precisada) sólo por excepción son exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de la pena.

PUNIBILIDAD.

Se llama punibilidad a la amenaza de pena que el poder público asocia a las infracciones de los deberes, consignadas en las normas de derecho citadas para garantizar el orden social.

Excusas Absolutorias.

- a). En razón a móviles afectivos (artículo 151 Código Penal del Distrito Federal).
- b). En razón de la copropiedad familiar (artículo 377, 385 y 390 del Código Penal del Distrito Federal).
- c). En razón a la maternidad consiente (artículo 333 del Código Penal del Distrito Federal).
- d). En razón del interés social preponderante (artículo 139, 270 y 334 del Código Penal del Distrito Federal).
- e). En razón de la temibilidad especialmente mínima (artículo -- 375 y 154 del Código Penal del Distrito Federal).

1.1.3.) CLASIFICACION

Ya que hemos dado la pauta a seguir y asentando la - postura en que concebimos al delito, se presenta la clasificación del delito desde diversos puntos de vista y así lograremos una ma yor proyección del mismo en el campo de su aplicación. Según la infracción de que se trate se distinguen los delitos de las faltas, esta es una división bipartita. La división tripartita nos habla de crímenes, delitos y faltas o controversias.

Todas estas divisiones son innecesarias en nuestro - derecho ya que nuestro código se ocupa de delitos en general, subsumiendo las infracciones que son de carácter administrativo". (14)

(14) Up Cit. CASTELLANOS TENA, FERNANDO; pag. 135

A su vez Jiménez de Azúa nos habla de que en realidad todos los delitos se resumen en sólo tres, que son homicidio, violación y robo; aclarando que los demás delitos como pueden -- ser infanticidio aborto, rapto, estupro, abuso de confianza fraude, solamente están girando alrededor de las características - - esenciales de los primeros. (15)

Según la conducta del agente el delincuente puede - desarrollar dos clases de conducta; ya sea una acción o una omisión o dicho de otra manera puede consistir en un hacer o no hacer. Los de acción se configuran mediante un hacer positivo, ya que toda acción implica un resultado, siendo este resultado el - hacer positivo; con esto se viola una disposición de carácter - prohibitiva. Asimismo nos encontramos con los delitos de omisión en que la conducta delictiva se denota precisamente en el - NO HACER, en esta situación vemos que se viola una disposición - de carácter positiva en que imponga un hacer, para mayor comprensión de lo expuesto daremos un ejemplo: En el artículo 302 del - Código Penal para el Distrito Federal se establece "Comete el de lito de homicidio el que priva de la vida a otro". (16) Aquí en con tra mos un claro ejemplo de acción, en que el agente en este - caso precisa un hacer para colocarse en el ilícito penal. Tam- bién en el artículo 340 del Código Penal para el Distrito Federal

(15) Ibidem.

(16) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL; Colección Porrúa, 45ava. edición México 1989.

encontramos que a la letra dice: "Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a si mismo o a -- una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de uno a dos meses de prisión o multa de -- diez a cincuenta pesos si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle auxilio necesario cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal". (17) Aquí encontramos el caso típico -- en que el agente se encuadra en la conducta que exige el precepto legal para considerarlo imputable del delito que se preceptúa en el artículo 340 de nuestro Código Penal puesto que el agente con una omisión (no hacer) se identifica con el tipo legal.

También los delitos de omisión se dividen en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, los primeros ya fueron explicados, nos falta solamente, en forma breve y a groso modo, conceptuar los de comisión por omisión y los trataremos diciendo que estos delitos se realizan cuando el agente con una -- omisión configura un "equis" delito; estando consiente el individuo del resultado que da su omisión, ejemplo de esto lo tenemos cuando una persona cuida a un enfermo y ésta sabe que si le deja de suministrar las medicinas al enfermo morirá. Así vemos que -- el agente en este caso comete una omisión (no suministrar las medicinas al enfermo) y también una comisión (porque sabe que el -- enfermo morirá.

(17) Ibidem.

En orden al resultado, los delitos se clasifican en dos grupos que son formales y materiales; los primeros también - se les denomina de simple actividad o de acción; a los segundos se les llama delitos de resultado.

La división conforme al resultado es tajante, pudiendo decir que todos aquellos delitos que no precisan de un resultado material sino que en sí el delito es de peligro, ejemplo: portación de armas prohibidas, vagancia y malvivencia. etc., se reputarán como formales; todos los demás en que se obtenga un resultado se denominarán materiales, ejemplo de ellos tenemos el delito de homicidio, el cual se requiere una mutación del medio para -- que se integre el delito.

Por su duración. Los delitos se dividen en instantáneos continuos; se llama delito instantáneo aquel cuya realización termina en el momento mismo de consumarse, como golpe, una injuria.

El delito continuo admite dos subespecies que son: - delito continuado y permanente. Los delitos permanentes que el Código Penal para el Distrito Federal llama continuos en su artículo 19, caracterizándolos como aquellos "en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo la acción o la omisión que - los constituyen". El delito permanente (o continuo) no debe confundirse con el continuado", en que una serie de conductas confi-

guran una consumación" (18), por ejemplo de delito permanente tenemos el secuestro, privación ilegal de la libertad y de delito continuado tenemos el de robo hormiga.

Delitos simples y complejos. En su función de su estructura el Maestro Soler los clasifica en simples y complejos diciendo: Se llamará simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como en el homicidio, en ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible. Delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva -- nueva, superior en gravedad a las que componen, tomadas aisladamente". (19) Debemos aclarar, que no es lo mismo delito complejo que concurso de delitos, la diferencia estriba en que el delito complejo la misma ley crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado pero es un mismo sujeto quien las ejecuta como ejemplo tenemos el robo a casa habitación artículo 381 Bis del Código Penal para el Distrito Federal donde el legislador crea esta figura subsumiendo el robo simple y el allanamiento de morada.

Delitos Unisubsistentes y plurisubsistentes, basados en el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos

-
- (18) UNAM DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO; Tomo D-H, pag. 870, 2a. edición, México 1987.
- (19) SOLER SEBASTIAN; "Derecho Penal Argentino", Tomo I, Pag. -- 204, Buenos Aires, 1959.

se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un sólo acto, en cambio los segundos constan de varios actos.

Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos; la clasificación que a continuación haremos mención, se basan en la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho -- descrito en el tipo.

Por su forma de persecución; dentro de nuestra legislación penal existe un grupo de delitos que pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido y son los llamados privados ó de -- querrela necesaria, cuya persecución es posible si se llena el requisito de la querrela de la parte ofendida. Existe otra clase -- de delitos que se persiguen de oficio y son todos aquellos en que la autoridad por mandato legal está obligada a actuar, persiguiendo y castigando a los culpables aún sin la voluntad del ofendido; consecuentemente en estos delitos no tiene ningún efecto el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

1.2.- MOTIVOS DE CREACION DEL TIPO.

El artículo 366 Bis fue creado por iniciativa del poder Ejecutivo Federal, en diciembre de 1983, representando un nuevo delito ya que éste carece de precedentes en nuestro sistema penal.

En la exposición de motivos de la iniciativa referida se expresa que: "No ignora el Ejecutivo y desea subrayarlo que en este ámbito aparecen múltiples y a menudo dolorosos problemas individuales y sociales, que es preciso abordar mejorando y actualizando nuestras fórmulas jurídicas, en los términos que resultan del progreso de las disciplinas penales y, particularmente, de la equidad aplicada a las cuestiones que comprende el derecho punitivo, en cuyo marco entran en juego valores trascendentes para el ser humano y para la comunidad" (20) y continúa diciendo "En realidad se presentan casos de verdadero tráfico de menores, que son materialmente vendidos por quienes tienen el derecho y la obligación de hacerse cargo de ellos, conducta que permanece impune, -- por sí misma, dado que no existe tipo penal que la incrimine. En tal virtud, el proyecto sugiere introducir un artículo 366 Bis, - incorporando esta figura delictiva y previniendo un trato especial para el caso en que la entrega o la recepción obedezcan a móviles que incluso puedan significar beneficio para éste". (21)

Es de remarcarse que de acuerdo con la exposición de motivos antes transcrita, se justifica la creación del tipo el hecho de que se ha venido dando un creciente comercio con los menores por parte de los que tienen la obligación de proporcionarles protección. Coincidimos en que es necesario sancionar la prácti-

(20) DE LA MADRID HURTADO, MIGUEL; "El marco Legislativo para el Cambio", Vol. 6, Septiembre a Diciembre 1983, Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República.

(21) Op. Cit. pag.

ca de tráfico de menores que se ha convertido en un negocio lucrativo y sin riesgo para las personas que sin el más mínimo respeto a la integridad de la familia y protección del menor, han venido realizando esta actividad, pero también creemos que es necesario que en el caso de el tercero que recibe al menor y lo ingresa a - su seno familiar, debería tener mejor trato por la Ley ya que éste proporciona protección y familia al menor, sin causarle perjuicio alguno.

Comenta al respecto el Dr. Sergio García Ramírez, -- "En la experiencia del Ministerio Público del fuero común se ha - observado la frecuencia con que incurre en ciertas conductas que afectan a menores y a quienes sobre éstos ejercen la patria potestad o la tutela, sin que propiamente se configure la hipótesis delictiva que con el extraño nombre de robo de infante existente entre los tipos de secuestro recogidos en el artículo 366.

En el caso que se trata, que dió lugar al nuevo artículo 366 Bis, hay un fenómeno de entrega recepción o tráfico de - menores de edad, diversamente contemplado y sancionado en función de que exista o se carezca del consentimiento del ascendiente o - del custodio, de que haya lucro en favor del que hace la entrega o ésta se produzca sin beneficio económico para el que la realiza, de que reciba al menor con propósito digno, para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación. Se sanciona este supuesto, sin embargo, porque el acto - de recepción, no obstante su pausable motivo se produce contravi- niendo las normas que prevalecen en el campo de las relaciones fa

miliares. En efecto, distinto tratamiento ameritan la tutela, -- consagrada por la Ley y la recepción ilegítima, jurídicamente desviada, de un menor de edad pese al ánimo admisible y hasta encomiable de quien lo recibe". (22)

En cuanto a la afirmación del Dr. Sergio García Ramírez en el sentido de que la sanción para el tercero que recibe al menor, para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, se justifica en que el acto de recepción se produce contraviniendo las normas que prevalecen en el campo de las relaciones familiares. Nos parece que es un análisis que no ha tomado en cuenta todas las circunstancias que implica la conducta del tercero que recibe al menor y señalar que debe ser sancionado, con una pena corporal, por no haber celebrado las formas de la Ley familiar, es tanto como afirmar que aquel que otorgue una donación sin observar los lineamientos de la Ley de la materia será merecedor a una pena corporal.

1.3.- UBICACION DEL TIPO EN EL CODIGO PENAL.

El tipo penal se ubica en el título Vigésimo Primero del Código Penal para el Distrito Federal, bajo el rubro de privación ilegal de la libertad y de otras garantías.

En la exposición de motivos de la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal (23), en que propone la creación del

(22) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO; "Justicia y Reformas Legales", Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 1970.

(23) Op. Cit.

artículo 366 Bis no clarifica cual es el objeto jurídico tutelado ni el por qué se integra al título Vigésimo Primero del Código Penal del Distrito Federal, solo da a entender que el propósito de este tipo penal es a efecto de proteger el derecho de los menores a ser protegidos y el de respetarse su status familiar y por ende procurar la conservación del núcleo familiar.

El vigente Código Penal no contiene un título especial, destinado a exponer, con mayor o menor acierto, los delitos de esta naturaleza, dado que los mismos están esparcidos en sus diversos títulos en forma insistemática.

En nuestra opinión debería integrarse un nuevo título en el Código Penal que agrupara a todos los delitos que atentan contra el orden de la familia, en el que se ubicaría el tipo consagrado en el artículo 366 Bis ya que, pensamos, que la intención del Legislador es el sentido de proteger los derechos del menor en cuanto a ser protegido y a respetar su status familiar, -- así como la conservación del núcleo familiar que es la base de la sociedad.

CAPITULO II ARTICULO 366 BIS

Como al inicio de nuestra exposición en el capítulo anterior, hablamos de generalidades del delito, en este capítulo vamos a utilizar tales conceptos y otros, para intentar analizar el artículo materia o tema de nuestro trabajo.

