



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

" ARAGON "

40
25

ANALISIS DOGMATICO DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES
Y SU NECESIDAD DE INCLUIRLO EN EL CODIGO PENAL
DEL ESTADO DE MEXICO.

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

EDUARDO VERA PEREZ.

ENEP



ARAGON SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

1995.



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.

A ti Dios, que me permites conocer lo más grande y maravilloso que tiene esta vida, porque me brindas la dicha de tener a mis padres y porque me permites cumplir con una de las tantas metas que deseo disfrutar con los seres a los que amo.

GRACIAS SENOR.

A ti mi madrecita linda, que siempre te has esmerado en darme lo mejor y porque tu presencia me llena de dicha y felicidad, gracias, pues además tú eres para mí, la persona que me dió la vida después de Dios.

MARGARITA PEREZ SANCHEZ.

A ti papá, que al igual que mi madre, eres lo más valioso que tengo, por tus sabios consejos y tu apoyo que me brindas desde que era niño, así como por tu gran vitalidad, astucia y fortaleza, me has enseñado que con coraje, orgullo y decisión se llega al triunfo.

ALEJANDRO VERA MONTIEL.

A ti hermana y hermano, de quienes siempre he tenido su apoyo y comprensión, así como a mi sobrino, que con su sola presencia me inspira para que cada día sea mejor.

**LETICIA, ALEJANDRO VERA PEREZ
Y ALEJANDRO VERA RUEDA.**

A la chica más noble, sencilla, capaz, bonita, cariñosa. . . e inteligente, de quien he tenido la dicha de compartir las mejores experiencias y que no solo quiero, amo y respeto, sino también admiro.

LUPITA MENDOZA VAZQUEZ.

A mis amigos y compañeros, de quienes no podría hacer una lista de ellos por ser tantos, pero que sin dejar de tener presentes a toda una generación los aprecio con afecto, y en especial a:

**SERGIO ALFREDO VARGAS SANCHEZ,
PATRICIA MORENO IBARRA,
JUANA INES LOYOLA RIVERA,
MARIO GUERRERO ARAUJO.**

Tambien hago una dedicatoria para todos los que me ayudaron, alentaron, inspiraron y motivaron.

LIC. SADOT JAVIER ANDRADE MARTINEZ.
LIC. LEONARDO PEREZ MARTINEZ.
LIC. ESTUARDO MARIO BERMUDEZ MOLINA.
LIC. FRANCISCO CHAVEZ HOCHSTRASSER.
LIC. IRENE HERNANDEZ CUEVAS.
LIC. MARIA DEL REFUGIO ARELLANO FRANCO
LIC. IGNACIO GONZALEZ RODRIGUEZ
ING. JUAN CAMPERO BAUTISTA

Con especial afecto y respeto, a mi ASESOR quien sin tener la menor duda, confio en mi y agradezco su apoyo incondicional para la realizaci3n de una de las metas que tanto he anhelado.

DR. ELIAS POLANCO BRAGA.

A mi Gloriosa Escuela, de quien me sentir3 siempre ORGULLOSO de llevar su nombre en el camino de la vida profesional.

U N A M. "ENEP ARAGON".

Por último, aún y cuando no tiene entidad corpórea ni definible, dedico mi tesis a la única amiga que se que nunca me abandonará y me será fiel por siempre.

L A N E C E S I D A D . . .

I N D I C E

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DEL TRAFICO DE MENORES.

1.1.	DEFINICION JURIDICA DE TRAFICO DE MENORES	1
1.2.	SURGIMIENTO DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN LA LEGISLACION MEXICANA.	
1.2.1.	REVISION DE LOS PRINCIPALES ORDENAMIENTOS PUNITIVOS DEL DISTRITO FEDERAL.....	5
1.2.1.1.	CODIGO PENAL DE 1871	6
1.2.1.2.	CODIGO PENAL DE 1929	6
1.2.1.3.	CODIGO PENAL DE 1931	7
1.2.1.4.	CODIGO PENAL VIGENTE	8
1.2.2.	APARICION DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, CON MOTIVO DE LAS REFORMAS HECHAS EN EL AÑO DE 1984....	12
1.2.2.1.	EXPOSICION DE MOTIVOS.....	12
1.2.2.2.	COMENTARIOS DEL ARTICULO 366 BIS DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.....	18
1.3.	PRINCIPALES DIFERENCIAS DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES CON EL TIPO PENAL DE ROBO DE INFANTE.	
1.3.1.	CONCEPTOS ESPECIFICOS DEL DELITO DE TRAFICO DE MENORES.....	24
1.3.2.	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE.....	27

CAPITULO SEGUNDO

ANALISIS DOGMATICO DEL ARTICULO 366 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1.	CONCEPTO DEL DELITO	31
2.2.	ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO.	
2.2.1.	LA CONDUCTA.....	35
2.2.2.	TIPICIDAD	40
2.2.2.1.	EL TIPO.....	41
2.2.2.2.	CLASIFICACION DEL TIPO.....	42
2.2.2.3.	ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO.....	45
2.2.2.4.	ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO.....	48
2.2.2.5.	CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL TIPO.....	51
2.2.3.	ANTI JURIDICIDAD.....	54
2.2.4.	IMPUTABILIDAD.....	56
2.2.5.	CULPABILIDAD.....	59
2.2.6.	CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	60
2.2.7.	PUNIBILIDAD.....	61
2.3.	ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO.	
2.3.1.	AUSENCIA DE CONDUCTA.....	64
2.3.2.	ATIPICIDAD.....	67
2.3.3.	CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	70
2.3.4.	INIMPUTABILIDAD.....	71
2.3.5.	IN CULPABILIDAD.....	76
2.3.6.	AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	78
2.3.7.	EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	80
2.4.	DETERMINACION DE LOS SUJETOS COMPRENDIDOS EN EL DELITO DE TRAFICO DE MENORES.	
2.4.1.	SUJETOS ACTIVOS.....	82
2.4.2.	SUJETO PASIVO.....	82
2.4.3.	CLASIFICACION.....	83
2.5.	FORMAS DE APARICION DEL DELITO	
2.5.1.	CONSUMACION.....	85

2.5.2.	TENTATIVA.....	86
2.5.3.	DELITO IMPOSIBLE.....	88
2.6.	CONCEPTO DE DOLO Y CULPA.....	88
2.7.	CONCEPTO DE BIEN JURIDICO.....	90
2.8.	CONCEPTO DE PENA, SANCION Y MEDIDA DE SEGURIDAD.....	91
2.9.	CONCURSO DE PERSONAS. (PARTICIPACION).....	94
2.10.	CONCURSO DEL DELITO	
2.10.1.	CONCURSO IDEAL.....	103
2.10.2.	CONCURSO REAL.....	104
2.11.	FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO.	
2.11.1.	DENUNCIA.....	106
2.11.2.	QUERRELLA.....	106

CAPITULO TERCERO

CONSIDERACIONES ESPECIALES EN RELACION AL TIPO EN ESTUDIO.