Así, estableceremos su denominación o tipo, buscaremos el bien jurídico tutelado por la norma, luego, observaremos - su descripción típica, esto es que a diferencia del tipo que estudiemos en el inciso 2.1. de este capítulo, en la descripción típica, analizaremos la tipicidad, esto es la conducta del sujeto ya encuadrado en el tipo legal descrito.

Por último, veremos situaciones de la pena como son las atenuantes, las agravantes y la pena accesoria.

2.1.- DENOMINACION

Antes de buscar alguna denominación al tipo, que nos permita de alguna manera llamarle, procuraremos tener al menos un solo concepto de lo que la denominación significa.

En este aspecto el diccionario castellano nos dice - que por denominación debemos entender:

"Nombre con que se designa una persona o una cosa" (1)

En tal forma que la denominación o el nombre que le podemos encontrar a este tipo que establece el artículo 366 Bis debe de identificarse directamente al tipo determinado por la ley y no solo eso, sino que en el análisis, el tipo mismo nos dará el nombre y su clasificación, y una vez que la hayamos enfrentado con las diferentes clasificaciones del delito, encontraremos claramente su denominación.

Por otro lado queremos expresar, que podría ser cuatro los nombres del título de este tipo, podría ser como lo utiliza Mariano Jiménez Huerta quien sobre este tipo nos dice:

"En la tutela de la libertad en la precipitadísima reforma de 1983, aparece un nuevo delito con el número 366 Bis, consistente en la entrega de un menor a un tercero" (2)

Por otro lado, pudiese llamarse como lo hacen Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas en el Código Penal anotado denominándolo subtipo del delito de secuestro.

O podría ser que acopláramos nuestra idea, a lo que -

-
- (1) Diccionario Larousse Ilustrado; México, Editorial Larousse, 1981, pág. 214.
- (2) Jiménez Huerta, Mariano: "Derecho Penal Mexicano" México, -- Editorial Porrúa, S. A., Quinta edición, 1984, pág. 130.

establecen en el Código Penal del Estado de México en el capítulo IV del subtítulo V que se refiere como abandono de familiares y tipificándolo en los artículos 255 y 256.

Por último, consideramos podría ser la más acertada, la denominación de tráfico de menor, como lo hace la exposición de motivos de la iniciativa de la reforma al Código Penal, aparecida en el diario oficial de la Federación en el número diez de enero - 13 de 1984.

Sea cual sea la denominación que tengamos que emplear, ésta solamente la podemos extraer claramente si desglosamos el tipo y lo clasificamos independientemente y luego lo enfrentamos a cada uno de estos conceptos dados; por lo que procederemos a hacer lo.

El tipo, es sin lugar a dudas uno de los elementos integrantes del delito sin el cual no existiría tal.

Lo anterior, es totalmente justificable, a la luz de lo estricto que es el derecho Penal.

Una garantía constitucional que establece la exigencia del tipo o la denominación exacta y correcta de la conducta es el párrafo III del artículo 14 Constitucional el cual establece -- "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por la mayoría de razón, pena alguna que no es-

té decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". (3)

Es tajante la legislación en este sentido, si hay una descripción típica en el Código Penal, la misma debe ser considerada como delito.

Esto viene a afirmar el principio que no existe delito sin ley y no existe pena sin ley.

En este sentido el comentario del maestro Héctor Fix Zamudio, nos dice:

"En efecto, por lo que respecta al proceso penal, el III párrafo del artículo 14 Constitucional prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida por la ley exactamente (en realidad - estrictamente) aplicable al delito de que se trata, principio esencial del enjuiciamiento criminal, que se conoce tradicionalmente - por el aforismo: Nullum crimen nulla poena sine lege y como bien - indica la doctrina, abarca también el de nulla poena sine iuducium". (4).

Tenemos como el tipo que se va a describir la conduc-

-
- (3) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial PORRUA, S. A., 89 edición, 1990, pág. 13.
- (4) Fix Zamudio, Héctor; Comentarios al artículo 14 Constitucional, dentro de; "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, U. N. A. M., 1985, págs. 38 y 39.

ta delictiva, una vez que se da en la práctica, esta descripción tiene que ser la exactamente aplicable.

Ahora bien en el capítulo anterior, ya hablamos algo del tipo, pero no lo definíamos con exactitud, por lo que en voz del maestro Fernando Castellanos Tena, el tipo es: "La creación - legislativa, es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una - conducta concreta con la descripción legal formulada en --- abstracto". (5)

En consecuencia de lo expuesto tenemos que esa descripción que hace el legislador, y que va dirigido a que la sociedad tenga una cierta organización y respeto hacia los derechos, - bienes y personas, esta circunstancia, va ir aunada a que por la seguridad jurídica del derecho, las personas tengan que respetar los tipos legales establecidos, y no solo penales, sino también - derechos civiles, laborales, fiscales, etc.

Vamos a pasar a transcribir el artículo que nos va a ocupar en este capítulo y cuyo contenido vamos a ir desglosando - para analizarlo:

"Artículo 366 Bis.- Al que con el consenti-

(5) Castellanos Tena, Fernando: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"; México, Editorial Porrúa, S. A. 15ava. edición, 1981, pag. 165.

miento de un ascendiente que ejerza la --pa-
tría potestad o de quien tenga a su cargo -
la custodia de un menor, aunque ésta no haya
sido declarada, ilegítimamente lo entregue a
un tercero para su custodia definitiva a cam-
bio de un beneficio económico se le aplicará
pena de prisión de dos a nueve años y de dos
cientos a quinientos días de multa.

La misma pena a que se refiere el párrafo an-
terior se aplicará a los que otorguen el con-
sentimiento a que alude este numeral y al --
tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace -
sin la finalidad de obtener un beneficio eco-
nómico, 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 in-
corporación, la pena se reducirá hasta la --
cuarta parte de la prevista en el párrafo an-
terior.

Cuando en la comisión del delito no exista el
consentimiento a que se refiere el párrafo --

inicial, la pena se aumentará hasta el doble - de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas se privará - de los derechos de la patria potestad, tutela o custodia, en su caso, de quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito al que - se refiere el presente --artículo". (6)

Son varios los elementos del tipo, que se requieren para que éste se integre; en primer lugar, se necesita la existencia de un menor de edad, y que éste sea entregado por alguna persona ya sean sus padres o quienes lo tenían en custodia para ser entregado a otra, a cambio de un beneficio económico.

Este es el tipo principal, del cual se desprenden -- las hipótesis que el tipo mismo describe.

En consecuencia, la conducta establecida por el numeral citado debe necesariamente ser una conducta de acción, esto - es que se ejercen movimientos musculares para llegar y traer al - menor y realizarlo o venderlo.

Evidentemente por el resultado que ocasiona, este delito es material ya que hay una permutación o cambio, de la esfera jurídica del menor.

(6) Código Penal para el Distrito Federal en materia común y en materia Federal para toda la República, México, Ediciones - Delma, 4a. edición, 1991, pag. 134.

Tal y como el maestro César Augusto Osorio nos lo refiere al hablar de la clasificación de los delitos por el resultado al decir: "Por el resultado que producen los delitos se dividen en formales y materiales, los primeros son aquellos que agotan el tipo en la acción u omisión del sujeto activo sin que sea menester para su consumación, la consecuencia de un resultado que altere el mundo exterior . . .

Los delitos materiales requieren para su integración una mutación, un cambio del mundo exterior, un resultado material objetivo apreciado por los sentidos, como el homicidio, las lesiones y otros". (7)

Así, se requiere que el menor, sea entregado al tercero para el efecto de que quede a disposición de éste último.

Por el daño que causa, será de un delito de peligro - debido a que no lesiona inmediatamente el físico del menor sino en su estado emocional y que podría llevarlo a la complicación de su salud.

Así, este daño de peligro, va a poner en riesgo, la posibilidad de producirse un daño.

Por la duración, pudiésemos decir que es continuado -

(7) Osorio y Nieto, César Augusto: "Síntesis de Derecho Penal"; Editorial Trillas, S. A., 1984, págs. 45 y 46.

porque aquí hay una pluralidad de conductas, como es el caso de -- los ascendientes o de quienes ejercen la custodia, entregan al menor a una persona que ha de encargarse de venderlo, por lo que la unidad de propósito es una, esto es la venta del menor, pero no se realiza ni se consuma inmediatamente, ya que esto se realizaría si la venta fuera directa entre los que ejercen la patria potestad, o los que tienen la custodia, y la segunda persona que ha de vender al menor.

En tal forma que si fuera directa la venta el delito se consumaría inmediatamente, pero no, ya que requiere de diversas conductas, y la unidad de propósito delictivo es la misma, por lo que responde al delito continuado que definimos en el capítulo -- primero.

Este por su estructura es un delito complejo, ya que como veremos en el inciso siguiente, los bienes jurídicos que esta norma intenta proteger son variados, y como se establece la concepción del delito complejo, que hemos estudiado en el capítulo primero.

Por el número de actos y sujetos es plurisubsistente y plurisubjetivo ya que es evidente la intervención de cuando menos de tres personas, que son, los que tienen la custodia, o la patria potestad; más el vendedor que solamente será el intermediario en la compra venta y quien realmente realiza el delito y al sujeto a quien está dirigida el tipo; y el tercero que recibe al menor.

Y por su forma de persecución es un delito perseguible de oficio, en que la sociedad en general están interesados en que este tipo de delitos, estén bien controlados, debido a que el comercio con seres humanos, también tiende a internacionalizarse a países donde el índice de la natalidad es inferior.

Por consecuencia, ese delito va a producir buenas ganancias, debido a que se trata de menores de edad que en muchas de las ocasiones no saben ni hablar.

Sobre este comercio con seres humanos el maestro Igor Karpents nos dice: "bajo ese título global (El comercio de seres humanos) agrupamos varios cuerpos de delitos de carácter internacional. Comprende la esclavitud, el comercio de esclavos (incluyendo instituciones y costumbres similares) y también el tráfico con mujeres (incluso la explotación de la prostitución), la trata de niños y el llamado trabajo forzado". (8)

Nótese que en el ámbito internacional, el tráfico de infantes, no solamente es competencia nacional. Por lo regular el tráfico siempre se dirige a otros países, superdesarrollados, en donde las parejas casi no tienen hijos, y compran uno con el fin de formar una familia.

Por lo expuesto, consideramos que la denominación del

(8) Karpents, Igor: "Delitos de carácter Internacional"; México, Editorial Progreso, 1993, pág. 239.

artículo 366 Bis del actual Código Penal, va a estar supeditada no solamente al tipo, sino a las características del mismo como un delito de acción, de resultado material, que produce un daño de peligro, y que por su estructura es complejo, perseguible de oficio.

Así, y una vez clasificado el tipo tenemos que, si es cierto es una entrega de un menor a un tercero, pero lo que al - maestro Jiménez Huerta se le olvida, que esta entrega está supeditada al ingreso de un beneficio económico, por otra parte el subtipo de secuestros no puede ser, ya que las características del secuestro, se realizan sin la participación de quienes ejercen la patria potestad o la custodia. Así, quien está ejerciendo esta potestad, en un momento determinado puede usar la mentalidad del menor, o incluso si es un bebé ni siquiera tiene que convencerlo, ya que sencillamente lo dá. Además de que en el secuestro, se pide rescate por el secuestrado, mientras aquí, lo que se requiere o a lo que se refiere el tipo sin duda es al tráfico o la venta del menor.

Consideramos que la denominación de abandono de familiares que previene el artículo 226 del Código Penal del Estado de México, fué sin duda una reproducción para el Distrito Federal aunque más sofisticada.

Y más que abandono de familiar, el beneficio económico que reporta, al que otorga el consentimiento a quien realiza la

venta es otro elemento distintivo que hay que observar y que ya va ría la naturaleza del simple abandono esto es, que el abandono con siste en dejar, u olvidar una cosa a su destino. Y en el caso que se plantea en el artículo 366 Bis no lo es así, sino más que nada significa un tráfico de infante, o un tráfico de familiares.

Así, la denominación que consideramos ideal y por la cual nos inclinamos sin lugar a dudas es la adoptada en la inicia tiva de Ley al denominar este tipo como tráfico de menores.

2.2.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO

Pudiésemos definir el bien jurídico tutelado como lo hace el maestro Goldstein con las siguientes palabras: "La tutela del bien jurídico es común a todo ámbito del derecho; pero adquiere especial importancia en el ámbito penal, por su particular forma de otorgar esa protección utilizando la amenaza y la pena, y -- también en su función específica la defensa más enérgica de los in tereses especialmente dignos, al punto de los intereses especialmente dignos, al punto de que se dice que el derecho penal es el - protector de los demás derechos, pero, en cierto modo, el bien como objeto de protección del derecho implica una abstracción, porque es un concepto generalizador.

Es el interés medio o genérico tenido en cuenta por el orden jurídico y cuya lesión constituye el contenido material

de lo justo".⁽⁹⁾

El derecho Penal es muy especial, debido a que encuentra su perfección en una sanción que ha de privar de la libertad a una persona.

En tal forma que cada uno de los conceptos del derecho Penal, o de las normas para ser más exactos, va a proteger un interés preponderante para la sociedad en general.

Dicho de otra forma, que la norma, va intentar establecer y proteger más que nada, un bien jurídico tutelado por ésta que será el objeto de protección de dicha norma.

Así tenemos como el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni al hablarnos del concepto del bien jurídico, nos aumenta los conceptos a decir: "Si tuviésemos que dar una definición, diríamos que - el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan.

Los bienes jurídicos suelen decirse que son por ejemplo, la vida, el honor, la propiedad, la administración Pública, - etc. En realidad, si bien no es incorrecto decir que el honor es un bien jurídico, eso no pasa de ser una abreviatura porque el - -

(9) Goldstein, Raúl: "Diccionario de Derecho Penal y Criminología": Buenos Aires, Argentina. 2a. edición, Editorial Astrea 1983, pág. 85.

bien jurídico no es propiamente el honor, sino el derecho a disponer del propio honor, como el bien jurídico no es la propiedad sino el derecho a disponer de los propios derechos patrimoniales".⁽¹⁰⁾

En consecuencia, notamos como lo que en general el -- bien jurídico tutelado es, la protección al derecho que intenta -- proteger.

En el caso que nos ocupa, debemos observar el tema -- del título vigésimo primero del Código Penal el cual habla de: -- "Privación ilegal de la libertad y otras garantías".

Lo anterior nos conduce a pensar que el derecho protegido por este título es sin duda la libertad y diversas garantías constitucionales.

En consecuencia, podemos pensar que la garantía o el derecho a la garantía que el bien jurídico tutelado, intenta proteger en el artículo 366 Bis, (Directamente) la protección al menor de edad.

Ahora bien, para entender si realmente esto significa una garantía Constitucional o no, vamos hablar de ese delito -- de violación de Derechos y Garantías Constitucionales, toda vez -- que éste se encuentra dentro del título del delito que estudiaremos en este trabajo.

(10) Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal"; México, Cárdenas editor y distribuidor, 1986, pag. 410.

Mariano Jiménez Huerta, al comentarnos este delito -- nos dice: "El delito de violación de Derechos y Garantías Constitucionales a que se refiere, con desusada y desorientadora amplitud la fracción II del artículo 354, fué objeto de un más atinado y - razonable trato en el Código Penal de 1871. En el título décimo - de su libro tercero y bajo el rubro de: 'atentados contra las garantías Constitucionales', se clasificaban en diversos capítulos - los atentados inferidos por un particular a los derechos de libertad electoral, de imprenta, de cultos, de conciencia, de trabajo, y demás garantías y derechos concedidos por la Constitución; y dentro de cada capítulo se describan, por sus propios contornos naturales, los distintos comportamientos que integraban cada tipo penal . . .

Una referencia de onda trascendencia en la estructura típica yace en el abismal fondo de la descripción, que también requiere por parte del intérprete una minuciosa indagación no desprovista de esfuerzo creativo, sobre los derechos y garantías establecidas en la Constitución en favor de las personas que racionalmente pueden ser objeto de tales referencias y constituir la luz que ilumina el fondo del túnel tenebroso . . . sólo residualmente los derechos individuales establecidos en la Constitución en favor de las personas y no tutelados en forma específica en un tipo penal . . . puede provisionalmente la prima facie, ser objeto de reenvío.

Empero, esta posibilidad provisoria y dicha prima facie, se desdibujan y oscurecen hasta esfumarse diluidas en la im-

precisión y en la ambigüedad, cuando el intérprete se pregunta - -
cual es la forma típica que debe revestir la violación o el ataque".
(11)

Con lo que el maestro Mariano Jiménez Huerta nos expone, ya podemos ir desglosando un poco el bien jurídico establecido por la norma. Así, el derecho a las libertades que la Constitución presupone, también son accesibles a los menores de edad, no - importando que los mismos, no tengan la capacidad de ejercicio necesaria, pero con la capacidad de goce es más que suficiente para que puedan gozar de las garantías que la Constitución otorga.

Y una de estas garantías establecidas en la misma - -
Constitución es la redactada en los párrafos penúltimo y último --
del artículo cuarto Constitucional, los cuales establecen:

"Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el -
derecho de los menores a la satisfacción -
de sus necesidades y a la salud física y -
mental. La ley determinará los apoyos a -
la protección de los menores a cargo de --

(11) Jiménez Huerta, Mariano; "Derecho Penal Mexicano"; México, Editorial Porrúa, S. A., 2a. edición 1974, pag. 169 a 171.

las instituciones públicas".⁽¹²⁾

Así, los menores de edad, no solamente tienen derecho a tener una familia sino que también a que se les respeten las garantías Constitucionales y libertades que ésta presupone.

En tal concepto, que dentro de la familia, tenemos -- que considerar a una pareja en un momento determinado, con la relación directa de parentesco con los entes que forman dicha unión.

Ahora bien desde el punto de vista sociológico, la pareja nos dice Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro que: "La familia sociológicamente considerada, puede ser o no reconocida por el orden jurídico, si la reconocen es que coinciden ambos conceptos; el jurídico y el sociológico, si no la reconocen es que divergen: la familia poligámica de Turquía dejó de ser jurídicamente posible -- con las reformas de la República Turca; la familia fundada en vínculos religiosos dejó de tener vigencia en México con las Leyes de Reforma.

Nuestro Código Civil no define ni precisa el concepto de familia. Fundado en una concepción individualista. Sólo señala los tipos, líneas, grados de parentesco y regula las relaciones entre los esposos y parientes".⁽¹³⁾

(12) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, S. A. 89 edición, 1990, pag. 10

(13) Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Bñez Rosalía: "Derecho de Familia y Sucesiones", México, Editorial Arla, primera impresión, 1990, pag. 9.

Se desprende del concepto citado, una idea clara y -- precisa de lo que buscamos esto es el núcleo más pequeño de la sociedad que es la familia, no solamente va a estar constituido como un derecho Constitucional sino que está reglamentado en nuestros - códigos.

En nuestros códigos civiles, independientemente de -- los derechos de protección al menor expósito abandonado, es una -- causal de la pérdida de la patria potestad el hecho de dejar abandonado al menor, o exponerlo, por un periodo de 6 meses.

Tal es la relación que establece la fracción IV del - artículo 434 del Código Civil que señala las causas de la pérdida de la patria potestad, y establece; como una de ellas: "Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos, o porque - los dejen abandonados por más de 6 meses".⁽¹⁴⁾

En consecuencia tenemos como el bien jurídico tutelado que intenta proteger la norma, sin lugar a dudas, es la integración familiar, misma que desde los dos últimos párrafos del artículo 4 Constitucional también se intenta proteger.

El artículo 366 Bis, intenta prevenir, que la familia se desintegre en primera instancia, y por otro lado protege al menor, de que éste sea vendido, regalado o donado a otra familia, -- por otro lado, consideramos, que el artículo 366 Bis, del Código -

(14) Código Civil del Distrito Federal, Ediciones Delman, 1991 pag. 84.

Penal que estudiamos en este trabajo, más que nada, refleja una situación reglamentaria de la garantía constitucional, debido al título de el capítulo en donde está inserto en el Código Penal como es la privación ilegal de la libertad y otras garantías.

Así, podemos decir que el bien jurídico tutelado por la norma va a estar dividido en tres, a saber: 1.- La protección de la Garantía Constitucional da al menor de tener derecho a su familia y; 2.- Impedir el comercio con menores; 3.- La defensa de integración de la familia.

2.3.- DESCRIPCION TIPICA

La tipicidad, es la adecuación de la conducta delictiva al tipo, de tal forma que vamos a observar que cada uno de los elementos logran darse.

Partiendo de la definición que sobre tipicidad nos -- proporciona el maestro Fernando Castellanos Tena quien nos dice: -- "La tipicidad en el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con lo -- descrito por el legislador". (15)

Así, el artículo 366 Bis quienes ocupa, va a hilar -- dos elementos de los que hablabamos en el capítulo primero, la con

(15) Castellanos Tena, Fernando: "Lineamientos elementales del - Derecho Penal": Editorial Porrúa, S. A.; 15ava. edición - 1981, pag. 166.

ducta hilada al tipo que produce la tipicidad.

Ahora bien, vamos a iniciar analizando, la primera -- parte del artículo que establece: "Al que consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad"; la norma refleja el consentimiento dado por el ascendiente, que ejerce la patria potestad, de aquí, tenemos tres elementos que analizar, como son el consentimiento, el concepto de ascendiente y la naturaleza de la patria potestad.

El maestro Rojina Villegas al hablarnos de consentimiento nos dice: "El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de Derechos y obligaciones . . . Todo el consentimiento, por tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico".⁽¹⁶⁾

El consentimiento que requiere el tipo, al parecer, - debe estar libre de vicios, esto es de alguna presión de algún dolo o del error.

Pero, consideramos que a este tipo de transacción, incluso con un consentimiento dado totalmente libre, no llena los requisitos de existencia para la configuración de cualquier contrato.

Lo anterior, nos obliga a hablar respecto de los re-

(16) Rojina Villegas, Rafael: "Compendio de Derecho Civil"; Méx. Editorial Porrúa, S. A., Décima primera edición 1982, - - pag. 54.

quisitos de existencia como son que la materia del contrato pueda ser posible, y sea lícita.

Si bien es cierto que el tipo requiere del consentimiento el acuerdo de voluntades donde el punto de vista civil, es ilícito por lo que inmediatamente es un negocio jurídico sin existencia que no ha de producir los efectos legales conducentes.

Por lo que se refiere al término ascendiente, el maestro Rafael de Pina Vara nos dice: "Grado de parentesco constituido por las personas de las cuales se desciende (bisabuelos, abuelos, padres)". (17)

El tipo previsto por la norma no se refiere al grado de ascendiente si es en el primero que serían los padres o el segundo los abuelos o el tercero los bisabuelos.

Por lo que debemos de entender que cualquiera de la línea ascendiente puede estar previsto por el tipo descriptivo.

Ahora bien, por lo que se refiera al tercer término de la Patria potestad, para entender esto vamos a utilizar el concepto que de ésta nos da el maestro Ignacio Galindo Garfias en el sentido siguiente: "Patria potestad toma su origen de la filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijo nacido de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptados. Su -

(17) Pina Vara, Rafael. "Diccionario de Derecho"; México, Editorial Porrúa, S. A., 2a edición, 1970 pag. 52.

ejercicio corresponde al progenitor, o progenitores respecto de -- los cuales ha quedado establecido legalmente la filiación".(18)

Dado que la patria potestad refleja un imperio sobre el menor que todavía no se emancipa, este último tiene la obligación de obedecer lo que el mandato del progenitor o padre, ordene.

En tal concepto, tenemos que estos tres conceptos: de consentimiento, del ascendiente en cualquiera de sus grados, y de la persona que ejerce la patria potestad, o de quien tenga la custodia del menor. Esto quiere decir que cuando menos guarde o cuide al menor, sin que tenga el ejercicio de la patria potestad.

Esta es una situación muy diversa a los tres elementos que habíamos analizado inicialmente.

Ya que esta parte del tipo, menciona claramente a dos personajes, por un lado a los padres, abuelos o bisabuelos, que incluso ejerce la patria potestad, y por otro lado menciona a una -- persona totalmente extraña al menor, toda vez que la guarda y custodia de los menores, puede ser ejercida por cualquier persona.

Esto, nos lo explica brevemente el maestro Rafael de Pina al decir: "La custodia es la guarda, cuidado de una cosa ajena; es la vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad --

(18) Galindo Garfias, Ignacio; "Derecho Civil"; México, Editorial Porrúa, S. A., séptima edición. 1985, pag. 667.

por autoridad competente". (19)

Nótese como no hay una relación directa entre quien va a ejercer la custodia con quien a de cuidarse.