3.1.	FACTORES QUE INFLUYEN EN TORNO AL DELITO.	
3.1.1.	ENDOGENOS.....	109
3.1.2.	EXOGENOS.....	110
3.2.	INFLUENCIA DE LA FAMILIA EN LA DELINCUENCIA.....	110
3.3.	EFFECTOS QUE PRODUCE LA COMISION DEL DELITO EN EL MENOR.	
3.3.1.	TENDENCIA CRIMINOLOGICA.....	115
3.3.2.	EL MENOR CON UNA CONDUCTA SOCIAL.....	116
3.3.3.	EL MENOR CON UNA CONDUCTA ASOCIAL.....	117
3.3.4.	TENDENCIA DEL MENOR A SER UN SUJETO PARASOCIAL.....	117
3.3.5.	TENDENCIA DEL MENOR A SER UN SUJETO ANTISOCIAL.....	119
3.4.	POSIBLES SOLUCIONES.....	119

CAPITULO CUARTO

NECESIDAD DE INCLUIR EL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.

4.1.	JUSTIFICACION, IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DEL TIPO	
------	-----------------------------------------------------	--

PENAL DE TRAFICO DE MENORES, PARA INCLUIRLO EN OTRAS LEGISLACIONES.....	122
4.2. INCLUSION DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN LA LEGISLACION PUNITIVA DEL ESTADO DE MEXICO, COMO PAUTA HACIA LAS DEMAS LEGISLACIONES	126
4.3. SUGERENCIA PARA UBICAR AL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN UN SUBTITULO Y CAPITULO ESPECIAL DENTRO DE LA LEGISLACION PUNITIVA.....	128
4.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE TRAFICO DE MENORES Y BOSQUEJO PARA SU ESTRUCTURA.	
4.4.1. LA ENTREGA DE UN MENOR.....	130
4.4.2. DE MANERA ILEGITIMA (CON O SIN BENEFICIO ECONOMICO).....	131
4.4.3. PARA LA CUSTODIA DEFINITIVA A UN TERCERO	132
4.4.4. BOSQUEJO PARA EL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES.....	132
4.5. EL BENEFICIO DE LA LIBERTAD EN EL DELITO DE TRAFICO DE MENORES.	
4.5.1. LIBERTAD CON CAUCION.....	134
4.5.2. LIBERTAD SIN CAUCION.....	136
4.6. JURISPRUDENCIA EN EL DELITO DE TRAFICO DE MENORES.....	138
CONCLUSIONES.....	140
BIBLIOGRAFIA.....	145

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

El presente trabajo que lleva por título "Análisis Dogmático de Tipo Penal de Tráfico de Menores y su Necesidad de Incluirlo en el Código Penal del Estado de México", tiene dos intenciones fundamentales, la primera, es dar a conocer el aspecto jurídico penal de la figura delictiva que se analiza y la segunda, que en base a dicho estudio se advierta la importancia de incluirlo en aquellas legislaciones que aún no lo contemplan.

Así, el motivo de la realización del presente tema, obedece no sólo a un interés meramente académico, sino también en la inquietud para que se incluya a dicho delito en el Código Penal del Estado de México, a fin de que tal fenómeno social, no quede impune ante la inexistencia de un tipo penal que lo describa.

El delito en comento no está exento de cometerse en un lugar determinado, sino por el contrario, admite su realización en cualquier tiempo y lugar, de ahí que el principal propósito de la presente investigación, radique en el hecho mismo de que tal delito no sólo quede contemplado dentro del Ordenamiento Punitivo del Distrito Federal, sino en todas las demás entidades federativas que aún lo omiten, empezando por la del Estado de México, por ser esta la más próxima a la Capital.

II

Todo lo anterior no solo justificó la elaboración del presente tema, sino que incluso motivó la debida búsqueda de datos apoyándonos para tal efecto en un método de investigación tanto bibliográfico, como inductivo.

Para tal fin, se hizo necesario tocar aspectos que están íntimamente relacionados con el tema principal y que difícilmente se podrían pasar por alto, dado que entre uno y otro se complementan.

Es así como en el Capítulo Primero denominado "Aspectos Generales del Tráfico de Menores", se contempla no solo el significado y surgimiento de dicho fenómeno social, sino también las principales diferencias que posee con relación al delito de Robo de Infante, figura delictiva que puede prestarse a confusión con la que es motivo de la presente investigación.

En el Segundo Capítulo, llamado "Análisis Dogmático del artículo 366 bis del Código Penal para el Distrito Federal", manejamos lo relativo a la Teoría del Delito, es decir, el concepto, elementos positivos y negativos, así como formas de aparición, participación, concurso y persecución del delito; todo ello con el propósito de contar con las bases jurídicas que permitan advertir el contenido y aplicación de la figura penal que se estudia.

El Capítulo Tercero que lleva por título "Algunas Consideraciones Especiales en relación al Tipo en Estudio", desarrolla puntos que versan sobre cuales son los factores que influyen en torno al delito, los efectos que pueden darse en la víctima, tocando en este punto al menor y por último las posibles soluciones a tal conducta delictiva, con el fin de complementar dicha investigación.

III

Por cuanto hace al último Capítulo, intitulado "Necesidad de incluir el Tipo Penal de Tráfico de Menores en el Código Penal del Estado de México", en el se entra propiamente a lo que es la postura de la realización del presente trabajo, desarrollando temas que hablan de la justificación, necesidad, importancia y trascendencia de la inclusión de dicho delito al Código Penal del Estado de México, así como una sugerencia para ubicarlo correctamente, sin pasar por alto el aspecto de un bosquejo de dicha figura, al igual que la aplicación de los beneficios de la Libertad Provisional para quienes cometen dicha acción. Y por último lo relativo a la inexistencia de jurisprudencia alguna que verse sobre tal ilícito, con el fin de resaltar su falta de interpretación.

De esta forma, entramos propiamente al desarrollo del presente trabajo, esperando que su contenido sea de fácil manejo y comprensión.