En consecuencia, vamos a tener otros elementos, que el tipo no presenta, va a darle un giro totalmente a la idea de la familia esto es a esa persona que recoge al abandonado, y que de alguna manera, va a tener a un menor de edad, en su guarda y custodia, esto es cuidándolo y manteniéndolo.

Así tenemos por un lado una línea ascendiente, y por el otro lado cualquier otra persona. Además esta última custodia, el tipo no requiere que esté declarada judicialmente.

Frente a estas personas que de alguna manera tienen al menor existe otra a quien va dirigido directamente la carga del tipo y que es la que se refiere al inicio de su redacción con la idea de: "Al que con el "esto quiere decir, que es la segunda persona, quien va llevar a cabo el tráfico del infante en sí.

Esto es que el tipo va dirigido al que con el consentimiento de las personas ascendientes que hemos analizado, y quien lleva a cabo la acción delictuosa, es una segunda persona que tiene el consentimiento de estas personas que tienen a su cargo al menor y que de alguna manera, van a entregarlo a esta segunda persona para que ésta a su vez, realice la venta a un tercero.

(19) Pina Vara, Rafael; op cit pag. 124.

Esta segunda persona es sobre quien recae totalmente el peso de la primera fracción, y a quien debe de aplicarse de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, debido a que sin duda de la acción delictuosa, quien ha de violar las garantías del menor a la familia y quien realiza verdaderamente el tráfico del infante, cuya denominación establecimos al inicio de este capítulo.

Así, el tipo, cuando inicia la redacción de su segunda parte establece: "Ilegítimamente lo entreguen a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico . . ." lo anterior, quiere decir que si una persona tiene la custodia, o simple y sencillamente cuida a un menor y éste lo toma y lo vende por medio de una segunda persona a una tercera para que esta última se quede definitivamente con la custodia del menor tal acción incurre en violación de garantías del menor.

El hecho de que la legislación hable de una situación ilegal, presupone que existe un procedimiento legal para hacer este tipo de traspaso de Derechos familiares como es la adopción.

Y sobre esta nos habla el maestro Antonio de Ibarrola en estos términos: " . . . el mutuo consentimiento naturalmente se limita a la existencia de la adopción: Libre de ligarse por el lazo de la misma, las partes no son libres para reglamentar ni con condiciones ni los efectos pues el legislador, a quien toca fijarlos imperativamente. La adopción en esto se acerca al matrimonio;

como en éste, las partes se adhieren por un acuerdo de voluntades a una institución cuyos cuadros y lineamientos ya están fijados de antemano.

Además la adopción como hemos visto, no sólo se crea de voluntades. Se necesita una sentencia: La adopción es un acto judicial".(20)

La adopción, es la manera legal en que debe realizarse para la transferencia que previene como sanción si no se hace legalmente, el artículo 366 Bis.

En este sentido, se requiere que las partes, vayan ante un juez de lo familiar para que realicen la cesión de obligaciones y derechos, siempre y cuando llenen los reglamentos previstos en la legislación civil.

Pero, esta circunstancia como lo dice el maestro Ibarrola, debe necesariamente ser hecha legalmente.

Así, no importa que exista el consentimiento sin vicios, y como ya vimos por parte del Derecho Civil éste sería un acto inexistente. -

Ya no importa si es el ascendiente, o es cualquier otra persona que tenga al menor, lo que realmente importa, es el privar o intentar detener que el menor sea vendido a diestra y si-

(20) Ibarrola, Antonio de; "Derecho de Familia"; México, Editorial Porrúa, S. A., tercera edición, 1984, pag. 437.

nuestra a cualquier comprador.

Lo anterior independientemente del delito de plagio - secuestro, o robo del infante que proviene del artículo 366.

Esto es que cuando la privación ilegal de la libertad que tenga el carácter de plagio o secuestro, y se requiera dinero para la devolución, esto no va a construir lo previsto por el artículo 366 Bis, sino que debido a la peligrosidad del delincuente, esta situación es un delito especial que sanciona con las penas -- previstas por el artículo 366 como secuestros, plagio, o robo de - infante.

Si anotamos el segundo párrafo del artículo 366 Bis, que dice: "La misma pena a que se refiere el párrafo anterior se - aplicará a quienes otorguen el consentimiento a que aúde este numeral y al tercero que reciba al menor".

Tenemos como en el tráfico por compraventa del menor, esa misma pena de dos a nueve años de prisión y multa va a ser im- puesta también al ascendiente o ascendientes que hayan otorgado su consentimiento, a la persona que realizó el tráfico y a quien esté pagando por el menor, y este último es el quien interesa para nuestro estudio, debido a que si consideramos que si a este menor lo - integra a su núcleo familiar, no basta que se le reduzca la pena - como lo establece el párrafo IV del artículo 366 Bis a una cuarta parte, sino que consideramos podría existir en este momento hasta una excusa absoluta.

Puede existir buena fé en el tercero independientemente, de que pague por el menor puede ser que lo integre a su núcleo familiar, y le de una mucho mejor vida que la que los ascendientes le pudieran dar, en fin, esta transmisión, puede ser benéfica para el menor, por lo que, se debe legislar un poco más a fin de establecer una excluyente de responsabilidad, cuando el tercero integre a su familia al menor y le de el mismo tratamiento que a los - de la propia familia.

Además, que el menor, se beneficie totalmente con tal transferencia.

Para fundamentar esta propuesta, vamos a seguir nuestro estudio, y veremos como adelante el mismo artículo, presenta - ya su atenuación de la pena, en el sentido que vamos a proponer.

2.4.- ATENUANTES.

Como su nomenclatura lo establece la atenuante, va a la pena.

Esto debido a las circunstancias de como se presentan los hechos, y la legislación le da al juez, posibilidades de que pueda disminuir la pena cuando estos se presentan.

Con el fin de comprender esta circunstancia, vamos - a pasar a transcribir lo que el maestro Raúl Goldstein, nos dice

sobre el concepto de circunstancia atenuante.

"Semánticamente, 'que atenuan', concepto - de indudable importancia es el Derecho penal por cuanto determina que el delito puede haberse realizado en circunstancias de una menor peligrosidad o de una menor maldad en el agente, en cuyo caso, no desaparece pero sí se reduciría o atenuaría - su responsabilidad, en las legislaciones - suelen considerarse atenuantes: la embriaguez no habitual ni producida con propósito delictivo; la mayor o menor edad del actor; el no haber tenido intención de causar el mal tan grave como el irrogado; el no haber tenido intención de causar el mal tan grave; el haber ejecutado el hecho de vindicación de una ofensa grave; el haber precedido provocación o amenaza por parte del ofendido . . .

Entiéndase que las precitadas circunstancias atenuantes, al igual que acaecen en las agravantes tienen valor meramente ejemplificativo ya que no son coincidentes en todas las legislaciones . . ." (21).

(21) Goldstein, Radl: "Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, Segunda edición, 1983, pags. 112 y 113.

Así, es de vital importancia la atenuante para nuestro derecho debido a que va a disminuir la pena por las circunstancias del hecho.

Para entender mejor estos conceptos, los maestros Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas nos hablan sobre estas circunstancias al decir: "Las atenuantes son de naturaleza determinadamente subjetiva, lo son: La vejez, la ceguera, la sordomudez, -- los motivos elevados de carácter moral, no haber querido la gravedad que resultó del hecho incriminado, obrar con vindicación próxima de ofensa grave para el delincuente o los suyos, o por estímulos tan poderosos que produzcan obsecación o arrebatos; del arrepentimiento espontáneo . . ." (22)

Aunque es cierto que son de naturaleza subjetiva, las atenuantes, éstas reflejan siempre una peligrosidad en el agente - activo del delito.

Tan tal forma, el tercer párrafo del artículo que comentamos va a presentar atenuante que se refiere al tercero que recibe al menor, y que empieza a darle cierta razón de la excusa excluyente que intentamos proponer y demostrar en esta tesis.

Dicho párrafo tercero establece: "Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener beneficio eco

(22) Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, Ra01: "Código Penal Anotado", México, Editorial Porrúa, S. A. novena edición, - 1981, pag. 160.

nómico, la pena aplicable a quien lo entrega será de uno a tres -- años de prisión --y el cuarto párrafo agrega-- si se acredita quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior".

Aunque el tráfico de menor se da independientemente - de que se cobra o no por ello, consideramos que la pena establecida para quien otorga su consentimiento de entrega al menor, y no - obtiene ningún beneficio económico es mínima debido a que ya sea - ascendiente o custodios, deben buscar lo más benéfico para el menor. Por lo que, si han de entregarlo, deben hacerlo, a través -- del juicio de adopción, y estar así, en una situación totalmente - legal, y claro está se protege también los lazos familiares con lo que los derechos humanos de el menor se verían respetados.

Consideramos que la pena de uno a tres años de prisión, independientemente de que volvamos a retomar esta idea en el capítulo tercero, esta es ligera ya que la obligación de los padres en especial, es que sus hijos tengan una situación estable.

Si los han de transferir a otra familia, deberán de - hacerlo en forma legal, tal vez, la idea prevista como derecho humano establecido, en el artículo sexto de la declaración de los de re ch os d e l n i ñ o d e 1 9 5 9 auspiciada por el fondo de las Naciones -- Unidas para la infancia, mismo artículo que a la letra dice:

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".(23)

La obligación no es solamente, de quien tiene la patria potestad, la guarda y custodia, aunque no sea declarada, sino también es del Estado.

Y al decir Estado nos referimos a sus elementos, el territorio, el pueblo y su gobierno. En tal forma que el gobierno debe de auspiciar que existen Instituciones que guarden a los meno

(23) 1789-1989, "Bicentenario de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano"; Secretaría de Gobierno, primera edición, 1989, pags. 61 y 63.

res de edad que estén abandonados.

Ahora bien, el tipo en su segundo párrafo, nos empieza a dar la razón, al establecer una pena mínima o atenuada para - quien recibe al menor para incorporarlo a su familia, y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación.

El hecho que una persona reciba en su familia a un menor, haya pagado por él, o no, y haya hecho legalmente o no, y al recibirlo de buena fé lo incorpora a su familia, le da casa, vestido, sustento, y una buena educación, esto no es perjudicial para - el menor, sino al contrario, todos esos deberes de los padres de - los que ejercen su custodia e incluso de el estado, va a ser absorbido por esta persona que en un momento determinado acepta al menor dentro de su familia.

Así, y aunque una cuarta parte, de uno a tres años, - sería de tres meses a ocho meses aproximadamente, por lo que esta persona indiscutiblemente que alcanzaría fianza, pero se vería in-miscuido en un asunto que podría perjudicar esa integración o in-corporación dada toda vez que genera gastos, como el honorario de un abogado y los demás gastos que representa un litigio, y más que en un momento determinado éste podría traer una orden de aprehen-sión debido a que el tipo sigue teniendo una pena corporal.

Consideramos injusto que una persona que ha absorbido las obligaciones de los padres, del custodio y/o del gobierno, tenga que purgar alguna pena, por tales circunstancias.

Así, que esta atenuación de la pena, bien podría - transformarse en una excluyente de responsabilidad penal, o si -- bien es cierto en una excusa absolutoria, debido a que debe efectuarse legalmente la adopción.

Tal vez, la sanción que puede sobrevenir sería, que - dicha persona se le obligara a tramitar la adopción correspondiente ante el juez de lo familiar competente, con lo que, la seguridad jurídica del menor, tendría una mayor efectividad, y de lo contrario, el hecho de que la persona se incorpore al menor a su domicilio se vea envuelta en los judiciales puede llegar a perjudicar esa relación de incorporación, por lo que la norma podría estar en contra de la misma justicia.

2.5.- AGRAVANTES.

Así como nuestra legislación establece circunstancias de atenuación también, va a presentar, otro aspecto, por el cual - la pena aplicable a de ser más grave.

Lo anterior suceda, debido a la forma en que se realiza la acción punitiva.

A estas, la doctrina les ha dado el nombre de circunstancias; dicho de otra forma, que las circunstancias en que se desarrolla la conducta delictiva, será la fuente para atenuar o agrar la pena.

El maestro Raúl Cárdenas, al hablarnos de las circunstancias en derecho penal nos dice: "Las circunstancias son, elementos de carácter objetivo que se relacionan únicamente, sobre la -- gravedad del delito, dejando inalterada su denominación jurídica.

Las circunstancias son por lo general, aquellas que - están en torno del delito, implican por su índole, la idea de accesoriedad y presuponen necesariamente lo principal, por lo cual pueden subsistir o no, sin que por ello resulte modificada la estructura del delito ya perfecto, pero en el caso que se ve, agravan o atentan la calidad de la pena". (24)

En consecuencia el legislador, ha tomado en cuenta diferentes valores que le son propios a la norma, y que en un momento determinado, por las circunstancias de ejecución significarán una manera de agravar la pena.

El maestro Raúl Goldstein, cuando nos habla de las -- circunstancias agravantes, nos dice: "El calificativo agravante -- ofrece semánticamente el sentido de que agrava; en derecho penal - presenta una especial importancia por cuanto afecta a la calificación del delito determinado por la mayor peligrosidad o la mayor - maldad en el agente.

Pueden citarse como causas o circunstancias de agravación, entre otras, el hecho de haberse ejecutado el delito con ale

(24) Cárdenas, Raúl: "Derecho Penal Mexicano del Robo"; México, Editorial Porrúa, S. A., Segunda edición, 1982, pag. 169.

vosfa, el hecho de premeditación, ensañamiento, con abuso de confianza, con astucia, nocturnidad, en despoblado, precio, promesa o recompensa, auxilio de gente armada, así como la condición de reincidencias en el autor". (25)

Consideramos que con los ejemplos dados, ya tenemos una expresión clara de lo que la agravante es como circunstancia de ejecución.

De ahí, como dice el penúltimo párrafo del artículo 366 Bis, el cual establece: "Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará el doble de la prevista en aquel".

Así, es posible que al menor se le secuestre o simple y sencillamente se le robe.

Pero existen ya situaciones especiales al respecto, y que se contemplan en el artículo 366 por lo que este penúltimo párrafo del artículo que presupone una confianza entre quienes ejercen la patria potestad del menor, y por otro lado, la persona que sin el consentimiento de estos últimos va a realizar la venta o -- transición a que se refiere el párrafo primero del artículo que comentamos.

En tal concepto, la naturaleza de la agravante es to-

(25) Goldstein Raúl: "Diccionario del Derecho Penal y Criminología"; Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, Segunda -- edición, 1983, pag. 112.

talmente objetiva, esto es de que debe ser palpable inmediatamente como una circunstancia en su ejecución.

Esta agravante consideramos va directamente enfocada a proteger la confianza de quien dispone del menor, en este sentido los maestros Carrancá, nos abundan acerca de la naturaleza de la agravante con la siguiente exposición:

"Las agravantes tienen naturaleza predominantemente objetiva, lo son: el precio, recompensa o promesa; la inundación o el incendio, el aumento deliberado del mal que cause el delito, el carácter profesional o público del culpable, auxiliarse de gente armada, delinquir, de noche, en despoblado; o en cuadrilla; o contra el cónyuge, ascendiente o descendientes, o con publicidad o escándalos innecesarios, evasión de presos, delitos contra la salud, atentados al pudor, asalto, lesiones, golpes, plagio, robo".(26)

Cuando establecimos la descripción típica de la conducta hablábamos de un término como era el consentimiento y decíamos que el mismo iba a ser un acuerdo de voluntades en tal forma que dicho acuerdo al no presentarse, ya la que realiza dicha venta la pena aumentará hasta el doble, estamos de acuerdo, con este penúltimo párrafo, debido a que el derecho familiar, intenta integrar a la familia, y más que nada, quien vende a un menor sin el -

(26) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl: "Código Penal Anotado"; México, Editorial Porrúa, S. A., Décima segunda edición, 1987, pag. 197.

consentimiento de los padres, su actitud es más peligrosa para la sociedad, por lo que es necesario, establecer una punibilidad mayor.

Ahora bien por lo que se refiere al tercero que recibe al menor, también hemos de apoyar el referido párrafo debido a que el consentimiento sería tanto como apoyar el tráfico de infantes.

Así, el tercero que ha recibido al menor, pagando por éste o no haciéndolo, sin el debido permiso de los padres, debe inmediatamente negarse a esta situación o cuando menos devolver al menor a los padres para que éstos puedan decidir lo que sea más óp^timo para el menor.

Ahora bien, si este tercero, que compra o recibe al menor, que es dado sin el consentimiento de los padres y a pesar de que lo incorpore a su núcleo familiar, y le otorgue todos los beneficios, su situación conforme a la justicia es diferente al -- que si con el consentimiento de los padres toma al menor.

Lo que queremos decir es que cuando los padres exponen a sus hijos, si hay causa, incluso hasta para que la patria po^otestad se pierda.

Pero si los padres no consienten en tal circunstancia el tercero que recibe al menor aunque lo llene de lujos y de comodidades al mismo, no solamente viola las garantías del menor, sino

que también la de los padres, y puede llegar a cometer otros delitos independientemente del tráfico de infante.

Por estas razones consideramos que la situación jurídica del tercero que recibe al menor, en este caso es extensible la agravante por las razones expuestas.

2.6.- PENA ACCESORIA.

La pena, es una manera por la cual, se ha de retener la conducta de los delincuentes el maestro Beccaria, al momento - en que analiza esta situación, nos dice que el fin de las penas - es: "El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de - - otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo". (27)

Independientemente de que en el capítulo tercero nos avocaremos directamente al estudio de un elemento del delito como es la punibilidad para este inciso tenemos como la pena tiende a - retraer al delincuente esto es en un principio la norma penal protege el bien y establece una pena previniendo a la sociedad en ge-

(27) Bonesano, César; Marquez de Beccaria; "Tratado de los delitos y las penas"; México, Editorial Porrúa, S. A., tercera edición, facsimiliar, 1988. pag. 45.

neral que si se comete tal conducta serán acreedores a dicha pena.

Como resultado, de la comisión o exteriorización de la conducta, vamos a tener como una vez de que es oído y vencido en juicio a quien incurrió en dicha conducta, va a ser aplicable una pena para que los demás entes de la sociedad, vean que resultado obtendrían si se dedican a delinquir.

Así independientemente de los dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, y como consecuencia, existe una pena accesoria que es una respuesta directa al ordenamiento civil sobre la pérdida de la patria potestad.

Para este efecto, dice el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, que:

"Artículo 444.- La patria potestad se pierde: fracción III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos aún cuando esos derechos no cayeren bajo la sanción de la -- Ley Penal.

fracción IV.- Por la exposición que el padre y la madre hicieran de sus hijos o por que los dejen abandonados por más de seis

meses". (28)

La respuesta directa a los ordenamientos civiles, y - una correlación normativa evidente, es la pena accesoria al delito que establece la última parte del artículo que estudiamos, y que - dice:

"Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de la patria potestad tutela o custodia, en su caso, a quienes te niendo el ejercicio de éstos, cometan el de lito a que se refiere el presente artículo".

Así, el hecho de que consientan que su descendencia - vayan a parar en manos de otras personas, esto quiere decir la exposición del infante y que toda esa naturaleza jurídica que la patria potestad reviste se va por los suelos.

Esos poderes y deberes que se relacionan en la patria potestad, ya no podrán ser ejercidos por la sola exposición del me nor. Para este efecto, debemos hablar un poco respecto de la natu raleza de la patria potestad, que es la pena accesoria establecida por el párrafo en cuestión.

Ignacio Galindo Garfias, nos dice sobre la naturaleza de la patria potestad que: "Está constituida por un conjunto de po

(28) Código Civil para el Distrito Federal. México, Ediciones Delma, 1991, pags. 83 y 84.

deres; para colocar a los titulares de la patria potestad en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de -- los hijos, la facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre entre otras figuras jurídicas, es una situación de oposición, y no corresponde al derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber". (29)

Así, la patria potestad está dada a los padres para - facilitarles el cumplimiento de sus deberes inherentes a la paternidad.

Para este efecto, si el incumplimiento de sus deberes paternos se hace evidente al momento de transferir al menor, la patria potestad ya no tiene porque seguir siendo vigente.

Por otro lado, quienes son tutores, adoptantes o tengan en custodia a menores, es evidente que en el momento de la - - transmisión, también renuncian a las obligaciones y derechos establecidos entre las partes por la adopción, la tutela o la custodia.

En general, el artículo que hemos estudiado en forma panorámica en este capítulo, ofrece ya una reglamentación concreta a la garantía del menor.

Ahora bien, para crear un mecanismo que facilite la -

(29) Galindo Garfias, Ignacio: "Derecho Civil"; México, séptima edición, 1985, pag. 673.

eficacia de esta norma, consideramos que la información al respecto debe estar dada directamente al afectado que es el menor de edad y dicha asesoría debe ofrecerse a los maestros, educadores y guarderías, que es donde se puede detectar estas situaciones, además de los diversos sistemas de protección al infante como el sistema Desarrollo Integral de la Familia, en donde también se ocurre en busca de protección para el infante.

Pero, consideramos que en el rubro magisterio, educadoras y guarderías se debería de dar una información, o el artículo constitucional y éste delito, deberían formar parte de la capacitación de estas personas que están en comunicación con los menores.

CAPITULO III.- PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Para este último capítulo, vamos a hacer un análisis respecto de la punibilidad que acarrea el delito que hemos en algo estudiado, con el fin de que en nuestra propuesta final podamos tener elementos de juicio suficientemente fundados.

Por consecuencia, estudiaremos la punibilidad como el elemento especial del delito, como facultad del estado, luego veremos su aspecto negativo en la excusa absolutoria, y las diferentes excusas absolutorias que se manejan dentro de nuestra legislación, con el fin de intentar proponer una reforma al artículo que nos -- atañe, en el sentido de establecer una excusa absolutoria para el tercero que recibe al menor, de buena fé, y que lo ingresa a su núcleo familiar y que la da la vida en convivencia respecto a los demás entes que integran la familia a donde llegó el menor en cuestión.

Consideramos, a reserva de tener mayores elementos, - que como ya en algo habíamos empezado a decir, cuando el menor de edad logra un mayor beneficio con su transferencia, y esto es provechoso para él, debemos considerar este status, en relación a la mejoría lograda, unido claro está a los conceptos de integración familiar.

Así, independientemente de que vayamos hablando de la punibilidad, ya tocaremos en sí la propuesta directa, y situaciones que atañen a la familia.

3.1.- PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL DELITO.

Se ha discutido, en relación en que si la punibilidad es un elemento esencial del delito o simplemente es consecuencia - del mismo.

Debemos considerar que si la norma, va a intentar buscar su coercibilidad, y el derecho es la normatividad coercible, - entonces la penalidad, debe de ser necesariamente un elemento de - la norma misma, y en consecuencia del delito.

El maestro Jiménez de Azúa hablando de la penalidad - como carácter específico del delito, nos ilustra: "Las consecuencias de lo injusto culpable pueden ser indemnizaciones civiles o - penas . . .

La punibilidad es el carácter específico del crimen. En efecto: Acto es toda conducta Humana; Típica es, en cierto modo toda acción que se ha definido en la ley para sacar de ella consecuencias jurídicas, y tal aspecto, la usura, que no tiene en el de recho vigente Venezolano índole penal, así como tampoco en el código Argentino de 1922, es un acto típico de naturaleza civil que -- produce consecuencias de este orden; antijurídico es todo lo que - viola al derecho y en tal sentido lo es el quebrantamiento de un - contrato; Imputable y culpable, es la conducta dolosa de un contra tante. Solo es delito el hecho humano que al describirse en la --

ley recibe una pena".(30)

Es evidente que la punibilidad en su carácter específico va aparejado al concepto de la norma, por lo que la punibilidad es un elemento esencial del delito.

Ya que de otra forma no podríamos hablar de que el delito como hecho humano no pueda recibir una pena ya que el fin directo de las penas sin duda alguna es ese, el que se haga una restricción de la voluntad del delincuente, que no solamente va a recapacitar de su conducta, sino que también, es un ejemplo para los demás y se abstengan de realizar tal conducta.

En tal sentido el delito tiene como fin primordial - establecer una pena para una conducta, por otro lado podemos decir que cuando la conducta se va a legislar, se trata de detener la pasión humana estorbando políticamente la actitud del delincuente.

Decimos estorbando políticamente, debido a que tal conducta va a estar prevista en un ordenamiento judicial como es el Código Penal.

Así, el Código Penal señala conductas delictivas que no se deben de transgredir y que en un momento determinado, pueden convertirse en una pena para quien las viole.

(30) Jiménez de Azúa, Luis: "La Ley y el Delito"; Buenos Aires, Argentina, Editorial Sudamericana, Décima tercera edición, 1984, pag. 426.