C A P I T U L O P R I M E R O

ASPECTOS GENERALES DEL TRAFICO DE MENORES

En el estudio de cualquier fenómeno social, es imprescindible no sólo establecer el enfoque bajo el cual se desarrollará éste, sino también, contar de manera general, con un panorama de lo que es y como surge, para apreciar tanto su contenido como sus límites, misma situación que se desarrolla en el presente capítulo en relación al tráfico de menores.

1.1. DEFINICION JURIDICA DEL TRAFICO DE MENORES.

El establecer una definición jurídica, por cuanto hace al Tráfico de Menores, obedece a tres razones, que justifican la importancia y trascendencia que tiene el estudio de este fenómeno social. Dichos motivos a saber son:

- a) Para contar con bases teórico-prácticas, que permitan establecer sus alcances y límites.
- b) Para presuponer sus repercusiones en un sentido social-jurídico y
- c) Para determinar sus características especiales que lo hacen diferente y por ende, autónomo de cualquier otra figura y así no sólo saber que factores influyen en su realización, sino también, cuales pueden ser las posibles soluciones al mismo.

Para cumplir con lo planteado en lo global y en lo singular del tema a estudio, se propone una definición, producto de un razonamiento lógico y preliminar puesto que lo que se estudia no es un objeto sino más bien un fenómeno social.

Al seguir la pauta preestablecida, conviene primero someter a análisis lo que es el Tráfico y agotado éste, su planteamiento con los Menores.

Así, atendiendo a lo que señala el autor Rafael de Pina Vara en su Diccionario de Derecho, se tiene que "Tráfico es comercio o negocio".¹ Definición que requiere de un razonamiento lógico, a fin de encontrar la respuesta deseada en el presente estudio, pues en términos generales no queda claro, que traficar sea la acción derivada de negociar o comerciar y de ser así, se cae en la confusión de aceptarlo como una actividad habitual, la cual no lo es ni puede ser cierto, pues como lo señala la propia Carta Magna, ordenamiento que rige a nuestro país y que establece en su artículo 5 que "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos"; se desprende que no todo comercio es lícito, de lo cual se aprecia que el tráfico, no sólo refiere a la acción de negociar o comerciar, sino que éste, en una acepción más extendida, implica una acción ilícita.

Ante lo expuesto, se deduce que la definición de tráfico aún es incompleta, en razón de que no se precisa lo que es el comercio y lo que se debe de entender también por negocio.

En tal orden de ideas, el comercio se define como la actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores con

¹ Rafael De Pina Vara. *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1988, p. 40.

el propósito de lucro, lo que es igual a la compraventa de objetos con ánimo de lucro. El negocio refiere al hecho de realizar un acto de comercio, es decir, lo que se puede realizar como un objeto de una operación en comercio.

Así, los elementos que integran al Tráfico, son la acción de comerciar o negociar, respecto de un objeto, (comprende no sólo las cosas inanimadas, sino incluso, a los seres vivos), susceptible de ser operación de comercio; y el segundo elemento, que dicho comercio o negocio sea ilícito. Ante esto, se puede elaborar la definición de lo que es el tráfico en los siguientes términos:

Tráfico: Acción o actividad humana de mediación o intermediación (compraventa) que realizan dos o más sujetos, respecto de un objeto el cual comprende cosas inanimadas así como a los propios seres vivos, susceptibles de ser operación de comercio, con un propósito de lucro, y que en un sentido más amplio, posee el carácter de ilícito (contrabando).

Lograda la definición de tráfico, se procede al análisis de lo que significa el vocablo Menor, para cumplir lo planteado en el presente estudio.

Menor o propiamente dicho Menores, el cual en términos jurídicos, refiere a las personas que no han alcanzado la edad necesaria para gozar plenamente los derechos que otorga la Constitución, y que en la ley mexicana es hasta los dieciocho años.

Una vez que se ha dejado en claro lo que es el tráfico y lo que son los menores, solo resta unir estos dos conceptos, para obtener la definición buscada; por lo que haciendo uso de lo anteriormente expuesto, se deduce lo siguiente:

Tráfico de menores, en una acepción general, es el comercio ilícito que existe respecto de los incapaces por minoría de edad.

En una acepción Jurídica, es un delito, que se encuentra tipificado en el artículo 366 bis del Código Penal del Distrito Federal, el cual describe la conducta prohibida de realizar actos de comercio, utilizando como objeto o negocio del mismo, a los menores de edad, pues viola bienes jurídicamente tutelados por la norma penal, en razón de que resulta completamente contrario a derecho el que un menor sea entregado a una persona distinta de la que conforma su núcleo familiar, omitiendo en todo caso la adopción.

En términos sociológicos, representa un fenómeno social, producto de factores tanto endógenos y exógenos, ya del propio individuo o individuos, o por el medio social en que estos se desenvuelven.

Las definiciones, tanto general, jurídica como social, que del Tráfico de Menores se da, son tan sólo una elaboración inductiva de los conceptos estudiados, por lo que son susceptibles de análisis y de crítica, no obstante a ello, debe recordarse que el propósito de su realización no se baso en lograr una definición que sea inapelable, sino más bien, en encontrar las principales características que la integran y en base a ello su estudio, tal como se dejó señalado en el fin expuesto.

Con la definición realizada de lo que es el Tráfico de Menores, se confía haber alcanzado el fin perseguido en este primer punto del capítulo a estudio; sin embargo, esto de ningún modo implica la culminación del fin primordial de la presente investigación, por el contrario, es el comienzo y la pauta para continuar con el desarrollo de la misma, razón por la que a continuación se entra al estudio y revisión del surgimiento del Tráfico de Menores en la Legislación Mexicana.

1.2. SURGIMIENTO DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN LA LEGISLACION MEXICANA.

El tipo penal en comento, en sus orígenes es una creación única y exclusiva del ordenamiento punitivo del Distrito Federal, su exclusividad a nivel territorio de la República Mexicana, lleva a circunscribir y enfocar la investigación, sólo por cuanto hace al ordenamiento punitivo de dicha entidad, por ser esta la primera que lo contempló.

Actualmente, el delito en estudio ya esta contemplado como tal en otras entidades del país, pero esto fue en virtud de la existencia previa de dicha figura, lo que corrobora la exclusividad de su creación.

1.2.1. REVISION DE LOS PRINCIPALES ORDENAMIENTOS PUNITIVOS DEL DISTRITO FEDERAL.

El realizar un análisis de la perspectiva histórica-doctrinal a la que ha estado sujeta la figura penal en estudio, permite descubrir y justificar la regulación a la cual se encuentra sometida actualmente, sin omitir a la que estuvo sujeta en el momento de nacer a la vida jurídica.