En este sentido, podemos citar las palabras de el --- maestro Beccaria quien es un teórico del Derecho, del siglo XVIII, por lo que el lenguaje que utiliza es el de aquellos tiempos; así dicho maestro establece: "Es imposible prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas. Crecen estas en razón compuesta de la población y de la trabazón de los intereses particulares de tal suerte que no pueden dirigirse geométricamente a la pulcratividad . . .

Vuélvanse los ojos sobre la Historia, y se verá el -- crecer de los desórdenes con los confines de los imperios; y menos cabarse en la misma proporción la máxima, se aumenta el impulso -- hacia los delitos, conforme al interés que cada uno toma en los -- mismos desórdenes: Así la necesidad de agravar las penas se dilata cada vez más por este motivo. Aquella fuerza semajante a un cuerpo grave que oprime a nuestro bienestar, no se detiene sino a medida de los estorbos que le son opuestos. Los defectos de esta fuerza son la confusa serie de las acciones humanas: Se estas se encuentran y recíprocamente se ofenden, las penas que yo llamare estorbos políticos, impiden el mal efecto sin destruir la causa impelente; que es la sensibilidad misma inseparable del hombre; y el legislador hace como el hábil arquitecto cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad, y mantener a las que contribuyen a la fuerza del edificio.

El fin, pues, (de las penas) no es otro que impedir - al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás

de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponer las que guardada la proporción hagan una impresión más durable sobre los ánimos de los hombres y menos dolorosa sobre el cuerpo del reo". (31)

Esto es, si miramos más atrás y pensamos en el código de Amhurabi, el cual estaba basado en la Ley del Talión, a una actitud violatoria de derechos de la sociedad le correspondía una pena directamente, de la misma magnitud.

El concepto de pena viene a ser no solamente parte -- del delito, sino una parte verdaderamente esencial y elemental.

Considerarlo como una consecuencia no es el punto de vista correcto, ya que lo que interesa como dice Beccaria, es retraer al sujeto del desbordamiento de la pasión que crea el desorden.

Si alguna persona quisiera robar un bien sabe que si es atrapado, sufrirá una pena.

Por lo anterior, la punibilidad como elemento esencial del delito, es uno de los factores necesarios para que este exista.

Otro razonamiento que pudiésemos aplicar es el que -

(31) Bonasano César; Marquez de Beccaria; "Tratado de los Delitos y de las Penas"; México, Editorial Porrúa, S. A., 3a edición, 1988, pags. 26, 27 y 45.

inicialmente decíamos respecto de que si el derecho es la normatividad coercible, en el derecho Penal la normatividad coercible será el delito con su pena.

Así, consideramos que la punibilidad en sí, es un merecimiento de un castigo por nuestra conducta.

El maestro Castellanos Tena, al referirse a la punibilidad definiéndola, establece: "La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad para significar la imposición concreta de la pena a -- quien ha sido declarado culpable de un delito.

La punibilidad es: a) merecimiento de pena, b) Amenaza estatal de imposición de sanciones se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación factica de las penas señaladas en la -- Ley". (32)

En función de la realización de una conducta prevista por la Ley como delito, el ejecutor de la misma se hará merecedor a una pena.

(32) Castellanos Tena, Fernando: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"; México, Editorial Porrúa, S. A., décimoquinta edición, 1981, pag. 267.

Con lo anterior vamos a observar que la persona que - va a realizar el tráfico del menor, o esa persona que busca el con sentimiento de los ascendientes y encuentra otra para hacerse cargo del menor, ésa es la que tiene el interés, la que azuza a los - padres de familia y por supuesto a quien se va encargar del menor, debido a que en el caso de que logre, un beneficio económico, le - aprovechará la transacción que éste ha gestionado.

Ahora bien, la pena establecida para esta persona es dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días de multa, consideramos, que por lo que se refiere a la pena privativa de la libertad, es justo lo que se requiere para el efecto de que una vez detenido, no pueda gozar de libertad provisional conforme a los términos que el artículo 20 constitucional en su fracción I, concede como garantía cuando el término medio aritmético no rebasa de los cinco años de prisión.

Por lo que se refiere a la sanción económica, ésta a raíz de las reformas al Código Penal, que equiparan^a el día multa - con el costo del salario mínimo general vigente, hace que esta can tidad, tenga sus incrementos sin necesidad de reformas a la Ley.

Así, la pena está actualizada y consideramos, como lo dijimos en el capítulo anterior, que esta pena es a nuestro parecer correcta.

Ahora bien, el hecho de que se le otorgue o se le im pongan las mismas penas a quien consienta y quien reciba, esto es

Lo que hay que revisar.

Si quien ejerce la patria potestad que como vimos pueden ser los abuelos o los padres, exponen al menor de edad dejándolo en manos de otra persona con esto no sólo la sanción penal surge sino también la civil, y en un punto tan crítico como lo es la pérdida de la patria potestad.

Ahora bien, si una persona tiene a su cargo un menor y éste lo vende, en los casos establecidos, consideramos que lo injusto si llega a estar presente en tal actitud.

Dicho de otra forma, que realmente quien tiene al menor y lo vende, y quien hace gestiones para que se realice la transacción, realmente merecen la pena que el artículo 366 Bis del Código Penal establece.

Pero por lo que se refiere al tercero, si éste va a explotar al menor evidentemente que la pena es la justa, pero si esta transacción representa un cambio benéfico para el menor, tendrá que analizarse mejor la atenuante que señala el párrafo IV del artículo 366 Bis del Código Penal, en estudio.

Esto es que si se acredita que el que recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación; la pena no encuentra su efecto como esa amenaza, ese merecimiento de la conducta delictiva, lo anterior, debido a que podría provocar una situación desventaja

sa para el menor, esto es por ser el producto de los problemas, -- quien ha recibido al menor y lo incorpora a su familia dándole los beneficios propios de tal incorporación, podría quedar resentido - por la situación, y ya no ver al menor en la forma como inicialmente se trataba.

La misma legislación otorga una atenuante al tercero en este caso.

Nosotros consideramos que existen motivos suficientes para que la referida atenuante pudiera ser incluso una excusa absoluta, en razón a que no existe el desorden, o el perjuicio ocasionado a la víctima.

Claro está que lo anterior sólo se aplicaría en situaciones concretas las cuales impliquen beneficio para el menor.

Por el momento consideramos que la punibilidad, para los casos en que haya perjuicios para quien se violan sus garantías es la justa y correcta.

Pero cuando, para el menor se logre un beneficio con su transferencia, es un planteamiento que seguiremos analizando, - con mayor detenimiento, en la secuela de nuestro estudio, y más -- aún tratar de fundamentar la existencia de una excusa absoluta en favor del tercero que recibe al menor y lo integra a su núcleo familiar con todos los beneficios que esto implica.

3.2.- PUNIBILIDAD COMO FACULTAD DEL ESTADO.

El derecho, para que encuentre su debida coercibilidad, debe de responder a un principio de legitimación de la causa.

Dicho en otra forma, que se tiene que seguir un procedimiento establecido por la sociedad, en donde sea oído y vencido el sujeto a quien se le va a imponer la pena, y que una vez hecho esto la autoridad competente, imponga válidamente la pena, y se le coaccione la voluntad al sentenciado para privarlo de su libertad, y obligarlo a la restitución de el daño ocasionado por su conducta.

Así el Estado al dividir el poder en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el verdaderamente autorizado y legitimado, será el poder jurisdiccional, que la misma ley le otorga en los términos que establece.

Lo anterior nos obliga a hablar de la división del poder, y también de la seguridad jurídica, de poder y de la seguridad jurídica, de la función jurisdiccional, y la legitimación en los actos de autoridad.

Para iniciar nuestra exposición, vamos a establecer lo que el maestro Carrancá nos dice acerca de la noción de la función punitiva del Estado, la que en estos términos expone:

En todos los tiempos el Estado ha tenido la facultad de juzgar a sus súbditos y de imponerles penas diversas, que le -

En la sociedad humana, el hombre pone en función, necesidades de acción y de omisión que frente a las de los otros hombres, sólo pueden desarrollarse mediante constantes limitaciones. La vida social exige necesariamente limitaciones a nuestro interés solo y regulable por medio de normas jurídicas. Desde el punto de vista objetivo, o sea mirando a los fines, la misma norma es lo -- que hace posible la convivencia social; desde el punto de vista -- subjetivo es la garantía de convivencia para cada uno.

Por consiguiente todo aquello que ponga en peligro la convivencia social deberá ser reprimido por el Estado, persona jurídica por medio de la que actúa la sociedad". (33)

Dice bien el maestro Carrancá y Trujillo, que es la - sociedad la primera interesada en que exista un ordenamiento que - permita la convivencia social, y para lograr que el ordenamiento - sea respetado, se utiliza la coacción en forma legal o legítima.

Así, la coacción, va a sobrevenir del mismo derecho, partiendo de la base constitucional establecida por el artículo 49 Constitucional, que divide al poder público en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Cada uno de estos poderes cumple su función administrativa, en pro de la sociedad.

(33) Carrancá y Trujillo, Raúl: "Derecho Penal Mexicano"; México, Editorial Porrúa, S. A., Décima sexta edición, 1988, - - - pag. 153.

Ahora bien, en general tanto la función administrativa, como el Derecho Penal, derecho Civil, derecho Laboral, y en sí, todas las relaciones de derecho en la sociedad, están basadas en una idea que es la seguridad jurídica.

Este concepto de seguridad jurídica, va a proporcionar el Derecho a la sociedad en general, claro esta a través del poder Legislativo debidamente establecido.

Así va a existir el derecho Civil, derecho Laboral -- que otorguen derechos a las personas y cuando estos sean transgredidos, la misma seguridad jurídica ha de proporcionar autoridades judiciales, ejecutivas y legislativas a través de las cuales la -- misma sociedad ha de buscar que el derecho se haga respetar, y su transgresión o violación, sea reparada en los daños que esta conducta pudo haber ocasionado.

El infractor o el que incumple la norma, antes de que su situación jurídica sea cambiada, requiere que sea oído y vencido en juicio.

Para entender bien este concepto de seguridad jurídica, el maestro Rafael Preciado Hernández, nos dice: "En sentido -- más general la seguridad es, la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y derechos no serán objeto de ataques violentos o que si esto llega a producirse, le serán asegurados por -- la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en

seguridad aquel que tiene la garantía de que su situación no será modificada si no por procedimiento, y por consecuencia, regulares, legítimos y conforme a la Ley".(34)

Por consiguiente se requiere en forma necesaria que -tales poderes como son el Ejecutivo, Legislativo y Judicial tengan la legalidad que la norma les proporciona.

Para el efecto de que en un principio, sean autoridades competentes, para poder resolver la seguridad jurídica de las personas y que en un momento determinado, el Derecho encuentre su coercibilidad a través de la imposición de las penas.

Ahora bien, en el derecho Penal, ese ataque violento que la Legislación presupone sobreviene, en contra de los bienes -jurídicamente tutelados por la norma penal y llegado el momento el ofendido, denunciara tales conductas delictivas a una autoridad legalmente investida para investigar y ejercitar la acción penal como lo es el agente del Ministerio Público quien se encargará de pedir al Órgano Jurisdiccional la imposición de la pena.

Tanto el agente del Ministerio Público, el Juez, las autoridades de los reclusorios, cumplen con una actividad administrativa que responde a la idea del Derecho Administrativo, esto es que su facultad no existiría si no hay ley que se las establezca.

(34) Preciado Hernández, Rafael: "Lecciones de Filosofía del Derecho"; México, Editorial Jus, Décima edición, 1979, pag. - 233.

El maestro Gabino Fraga, al definir el Derecho Administrativo nos dice: "La actividad del estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en -- virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de - crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines - Estatales". (35)

En consecuencia, tenemos que se deben de seguir en un principio las formalidades que la Ley establece, como una de las - situaciones que garantiza el artículo 14 Constitucional.

La seguridad jurídica, siguiendo su curso, ofrece - otra garantía como es para la situación jurídica del procesado sea cambiada, debe de realizarse esta por autoridad competente que funde y motive la causa legal de su procedimiento. (artículo 16 Constitucional).

Con lo anterior tenemos como el Derecho Administrativo es estricto, esto es que debe de existir una ley que cree el -- puesto, en un principio, luego la misma legislación, debe señalarle al puesto, las atribuciones propias del mismo.