Lo anterior, en auxilio de la definición elaborada en la presente investigación, sirve de punto de partida a un enfoque general, de la forma en que ha sido tratada esta figura delictiva a través del tiempo, en la legislación mexicana; por lo que en el presente subtítulo se hará referencia a los antecedentes legislativos, que en un momento dado pudieron contemplar a dicha figura típica y ante ello se hace mención de los siguientes:

1.2.1.1. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1871.

Este ordenamiento penal al que la historia legislativa reconoce como la primera codificación de Derecho Punitivo Positivo y que también se le denominó como "Código Martínez de Castro" o "Código Juárez". (ya que se expidió bajo el régimen del Gobierno de Benito Juárez, después del triunfo del Partido Liberal contra la Revolución Francesa), en cuya elaboración intervinieron: el Licenciado Antonio Martínez de Castro, Licenciado José María Lafragua, Licenciado Eulalio María Ortega y como Secretario el Licenciado Indalesio Sánchez Gavito; en dicho Código, no se contempla ni remotamente el delito a estudio; ya que si bien enuncian a las expresiones suposición, sustitución, ocultación, robo de infante, así como su falta de presentación al Registro Civil; sin embargo, esto no puede ser considerado como antecedente, puesto que se refiere a figuras típicas distintas.²

1.2.1.2. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929

Señala González de la Vega que, "El antecedente de este Código, lo constituyen los trabajos de revisión que se hicieron al Código Penal de 1871, este proyecto de Código se terminó de elaborar el 11 de junio de 1912, pero no se puso en vigor, dadas las circunstancias en que se encontraba la nación mexicana, posteriormente al irse recuperando la paz pública, la inquietud reformadora volvió a tomar cuerpo, hasta que en 1925 el Presidente de la República, designó a las comisiones revisoras del Código, las cuales concluyeron sus trabajos en 1929, por lo que en ese mismo año el Presidente Portes Gil, promulgó el Código Penal de 1929, que

² Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. *Leyes Penales Mexicanas*, Tomo II, Editado por el INACIPE, México, 1979. ps. 243-245, 423 y 424.

era derogatorio del de 1871, mismo Código Penal que entró en vigencia el 15 de diciembre de 1929".³

Este Código al igual que el anterior, a pesar de que en su título decimocuarto, existe un Libro Tercero denominado "De los delitos cometidos contra la familia", sin embargo, dentro de este Libro en sus artículos 878 al 885 se habla de suposición, supresión, sustitución, ocultación, robo de infante, así como quien usurpe el estado civil de otro, tampoco puede ser considerado como antecedente del delito que se estudia, si no más bien como ya se mencionó anteriormente, constituyen figuras delictivas diferentes a la que nos ocupa.⁴

1.2.1.3. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1931.

El 17 de septiembre de 1931 entró en vigor el Código Penal que a la fecha nos rige, ya que el Licenciado Portes Gil, siendo Secretario de Gobernación y obedeciendo a un deseo generalmente manifestado en diversos sectores del pensamiento mexicano organizó una comisión que se encargara no simplemente de llevar a cabo una depuración del Código de 1929, sino que su finalidad era una total revisión del mencionado Código, los integrantes de esta comisión redactora fueron: por la Procuraduría General de la Nación, el Licenciado José López Lira, por el Secretario de Gobernación, el Licenciado José Angel Ceniceros, por la Procuraduría de Justicia del Distrito y Territorios Federales, el Licenciado Luis Garrido, por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito, el Licenciado

³ Francisco González de la Vega. *La Reforma de las Leyes Penales en México*, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, México, p. 19.

⁴ Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales. *op. cit.* Tomo III. ps. 205-206, 216 y 217.

Alfonso Tejeda Zabre y por los Tribunales Penales, el Licenciado Ernesto G. Garza.⁵

En este Código, al igual que en los anteriores no existe antecedente alguno que pueda servir de base para el nacimiento de la figura típica, pues aún cuando en dicho ordenamiento existe un título denominado "Delitos contra el estado civil y bigamia" en su artículo 277 fracciones IV y V, en el cual se señala la sustitución de un niño por otro, con el propósito de adquirir derechos de familia que no le corresponden,⁶ no se puede tomar como antecedente de este delito, ya que la sustitución se refiere a colocar a un niño en lugar de otro, siendo este niño nacido de distinta madre, en tanto que la ocultación, como su nombre lo dice, se refiere a esconder a un niño. Por otra parte no obstante de que existe en este Código, el título Vigésimo Primero, el cual nos habla de la "Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías" y en el artículo 366, en su fracción VI se menciona el "Plagio o Secuestro de un Infante",⁷ sin embargo, esto se refiere a otra figura distinta a la que es materia de este trabajo.

1.2.1.4. CODIGO PENAL VIGENTE.

Finalmente para referirnos al Código Penal que actualmente nos rige, es conveniente hacer mención a los anteproyectos que del mismo se han realizado, como son: "El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1949 y 1958; en estos no se encuentra aún contemplado el delito que se estudia, ya que únicamente se hace mención a figuras jurídicas distintas al delito de Tráfico de Menores, pues aún cuando el anteproyecto últimamente

⁵ Cfr. *Ibidem*. p. 242.

⁶ *Ibidem*. p. 342.

⁷ *Idem*

citado se sigue una clasificación simple en la que se agrupan los delitos bajo los títulos referidos al bien jurídico protegido, con el fin de que se pudiera reunir el mayor número de delitos en el menor número de títulos, se observa que únicamente se menciona en el subtítulo segundo "Delitos contra la libertad y Seguridad" en el artículo 251 fracción V, la sustracción o retención de un menor, que son tipos penales diferentes * .

Sin embargo, es hasta el anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1983, en donde encontramos por primera vez lo que es el delito a estudio y es en el Capítulo Tercero de este Anteproyecto, en el título Único, denominado "Delitos contra la Familia", en su artículo 184, en donde se tipifica al delito de Tráfico de Menores, mismo que a la letra dice:

"Artículo 184. Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque esta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se aplicará la pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días multa.

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

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

* Cfr. *Ibidem*. Tomo III. ps. 241-286; Tomo IV. ps. 41, 204-207, 212 y 246.