Y si el funcionario, se sale de las atribuciones señaladas, su acto ya no ha de ser considerado de autoridad, y por lo tanto llega a ser violatorio de garantías individuales.

(35) Fraga, Gabino: "Derecho Administrativo"; México, Editorial Porrúa, S. A., Vigésimo Octava edición, 1989, pag. 13.

En tal forma que la, seguridad jurídica presupone estas situaciones, para lograr la imposición de la pena.

Por otro lado diremos que esa facultad que tiene el gobierno del Estado, para imponerle la pena, surge inalienablemente de la soberanía de la sociedad sobre los ordenamientos jurídicos.

Así, la sociedad al votar por sus representantes, los cuales han de iniciar leyes que satisfagan a la sociedad, que los eligió, en los términos que ésta requiere.

Uno de los intereses de la sociedad, es que les proteja los bienes merecedores de tal protección penal que lleguen a garantizar a la sociedad, un respeto debido, y que sean, como el maestro Beccaria lo definía, como estorbos políticos para los delincuentes.

Amenazas de pena por la conducta delictiva; o puede ser que sean simple y sencillamente prevenciones de castigo en contra de alguna conducta que no respete los derechos de la sociedad en general.

La punibilidad como facultad del gobierno del Estado responde directamente a la necesidad social que hace que exista -- una ley que establezca las facultades del Agente del Ministerio Público, y del Juez Penal, para el efecto de que uno persiga el delito y otro imponga la pena, además de que se le respete el derecho

al procesado a defenderse, para que una vez oído y vencido en juicio, la imposición de la pena como facultad del gobierno del Estado sea legítima.

3.3.- EXCUSA ABSOLUTORIA ASPECTO NEGATIVO DE LA PUNIBILIDAD.

Así como existen elementos que integran el último elemento del delito como es la punibilidad, frente a este, surgen las llamadas excusas absolutorias, como respuesta a situaciones concretas y debidamente legisladas.

La excusa absolutoria, va afectar directamente a la punibilidad como una excusa legislada, que va a dejar sin pena a la conducta delictiva.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo, cuando habla de las excusas absolutorias, menciona: "La ausencia de punibilidad -- por no exigibilidad de otra conducta, hace operar la excusa absoluta por las siguientes causas: móviles efectivos revelados copropiedad familiar; patria potestad; tutela; maternidad consiente; interés social preponderante; temibilidad específicamente mínima".⁽³⁶⁾

Así, las situaciones eminentemente concretas, van a determinar claramente que la pena no podrá ser impuesta.

(36) Carrancá Trujillo, Raúl: "Derecho Penal Mexicano"; México, Editorial Porrúa, S. A., 1977, pag. 210-5.

Dicho de otra forma que existen situaciones concretas, en donde la naturaleza de la punibilidad, pierde su objetivo.

Esto, significa que se exime de la pena, al autor, debido a que existe otro vínculo o un bien más preponderante que el que ha de penarse.

El maestro Rafael de Pina, cuando define a la excusa absolutoria, nos dice: "Son circunstancias cuya existencia en relación con un determinado delito eximen de la pena al autor quien -- personalmente beneficie, y que constituye un obstáculo para que la sanción a los coautores (si los hubiera) que no se encuentren amparados por la misma". (37)

Evidentemente estamos frente a una lucha de intereses preponderantes en tal forma que la legislación, deja de penar la conducta en aras de la justicia.

Como consecuencia, el interés que básicamente debe de defender el derecho, es en principio la vida, la libertad y el - - vínculo familiar.

Por otro lado esa teoría del interés preponderante, da a significar que existe una situación superior a la misma pena.

Para entender bien esta situación, el maestro Sergio

(37) Pina Vara, Raúl de: "Diccionario de Derecho"; México, Editorial Porrúa, S. A., 2a. edición, 1970, pag. 171.

Vela Treviño, nos hace la siguiente exposición: "La vida misma en sociedad produce frecuentemente situaciones conflictivas, por oposición de intereses jurídicamente tutelados. Cuando se está ante ese caso, en que el juicio respecto a la antijuridicidad debe de resolverse de tal manera que se afecte un bien jurídicamente tutelado, el juzgador puede acudir válidamente al principio de interés preponderante.

La norma jurídica protege y trata de preservar bienes que han sido valorados por el legislador como acreedores a esa tutela; sin embargo, es frecuente que una escala jerarquizada de valores tutelados, en un momento determinado es respecto de cierta conducta típica, que considere de mayor importancia un bien jurídicamente protegido que otro igualmente tutelado. En tal condición de intereses con identidad en su consideración de intereses jurídicos, necesariamente se recurre a los principios de jerarquizar, -- consistentes en determinar cual de los intereses en conflicto es más importante para el orden jurídico. La determinación del interés preponderante la realiza, por razón natural, el juzgador por ser él el titular en el juicio de antijuridicidad de las conductas típicas.

Los conceptos de intereses en conflicto obliga a establecer el criterio para determinar conceptualmente a éste, ya que se han criticado esos sistemas determinantes a la legitimidad de ciertas conductas típicas.

El derecho Penal es tutelador de valores y por medio de esa tutela crea una relación entre los sujetos titulares del valor y la norma jurídica que lo protege. Precisamente esa relación crea el interés en el plano meramente jurídico, con abstracción total de cualquier otro concepto diferente que se tenga del término".
(38)

La jerarquía del interés, el valor preponderante, la idea en el sentido de poner a cada uno de los valores de la sociedad en una clasificación, será la base fundamental a través de la cual se basa el concepto de la excusa absolutoria.

En tal forma que en aspecto negativo de la punibilidad, si deja subsistente el carácter delictivo de la conducta, pero debido a que imponer la pena lesionaría un valor jurídico más preponderante para la sociedad, en base a esto se le deja sin pena.

Castellanos Tena, al definir la excusa absolutoria -- nos dice: "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena".
(39)

El carácter delictivo de la conducta ya no podrá quitarse, pero la Ley defendiendo otro interés la deja sin pena.

(38) Vela Treviño, Sergio: "Antijuricidad y Justificación"; -- México, Editorial Trillas, tercera edición, 1990, pags. 200 y 201.

(39) Castellanos Tena, Fernando; "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"; México, Editorial Porrúa, S. A., 1974, pag.271.

En tal forma que el interés protegido y preponderante debe de estar totalmente legislado para que se le considere excusa absolutoria.

En este sentido César Augusto Osorio y Nieto, nos dice: "En casos excepcionales señalados expresamente por la Ley, posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar, en caso concreto, pena alguna al sujeto activo del delito. Estas situaciones excepcionales constituyen las excusas absolutorias". (40)

Así, la excusa no va a borrar el carácter antijurídico del acto, ni va a suprimir la imputabilidad ni la culpabilidad, si no simple y sencillamente dejará sin pena la conducta delictiva.

Y es dejar sin pena va estar asentada en que existe un valor mayor a proteger, cuando se presenta la conducta delictiva en casos especiales.

Por vínculos familiares, por razones de mínima temibilidad, por situaciones de imprudencia o de violencia sobre la persona, serán algunas de las excusas que permitirán al delincuente, dejar de penar su conducta.

(40) Osorio y Nieto, César Augusto: "Síntesis de Derecho Penal"; Editorial Trillas, Primera edición, 1984, pag. 73.

Ahora bien, para que esta excusa pueda funcionar se requiere necesariamente, que ésta esté legislada.

Dicho en otra forma, los casos y circunstancias concretas y especiales que reviste la excusa absolutoria deberán estar también tipificadas como excusa presentando su naturaleza.

Con el fin de tener una amplitud más de causas y conceptos que nos permitan aplicarlos a nuestro caso concreto, vamos a tomar las palabras del maestro Francisco Pavón Vasconcelos, -- quien hace una enumeración de los casos concretos que ameritan excusa absolutoria.

Dicho maestro establece: "El aspecto negativo de la punibilidad se constituye con las excusas absolutorias.

Los casos de excusas absolutorias son:

- 1.- El encubrimiento de parientes;
- 2.- Los delitos de rebeldía cuando quienes hayan tomado parte depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubieran cometido delitos;
- 3.- La evasión de presos cuando se realice por los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, de sus parientes por afinidad hasta el segundo grado;
- 4.- Los que cometan el delito de violación de las Leyes de inhumación cuando se trata de los ascen-

- dientes, descendientes, cónyuge o hermanos del -- responsable del homicidio;
- 5.- El aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada.
 - 6.- El aborto causado cuando el embarazo sea resultado de una violación.
 - 7.- El delito de robo cuando su monto no exceda de -- diez veces el salario mínimo y el valor sea restituido espontáneamente por el infractor y pagados los daños y perjuicios antes que la autoridad tome conocimiento del delito".(41)

Si analizamos las causas que el maestro Pavón Vasconcelos nos expone, notamos que va a existir un interés preponderante, porque la familia quede integrada, dicho interés que para nuestro estudio, será el que debamos manejar, en el inciso siguiente, cuando establezcamos ya el interés preponderante para la proposición concreta de la excusa absolutoria respecto del tercero que recibe al menor sin o con ánimo de lucro, pero que dicha transferencia beneficie al menor.

En tal concepto, y para terminar este inciso diremos que la excusa absolutoria preponderantemente, estará asentada en el hecho de proteger algún valor superior, aunque la legislación -

(41) Pavón Vasconcelos, Francisco: "Manual de Derecho Penal Mexicano"; México, Editorial Porrúa, S. A., 1974, pag. 42.

penal tipificada, siendo este para el caso que nos ocupa la integración de la familia.

3.4.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La base principal de la integración social es la familia.

Ahora bien para comprender y resaltar el interés preponderante, vamos hacer una definición de lo que la familia es.

José Morgarse, cuando nos habla de esta definición -- nos dice: "El concepto de sociedad resulta sobre manera impreciso por una extraordinaria amplitud, pues puede designar lo mismo la -- unión formada por dos individuos que mantienen relaciones conyugales definidas que la totalidad de los hombres que pueblan la tierra.

vamos a ceñir ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana permanente, que tiene una cultura definida y un sentimiento y una conciencia más o menos vivos de los vínculos que unen a sus miembros en la coparticipación de intereses y actitudes, intereses de valor; la sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de que en un medio físico dado y con cierto grado de organización que asegure su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura, y que posee además, una

determinada unidad de su conciencia espiritual e histórica". (42)

La sociedad para su subsistencia, requiere de que la familia esté debidamente integrada.

Podemos decir que la sociedad no logra su permanencia ni su vida, cuando la familia rompe los vínculos, intereses, actitudes y criterios de valores que los una.

en tal forma como la unión consecutiva de familias, - se da sin lugar a dudas la fuente de uno de los elementos de la -- formación del Estado como es la población.

En otros términos, la población, asentada en un territorio, con un ordenamiento jurídico, y un gobierno, que ejerza el poder público, estará debidamente organizado a través del derecho, y su permanencia puede llegar a ser prolongada.

El maestro Edgar Baqueiro Rojas y Rosalva Buenrostro Báez, al establecer el concepto sociológico de la familia, nos dicen como es la fuente de la base de la población que integra el Estado.

Dichos maestros opinan: "En algunos casos, como en el de las sociedades llamadas industriales, su organización ha correspondido a la estructura de la denominada familia nuclear, que se -

(42) Norgarse, José: "Elementos de Sociología"; México, Editorial SELECTO, Trigésimo primera reimpresión, 1984, pags. 2 y 3.

encuentra compuesta exclusivamente por la pareja y sus descendientes inmediatos. Estos al unirse con los miembros de otra familia forman una nueva y aunque vivan separadas se encuentran engranadas de una forma típica en redes alargadas de familias por diversas -- partes. En otros casos como sigue ocurriendo en las comunidades agrícolas y pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador o del pather".(43)

La gran importancia que reviste la familia para el Estado es mayúscula.

Cuando en una familia, por "X" o por "Y", no puedan - mantener a un menor y existe alguna otra persona que por ayudarlos lo coloque en alguna casa en donde éste va a vivir mucho mejor, en esta cadena, no se encuentra esa esencia delictiva de la conducta punible.

Más aún, quien noblemente recibe al menor y lo incorpora a su seno familiar, lo integra y la familia se fortalece en - un plano económico más elevado.

Claro está, que las Leyes sobre la adopción, también deben estas flexibles y permitir que éstas se realicen más rápidamente.

(43) Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Bñez, Rosalva: "Derecho de Familia y Sucesiones"; México, Editorial HARLA, 1990, - pag. 8.

En otra forma las transferencias de menores, no legales o no hechas conforme a la ley, subsistirán.

Tal vez el hecho de que no estén hechos conforme a la ley, no constituye que sean ilícitas o perjudiciales a la ley, sino que, solamente no se cumplen las formalidades.

La persona que recibe al menor, intenta observar si realmente podrá con la relación, las personas que ceden a su hijo también entrarán en un período de prueba.

Por lo anterior, consideramos que aquí existe un interés preponderante para el derecho, y es el que se conserve la integridad familiar.

Si el tercero que recibe al menor, lo integra a su familia, lo que está haciendo es fortalecer al estado en sí.

En otra idea, que debe ser considerada, que las reglas sobre la adopción, permitan ese período a prueba, tal vez de seis meses a un año.

Pero, debemos considerar que por lo que se refiere a el cuarto párrafo del artículo 366 Bis que estudiamos, si se demuestra que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su familia y le otorga los beneficios, no tiene porque aplicársele - pena alguna sino al contrario debe de fomentársele, debido a que el niño maltratado, el menor infractor, la vagancia, la delincuen

cia, la drogadicción, el alcoholismo serán los resultados de que - al menor de edad, que no se le puede mantener debidamente, surjan por tal deficiencia.

Una familia pobre con un padre totalmente inculito, -- que solo le gusta beber, una madre que se dedique a la prostitución, que no vele por sus hijos, solamente maltratan física y moralmente a los menores, por lo que incluso la misma procuraduría - del Distrito Federal, ya interviene para defender al menor maltratado.

Así se le quita la patria potestad, pero el menor no se puede colocar en otra familia, debido a las rigurosas exigencias, de que son objeto.

Por otro lado, el gobierno del Estado no quiere gastar los impuestos de la población o las contribuciones de la población en la formación de más hospicios e instituciones en donde puedan estar internados dichos menores.

Las instituciones privadas son mínimas también.

En tal forma que una persona de buena fe que intenta que un ser, desprotegido, entre a su familia y se integre, el hecho de que después se tenga que ver inmiscuído en esta problemática, y que el mismo sea fichado, internado en algún reclusorio, harán que vaya creando una desintegración del beneficio al menor muy perjudicial para los intereses no solamente de la familia sino de

la sociedad en general.

Si ese menor beneficiado, es bañado, alimentado, vestido, llevado a la escuela, ¿será posible que ese tercero que lo recibe esté cometiendo un delito?.

Tal vez ese tercero que lo recibe dió dinero a cambio, tal vez no lo dió, pero el hecho es de que si le va aligerar la -- carga al Estado de sostener a un menor que posiblemente pudo haber sido maltratado, drogadicto, alcohólico, o menor infractor, no tiene porque purgar una condena, sino al contrario hasta deberfa ser motivado por el mismo gobierno del Estado.

En estos conceptos, consideramos que existe un interés preponderante que no solo la legislación lo reconoce, sino que la sociedad en general, han comprendido que la familia, es sin lugar a dudas, un bien que se debe de proteger por todos los medios posibles, y si no se hace se corre el peligro de que la sociedad -- se deforme.

Podemos pensar en que la protección familiar radicaría en que no se transfieran niños, pero si en el seno familiar en donde está subsistiendo es maltratado, explotado, tiene ejemplos -- de prostitución, drogadicción; es obvio que lo que se está formando en esos lugares, es un carácter nocivo de la sociedad en general que se convertirá en la plaga del mañana. Por una falta de -- atención tanto institucional como legislativa por parte del poder público, para resolver un problema tan grande como es el de la in-

integración familiar.

En general es evidente el interés, preponderante, - - cuando el menor es incorporado al seno familiar y éste se integra, dándole opción a rehacer su vida, con la legislación, llega el momento en que quien compra al menor o lo recibe sin dinero de por medio, se arrepiente totalmente, y esto podría perjudicar el interés familiar en especial, el interés de la sociedad en general.

C O N C L U S I O N E S

1.- Debemos considerar que siendo el delito la acción u omisión -- que sancionan las Leyes Penales, la conducta del tercero que recibe al menor para brindarle los beneficios de su vínculo familiar - (caso que nos ha ocupado en esta tesis tipificado en el artículo - 366 Bis del Código Penal para el Distrito Federal), dicha conducta no debe ser considerada como delito ya que lejos de perjudicar a - la sociedad la beneficia.

2.- La clasificación del delito en general se establece de acuerdo a diferentes criterios o aspectos como son: Por la conducta, por el resultado, por su duración, por su estructura, por el número de sujetos que intervienen, por el número de actos y por su forma de persecución.

3.- El artículo 366 Bis se crea a iniciativa del poder Ejecutivo - Federal en el mes de diciembre de 1983, significando un nuevo deli to ya que éste carece de precedentes en nuestro Sistema Penal. El referido proyecto sugiere incorporar una nueva figura delictiva, contenida en la redacción del artículo 366 Bis; encaminada a prote^ger el derecho del menor, previniendo un trato especial para el ca so en que la entrega recepción del mencionado menor obedezca a mó viles que incluso puedan significar beneficio para éste.

4.- Por lo que se refiere a la ubicación del tipo penal en estudio creemos que tanto este artículo como aquellos que se refieren a la protección del orden familiar, deberían integrar un nuevo título -

en el Código Penal, que agrupara a todos los delitos que atentan -
contra el orden de la integración familiar.

5.- El delito descrito en el artículo 366 Bis se clasifica; por -
la conducta del activo es de acción; por el resultado que produce
es material; por el daño que causa. se considera de peligro; por -
la duración es un delito continuado; en relación a su estructura -
es un delito complejo; por el número de actos y sujetos que inter-
vienen es plurisubsistente y plurisubjetivo; por su forma de perse-
cución es un delito perseguible de oficio.

6.- La denominación ideal, a nuestro parecer, para el tipo que con-
tiene el artículo 366 Bis del Código Penal, es el de TRAFICO DE IN-
FANTE, tal y como lo señala la iniciativa de Ley del Poder Ejecuti-
vo Federal que propone su creación.

7.- el bien jurídico tutelado por el artículo 366 Bis se integra -
por tres aspectos los cuales son: La protección de la garantía --
constitucional dada al menor de tener derecho a su familia; impe-
dir el comercio de menores; la defensa de la integración de la fa-
milia.

8.- En el artículo 366 Bis se considera tres sujetos activos que -
son: a).- La persona que ejerce la patria potestad o custodia so-
bre el menor y da su consentimiento.

b).- La persona que recibe de los custodios y entrega al menor a -
una tercera persona.

c).- El tercero que recibe al menor.

9.- En relación a la pena que determina el artículo 366 Bis, para el que tiene al menor (Ascendientes o custodios) y lo vende y a quien hace gestiones para que se realice la transacción, creemos que es la justa ya que con su actividad realmente son merecedores a la misma.

10.- En el caso referente al tercero que recibe al menor y lo ingresa a su núcleo familiar con todos los beneficios que ello implica; por parte de este tercero no provoca desorden ni perjuicio alguno para la víctima (menor), prácticamente hablando.

11.- El derecho de punibilidad como facultad del Gobierno del Estado responde directamente a la necesidad social que hace que exista una Ley que establezca las facultades del agente del Ministerio Público y el Juez Penal, para el efecto de que uno persiga el delito y otro imponga la pena, además de que se le respete el derecho al procesado a defenderse, para que una vez oído y vencido en juicio, la imposición de la pena como facultad del gobierno del Estado sea legítima y de que signifique una amenaza de pena corporal por la conducta antijurídica.

12.- La jerarquía del interés, el valor preponderante, la idea en el sentido de poner a cada uno de los valores de la sociedad en una clasificación, será la base fundamental a través de la cual se sustente el concepto de excusa absoluta.

13.- El hecho de que la transferencia del menor se realice sin observar los requisitos y lineamientos marcados por la Ley Civil sobre Adopción, no necesariamente implica que sea ilícita o perjudicial a la Ley, sino que solamente no se cumplen las formalidades establecidas; pudiendo sobrevenir la inexistencia del acto.

14.- En concreto podemos afirmar que sancionar con una pena corporal al tercero que recibe al menor y le ingresa a su seno familiar con los beneficios propios que esto significa, es tanto como aceptar que debiera sancionarse con una pena corporal a todas aquellas personas que celebren un acto jurídico sin observar todas las formalidades jurídicas que la Ley específica establezca.

15.- En nuestra opinión la fracción cuarta del artículo 366 Bis -- del Código Penal debería quedar como sigue: "Si se acredita que -- quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, dejará de aplicársele pena de prisión alguna; quedando obligado éste a formalizar la adopción del menor ante las autoridades competentes.

"B I B L I O G R A F I A"

1. Baquero Rojas, Edgar y. "Derecho de Familia y Sucesiones".
Buenrostro Báez, Rosalía: México, Editorial HARLA, 1990.
2. Bonesano, César; "Tratado de los delitos y las Pe-
nás"
Márquez de Beccaría; México, Editorial Porrúa, S. A.
3a. Edición facsimilar, 1988.
3. Cárdenas, Raúl; "Derecho Penal Mexicano del Robo"
México, Editorial Porrúa, S. A.
2a. Edición 1982.
4. Carrancá y Trujillo, Raúl; "Derecho Penal Mexicano"
México, Editorial Porrúa, S. A.
14ava. Edición.
5. Carrancá y Trujillo, Raúl, y "Código Penal Anotado"
Carrancá y Rivas, Raúl; México, Editorial Porrúa, S. A.,
9a. Edición. 1981.
6. Castellanos Tena, Fernando; "Lineamientos Elementales de Derecho
Penal".
México, Editorial Porrúa, S. A.,
15ava. Edición 1981.

7. De la Madrid Hurtado, Miguel; "El Marco Legislativo para el Cambio", Vol. 6, Septiembre a Diciembre de 1983. Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República.
- 8.- Fix Zamudio, Héctor; "Constitución Política de los Estados Unidos, comentad". U.N.A.M. -- 1985.
- 9.- Galindo Garfias, Ignacio; "Derecho Civil", México, Editorial Porrúa, S. A., 7ma. Edición, 1985.
- 10.- García Ramírez, Sergio; "Justicia y Reformas Legales", Instituto de Investigaciones Jurídicas, U. N. A. M., México 1970.
- 11.- Ibarrola, Antonio de; "Derecho de Familia", México, Editorial Porrúa, S. A., 3a. Edición, 1984.
- 12.- Jiménez de Azúa, Luis; "La Ley y el Delito", México, Editorial HERMES, Primera Edición, 1986.
- 13.- Jiménez Huerta, Mariano; "Derecho Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, S. A., Quinta - Edición, 1984. TOMOS III, IV y V.

- 14.- Karpents, Igor; "Delitos de Carácter Internacional" México, Editorial Progreso, 1983.
- 15.- Osorio y Nieto, César Augusto; "Síntesis de Derecho Penal", México, Editorial Trillas, S. A., 1984.
- 16.- Rojina Villegas, Rafael; "Compendio de Derecho Civil", México, Editorial Porrúa, S. A., Décima Edición. 1982.
- 17.- Soler Sebastián; "Derecho Penal Argentino"; Tomo I, Buenos Aires, 1959.
- 18.- Villalobos, Ignacio; "Derecho Penal Mexicano", parte general, México, Editorial Porrúa, -- S. A., 3a. Edición, 1975.
- 19.- Zaffaroni, Eugenio Raúl; "Manual de Derecho Penal", México, Cárdenas Editor y Distribuidor, -- 1986.
- 20.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Editorial Porrúa, S. A., 89 Edición, 1990.
- 21.- Código Civil del Distrito Federal" México, Ediciones DELMA, 1991.

- 22.- Código Penal para el Distrito Federal en materia Federal para toda la República". México, Ediciones DELAM, 4a. Edición, 1991.
- 23.- 1789-1989 "Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano". México, Secretaría de Gobierno, 1989.
- 24.- DICCIONARIO Larousse, Ilustrado; México, Editorial Larousse, 1981,
- 25.- Goldstein, Raúl; Diccionario de Derecho Penal y Criminología". Buenos Aires, Argentina, Editorial ASTREA, 2a. Edición, 1983.
- 26.- Pina Vara, Rafael de; "Diccionario de Derecho", México, Editorial Porrúa, S. A., 2a. Edición, 1970.