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

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

"Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito a que se refiere el presente artículo".⁹

Al respecto señala Sergio García Ramírez, "el artículo anterior, forma parte de las reformas realizadas al Código Penal, a través de las iniciativas enviadas por el Ejecutivo Federal al Congreso de la Unión, en diciembre de 1983, las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial, en enero de 1984, mismas que entraron en vigor a los noventa días de su publicación, son estas reformas que al tener modernidad y equidad, logran la introducción de nuevas figuras delictivas, como es el caso del delito de Tráfico de Menores, que se encuentra previsto en el numeral 366 bis del Código Penal Vigente".¹⁰

Por su parte, apunta Celestino Porte Petit, que el surgimiento de esta figura se basa en la experiencia que con frecuencia se presenta ante el Ministerio Público, ya que existen ciertas conductas que afectan a menores de edad, así como a las personas que ejercen la patria potestad o la tutela, sin que se llegue a

⁹ *Revista Mexicana de Justicia*. INACIPE. Julio-Septiembre de 1984. No.3 Volumen II. México, 1984. ps. 58 y 59.

¹⁰ Sergio García Ramírez. *Justicia y Reformas Legales (Reformas Normativas)*. No.14. México, Editado por el INACIPE. p. 84.

configurar el delito de Robo de Infante, esto es, que dichas conductas permanecían impunes, dado la inexistencia de algún tipo penal en el cual encuadraran¹¹; por eso siguiendo a García Ramírez podemos decir que en el delito que se analiza se presenta un verdadero Tráfico de Menores, en el cual existe o no el consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad o la custodia, así como de que exista lucro o no en beneficio de quien lo entrega, o que quien lo reciba lo haga con propósitos nobles, es decir que lo incorpore a su núcleo familiar; pues tales conductas se hacen contraviniendo las normas que prevalecen en el campo de las relaciones familiares, siendo por lo tanto aplicables a estas conductas, diferentes penas.¹²

Ahora bien, este delito fue instalado entre otros ilícitos de Privación Ilegal de la Libertad y Otras Garantías y aunque ciertamente se vulnera la libertad, en todo caso se ubicaría mejor en un título inexistente, como lo es el de los Valores y Bienes Familiares, mismo título del cual se hablará con toda oportunidad en el Capítulo Cuarto de la presente investigación.

Finalmente es hasta abril de 1984, cuando se plasma en el Código Penal entre otras reformas y adiciones, el delito de Tráfico de Menores, dentro del título Vigésimo Primero, denominado "Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías", en el artículo 366 bis del citado ordenamiento punitivo, mismo precepto legal que quedó igual al de su anteproyecto, sufriendo sólo algunas modificaciones en su redacción sin ser sustancial.

Por todo lo anterior, se afirma que el delito motivo del presente trabajo y su aparición en el Código Penal para el Distrito

¹¹ Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap. *Hacia una Reforma del Sistema Penal*. No.21. Editado por el INACIPE. México, 1985. ps. 411 y 414.

¹² Cfr. Sergio García Ramírez. *op. cit.* ps. 321 y 322.

Federal con motivo de las reformas hechas en el año de 1984, merece especial atención, por cuanto hace a la exposición de motivos que justificó su creación, mismo punto que a continuación se desarrolla junto con la elaboración de algunos comentarios que se consideran importantes en el estudio y análisis de la presente investigación.

1.2.2. APARICION DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, CON MOTIVO DE LAS REFORMAS HECHAS EN EL AÑO DE 1984.

El origen y estudio de la figura penal en comento se encuentra en las reformas que se hicieron al Código Penal del Distrito Federal en el año de 1984, de donde, nace este nuevo delito, justificando la razón de su existencia, por lo que es esencial hablar de la exposición de motivos que de las mismas existe, lo cual se hace en el siguiente subinciso.

1.2.2.1. EXPOSICION DE MOTIVOS

Existe una frase conocida del filósofo griego Aristóteles que nos dice: "Nada en vano", o lo que es igual, todo lo que existe tiene una razón de ser, un fin.

Es así como en las disposiciones normativas y más en materia penal, debe de fundamentarse plenamente las figuras típicas que conforman al Código Objetivo. Por ello, el hablar de la teleología de un delito, significa hacer mención a las causas que motivaron su creación, así como sus medios y sus objetivos.

Por lo anterior, al hacer una breve revisión de las fuentes documentales de información, se encontró que en las postrimerías del año de 1983, el Ejecutivo Federal, envió a la Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, una iniciativa, en la cual se propusieron reformas, adiciones y derogaciones a diversas

disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

De este modo, surge la iniciativa, que es el resultante de la consulta nacional sobre la Administración de Justicia y Seguridad Pública, tendiente a modificar en diversos ordenes, que corresponden a las necesidades, evolución y requerimientos de los ámbitos para una mejor administración de justicia.

Es así como en la exposición de motivos, al respecto anuncia: "En todo caso se ha pretendido proteger derechos y legítimos intereses de los particulares y amparar con eficacia al conjunto social, ambas cosas por medio de una procuración e impartición de justicia atenta a las circunstancias del hombre y de la colectividad".¹³

En el aspecto de justicia penal, habla acerca de la reforma que reclama la sociedad, en la forma siguiente: "en este ámbito aparecen múltiples y a menudo dolorosos problemas individuales y sociales, que es preciso abordar, mejorando y actualizando nuestras formulas jurídicas, en los términos que resultan del progreso de las disposiciones penales y, particularmente, de la actividad aplicada a las cuestiones que comprenden el derecho punitivo, en cuyo marco entran en juego valores trascendentales para el ser humano y para la comunidad".¹⁴

En la referida iniciativa, en cuanto al rubro de Tráfico de Menores, menciona: "En la realidad se presentan casos de verdadero

¹³ Miguel De la Madrid, *El Marco Legislativo para el Cambio*, Volumen VI, Septiembre a Diciembre de 1983. Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, México, 1984. p. 195.

¹⁴ *Ibidem*. p. 196.

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 del menor obedezcan a móviles nobles, que incluso puedan significar beneficio para éste".¹⁵

Y en lo que hace a su adiconamiento, previsto en el artículo 366 bis, en comento, deberá quedar en los siguientes términos:

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

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

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

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

¹⁵ *Ibidem.* p. 212.

"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 aquel.

"Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito a que se refiere el presente artículo".¹⁶

La Cámara de Senadores (Cámara de Origen), en su dictamen al respecto menciona: "Las comisiones encargadas de revisar el proyecto de referencia, quieren dejar asentado que las reformas al Código Penal, pretenden modernizar la legislación obedeciendo al elevado propósito de garantizar al mismo tiempo al hombre individual y al hombre social, su desenvolvimiento dentro del conglomerado en forma digna y no como obediencia ciega a la seducción de la técnica, que en esta materia no pasa de ser en algunas ocasiones sino situación terminológica o moda académica.

"Es por lo anterior que el cambio legislativo sobre el que se dictamina, constituye a juicio de las Comisiones que suscriben, parte de un proceso integral de revisión que tiende a lograr simultáneamente modernidad y equidad como signos característicos. A este respecto conviene repetir los términos expresados por el Procurador General de la República; en el sentido de que la modernidad se pretende en los conceptos que definen al delito, al delincuente y a las penas, y a la incorporación, dentro del texto legal, de nuevas figuras delictivas; la equidad, por su parte se introduce en las reformas al régimen de sanciones privativas y restrictivas de la libertad y las pecuniarias, así como el que se

¹⁶ *Ibidem.* ps. 229 y 230.

dirige a los sujetos inimputables." ¹⁷ Y al respecto del rubro de referencia citan:

"Tráfico de Menores. Constituye un nuevo tipo, cuya práctica lamentablemente frecuente, consiste en la venta de menores.

"La iniciativa toma en cuenta si el móvil es noble y si hay beneficios para el menor, a efecto de que el agente se le de un trato especial".¹⁸

Por lo que de esta forma aprueban tal iniciativa, sin modificar el texto que se estudia, pasando así a la siguiente fase legislativa.

La Cámara de Diputados (Cámara Revisora), en su dictamen, en forma general, aprueban el proyecto enviado por la Cámara de Origen, en todos sus términos (en lo que hace al tipo en comento), aprobando de esta forma su adición al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

Es así como el decreto promulgatorio, publicado en el Diario Oficial de la Federación en 13 de enero de 1984, quedó aprobado sin modificaciones, en lo que respecta al tipo en estudio, adicionándose al Código Penal vigente.

Comenta al respecto el Doctor Sergio García Ramírez, en sus trabajos, En la experiencia del Ministerio Público del Fuero Común se ha observado la frecuencia con que se incurre en ciertas conductas que afectan a menores y a quienes sobre estos ejercen la patria potestad o la tutela, sin que propiamente se configure la

¹⁷ *Ibidem.* p. 240.

¹⁸ *Ibidem.* p. 245

hipótesis delictiva que con el extraño nombre de "robo de infante" existe entre los tipos de secuestro recogido en el artículo 366.

En el caso que se trata, que dio 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 de quien hace la entrega o esta se produzca sin beneficio económico para el que la realiza, de que se reciba al menor con motivos nobles o con innoble designio. Distintas son las penas en el juego entre aquellos extremos.

La más leve de todas es la aplicable a quien recibe al menor con propósito digno, para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación. Se sanciona éste supuesto, sin embargo, porque el acto de recepción, no obstante su plausible motivo, se produce contraviniendo las normas que prevalecen en el campo de las relaciones familiares. 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. ¹⁹

Se denota claramente que el objetivo primordial del adiciónamiento de este tipo al Código Penal vigente, queda justificado, dadas las necesidades que se requieren en la sociedad moderna, atentas a las conductas que no habían sido previstas en las reformas anteriores.

Cabe mencionar que no obran en los anteriores proyectos al Código, enunciados que mencionen al tipo que se comenta, ya que su fuente se remota al uso reiterado de la conducta y en la experien-

¹⁹ Cfr. Sergio García Ramírez. *op. cit.* ps. 321 y 322.

cia de las autoridades que conocían de los asuntos que afectan a los menores de edad, y que quedaban impunes.

Una vez que se ha hecho alusión a la exposición de motivos que generó la creación del tipo penal en análisis, a continuación se presenta una serie de comentarios, respecto del contenido del tipo penal en cita y que se consideran vitales para su propio estudio.

1.2.2.2. COMENTARIOS DEL ARTICULO 366 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La opinión, como una fuente de estudio, no debe quedarse al margen de la formulación de juicios doctrinarios, es decir, que aún y cuando son de respetarse los comentarios que en un momento dado emiten los grandes tratadistas o reconocidos juristas, respecto de algún asunto en particular, también es válido el emitir un punto de vista respecto de lo que se estudia; pues no obstante a que éste pueda carecer de una madurez plena en el aspecto ya no sólo jurídico, si no también práctico, es benéfico el emitir dichos juicios, que a manera de crítica, sirvan en la mejor comprensión del tema en investigación.

Así pues, la formulación de algunos comentarios al artículo 366 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, pueden partir de las siguientes consideraciones:

- a) El delito en comento, se ubica dentro del libro segundo, del Código Penal del Distrito Federal mismo que comprende el catálogo de los delitos y que propiamente en el título Vigésimo Primero, denominado bajo el rubro de: "Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías" tiene reservado dentro de un Capítulo Único y concretamente en el artículo 366 bis, al ilícito en estudio.

- b) El Tráfico de Menores, forma parte de una adición al artículo 366 del Código Penal, con motivo de las reformas hechas el 13 de enero de 1984 y que a partir de su creación ya ha cumplido más de diez años de vida jurídica, sin que haya sufrido modificación alguna.

Ante estas dos consideraciones, cabe realizarse el primer comentario, respecto de la ubicación que tiene dicho delito, en la legislación punitiva, pues no pasa desapercibido que se ubica dentro de un rubro que habla de la afectación a la libertad, situación ante la cual cabe hacerse una interrogante, respecto de cuál es el verbo de dicho delito, es decir, si se toma en cuenta a la acción que indica el rubro que lo contempla y se analiza cual es el verbo que se realiza en el mismo, se aprecia que en apariencia existe una contradicción entre ambos; pues no se habla propiamente de una privación de la libertad, si no más bien de una entrega ilegítima, en favor de un tercero para que éste ejerza una custodia definitiva sobre la persona que recibe.

Atento a lo anterior, surge el comentario, en el sentido de que si bien es cierto existe una violación por cuanto hace a la libertad, ésta no se refiere a un aspecto físico si no más bien emocional o decisiva, es decir, de elección y más que eso, lo que se viola realmente es la seguridad de las personas, en virtud de que si no se tiene la libertad de elegir, por parte del menor, respecto a quien puede ser el sustituto del padre, de la madre, de ambos o de otra persona que legalmente o no tenga a su cargo el cuidado de dicho menor, en virtud de la renuncia que éstos mismos hacen, ya mediante el otorgamiento de un consentimiento o incluso sin éste mismo; dicha incapacidad de decidir por parte del menor, no es por voluntad propia sino por naturaleza; ya que no está en capacidad de elegir, dada su escasa madurez no solo física, sino también jurídica.

Se habla de una afectación a la seguridad más que a la libertad, puesto que no se puede violar lo que no existe, al menos no en el sujeto pasivo de este delito, por las razones antes expuestas; en cambio de no verificarse una entrega que sea correcta, esto es conforme a las normas establecidas, mismas que ven en todo momento por el bienestar del menor, tal conducta sería atentatoria ya no sólo de la seguridad de éste, sino inclusive de su propia vida.

Para corroborar el comentario vertido, basta imaginarse el solo hecho de que si quien recibe a un menor, lo hace sin demostrar a la Autoridad de que cuenta con los medios suficientes para proporcionarle una vida normal en sociedad, su actuar es indudablemente atentatorio ya no solo para el menor, sino también para la misma sociedad.

Ahora bien, aún cuando no es de trascendencia jurídica la ubicación que tiene el ilícito en estudio, toda vez que en cierto modo se justifica el lugar que ocupa, en razón de que el título bajo el cual se encuentra comprendido, también habla de la afectación en forma genérica de "Otras Garantías"; debe observarse un aspecto el cual no puede ser desatendido y es por cuanto hace a la estructuración con que cuenta el mismo.

Es decir, la redacción o contenido del tipo penal de Tráfico de Menores, prevista en el artículo 366 bis del Ordenamiento Punitivo, emplea términos jurídicos que se consideran no son del todo acordes al significado real o que pretende el legislador que se interprete; tal es el caso de la utilización del termino Menor o Menores propiamente dicho.

Esto es, que si se atiende a la naturaleza del delito que se estudia, se comprende que la conducta prohibitiva, consiste en la Entrega de un Menor, y para que esto sea real, se debe presuponer que se trata de un menor que por su escasa edad, no es capaz de

impedir dicha entrega que se realiza en su persona, pues de ser así, ya no se estaría en presencia de un Tráfico de Menores, sino más bien de un secuestro o plagio, misma circunstancia que lleva a deducir que para que sea posible el Tráfico de un Menor, éste debe de ser un infante (bebe) y no un niño (o adolescente).

Es así como la crítica concreta que se pretende establecer radica en la falta de precisión del legislador para señalar quién es el sujeto pasivo del delito a estudio, ciertamente se habla del menor, pero no se especifica concretamente hasta que edad, pues menores lo son todos aquellos que no han cumplido los dieciocho años de edad, o bien, que se encuentran bajo la protección de un tutor.

De tal suerte, desde un punto de vista crítico, se considera que debe de existir una precisión por cuanto hace a especificar hasta que edad se puede tener en el menor, para que se de dicha figura y que salvo mejor opinión, se debe de tomar como máximo la de siete años, edad que enmarca la dependencia que tiene un menor, en razón de que no es capaz de actuar o de comprender la diferencia que existe entre tener por protección a su propio padre o madre o familia, con respecto de un tercero que de algún modo también se encargue por darle los beneficios propios de tal agrupación o ambiente familiar.

Otra situación que puede plantearse dentro del análisis de la figura en comento, es por cuanto hace a la complejidad que tiene, no tanto en su estructuración, sino más bien, en su reproducción; es decir, aún y cuando ciertamente se ha logrado describir la conducta que llevan a cabo determinadas personas y que por su actuar no cuenta con alguna causa de licitud, (pues si atendemos a la redacción del tipo penal en estudio, se habla de una entrega ilegítima), también es cierto que pocas veces se tendrá noticia de la existencia de dicho delito.

Como se advierte, la complejidad en la reproducción de dicho ilícito, es en virtud de que en un momento dado, la persona que puede y debe denunciarlo, se convierte al mismo tiempo en la misma que realiza tal conducta delictiva, sin omitir que el menor, el cual reciente en forma directa la transgresión de la norma penal, está imposibilitado para denunciarlo, ello en razón de que como ya se expuso, carece de las facultades esenciales, como lo es el de valerse por sí mismo.

De tal forma que ante tales circunstancias, sólo a través de la denuncia de personas ajenas a dicha afectación, podrán dar a conocer la conducta ya descrita como delito, a las autoridades competentes.

Por otra parte, aún cuando existe la posibilidad de que se pudiera impedir la consumación de este delito por medio de la flagranza, no se puede ser del todo optimistas al ver la realidad con que se desarrollan los hechos, pues es muy difícil que las personas que lleven acabo tal conducta, lo realicen de forma pública, lo cual implica una circunstancia bastante negativa para el conocimiento de la realización de tal hecho antisocial.

Finalmente para concluir con estos breves comentarios, es pertinente adelantar una propuesta para que dicha conducta delictiva, sea integrada en otras legislaciones punitivas distintas a la del Distrito Federal, quien fue la primera que la contempló, y aunque no es actualmente la única, sería conveniente que dicho delito se incorpore como tal en el resto de las entidades federativas que aún no la contemplan y que representan un buen número de ellas, situación que ineludiblemente pone en desventaja a la punibilidad de dicho evento criminoso.

Ahora bien, no obstante de que en todas las legislaciones punitivas de los Estados que comprende la República Mexicana,

Como se advierte, la complejidad en la reproducción de dicho ilícito, es en virtud de que en un momento dado, la persona que puede y debe denunciarlo, se convierte al mismo tiempo en la misma que realiza tal conducta delictiva, sin omitir que el menor, el cual reciente en forma directa la transgresión de la norma penal, está imposibilitado para denunciarlo, ello en razón de que como ya se expuso, carece de las facultades esenciales, como lo es el de valerse por sí mismo.

De tal forma que ante tales circunstancias, sólo a través de la denuncia de personas ajenas a dicha afectación, podrán dar a conocer la conducta ya descrita como delito, a las autoridades competentes.

Por otra parte, aún cuando existe la posibilidad de que se pudiera impedir la consumación de este delito por medio de la flagrancia, no se puede ser del todo optimistas al ver la realidad con que se desarrollan los hechos, pues es muy difícil que las personas que lleven acabo tal conducta, lo realicen de forma pública, lo cual implica una circunstancia bastante negativa para el conocimiento de la realización de tal hecho antisocial.

Finalmente para concluir con estos breves comentarios, es pertinente adelantar una propuesta para que dicha conducta delictiva, sea integrada en otras legislaciones punitivas distintas a la del Distrito Federal, quien fue la primera que la contempló, y aunque no es actualmente la única, sería conveniente que dicho delito se incorpore como tal en el resto de las entidades federativas que aún no la contemplan y que representan un buen número de ellas, situación que ineludiblemente pone en desventaja a la punibilidad de dicho evento criminoso.

Ahora bien, no obstante de que en todas las legislaciones punitivas de los Estados que comprende la República Mexicana,

tienen contemplado conductas relativas a la privación de la libertad, plagio o secuestro de un menor, como es la que se refiere concretamente al Robo de Infante, la mayoría de las mismas no incluyen a la figura delictiva que tratamos en el presente estudio.

Al respecto, debe aclararse que no es lo mismo Robo de un Infante, con el tráfico que de éstos mismos se hace, pues si bien es cierto que dichos delitos se refieren a la afectación, daño, lesión o puesta en peligro respecto de un menor, también lo es que dichas conductas se realizan de diverso modo, de ahí la diferencia que existe entre ambas, mismo punto que se considera de importancia, razón por la que se le dedica un estudio en particular y que se desarrolla en el siguiente subinciso.

1.3. PRINCIPALES DIFERENCIAS DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES CON EL TIPO PENAL DE ROBO DE INFANTE.

Como se expuso dentro de los comentarios vertidos respecto a la figura típica en estudio, se considera pertinente establecer más que las semejanzas, las diferencias que existen entre las dos diversas conductas penales que contempla el Código Sustantivo de la Materia y que versan sobre la afectación que pueden tener los menores de edad, ya porque éstos, ante una ficción jurídica son "robados" o bien, porque los mismos son utilizados como un objeto de comercio.

Ante tal orden de ideas, el hablar de los conceptos específicos que integran la descripción de la conducta penal de Tráfico de Menores, previo su estudio con relación a los correspondientes elementos constitutivos del delito de Robo de Infante, implica hallar las principales diferencias que existen entre ambos y por ende justificar la importancia y trascendencia de la realización del presente tema de investigación.

1.3.1. CONCEPTOS ESPECIFICOS DEL DELITO DE TRAFICO DE MENORES.

Para realizar el cometido de este punto y a fin de no caer en la repetición innecesaria de la redacción que tienen la figura penal en estudio, solo se enumeran los conceptos específicos que contiene dicho ilícito, sin que por ello se afecte el análisis de los mismos.

Por lo anterior y en virtud de haberse revisado la redacción del artículo 366 bis del Código Penal, se encuentran los siguientes conceptos:

- | | |
|----------------------|--------------------------|
| 1.- Consentimiento. | 7.- Entrega ilegítima |
| 2.- Ascendiente. | (ilicitud), con carácter |
| 3.- Patria Potestad. | de definitiva. |
| 4.- Custodia. | 8.- Tercero. |
| 5.- Menor | 9.- Beneficio Económico. |
| 6.- Núcleo Familiar. | 10.- Tutela. |

Como se observa, son diez los conceptos específicos que componen al delito de Tráfico de Menores, por lo que para una mejor comprensión en su estudio, es conveniente mencionar la significación gramatical de cada uno de ellos y previo su entendimiento, el respectivo análisis en general, respecto de la figura penal en comento.

Así, llevando un orden progresivo, se tiene que el "consentimiento", en términos jurídicos se define como: la manifestación de la voluntad expresa o tácita, por la cual una persona presta su aprobación para la realización de un acto que celebrará otra persona.

El segundo concepto a tratar, se refiere a los "ascendientes", y éstos son los parientes de los cuales se desciende, como lo son

el padre, la madre o los propios abuelos; es decir constituyen un grado de parentesco.

Para definir el término jurídico de la "patria potestad", hay que referirse al conjunto de facultades que también suponen deberes conferidos a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos), destinados a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.

La "custodia" se explica como la guardia o cuidado de una cosa ajena o como la vigilancia sobre persona privada por autoridad competente.

El vocablo "menor" o propiamente dicho "menores", alude a aquellas personas que no han cumplido todavía los dieciocho años de edad.

La "ilicitud" en términos jurídicos, significa lo que es contrario o en oposición a Derecho, es decir, lo que no está permitido.

El término "tercero", es empleado para expresar, a quien no es parte en un acto, contrato o proceso.

El empleo de los vocablos "beneficio económico", hace alusión al bien, provecho o utilidad que en dinero se obtiene.

Por otra parte el uso de la expresión "núcleo familiar", es comprendido en el ámbito jurídico, como el agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco, o como el conjunto de parientes que viven en el mismo lugar.

Finalmente la "tutela", es una institución jurídica que tiene por objeto la guarda de personas o bienes, o solamente de los

bienes, de los que no están bajo la patria potestad, o son incapaces de gobernarse por sí mismos.

Una vez que se tienen las significaciones en particular de cada uno de los vocablos empleados en la redacción del tipo penal de Tráfico de Menores, se pueden advertir las siguientes consideraciones:

- a) Dentro de la descripción del ilícito en estudio, se observa que el verbo a realizar o propiamente la acción prohibida por la norma penal, consiste en la entrega de un menor, misma conducta que señala el hecho de existir una facultad previa por parte de quien realiza tal proceder; es decir, que la persona que comete tal ilícito, es a virtud de gozar con una calidad de disponente respecto del menor.
- b) Como se desprende de la redacción del delito en comento, la realización del mismo, está sujeta a la intervención de cuando menos dos personas, éstas en calidad de sujetos activos, una quien entrega al menor y la otra que lo recibe.
- c) Asimismo, la figura en análisis emplea varios elementos normativos, como lo es el referente al consentimiento, la ascendencia, la patria potestad, la custodia e incluso el beneficio económico, vocablos que por su especial significación jurídica, requieren una explicación a fin de comprender la existencia o inexistencia del delito en comento.
- d) Se manejan calidades específicas así como diversas hipótesis, tanto para los sujetos que intervienen (ya pasivo o activos), como para las propias formas de realización.

pues se habla de que exista consentimiento o de que éste no se haya dado.

- e) Como consecuencia de las distintas formas de cometer el delito en estudio, se establecen de igual modo diferentes sanciones para quienes lo realizan.
- f) Finalmente, dada la naturaleza del delito en comento, se debe de tomar en cuenta el fin perseguido en la realización del mismo, el cual radica en el hecho de ejercer una custodia definitiva sobre la persona del menor.

Al tener tanto de las distintas significaciones de cada uno de los vocablos específicos que conforman la descripción del tipo penal de Tráfico de Menores, así como de las consideraciones vertidas, corresponde a continuación, hacer referencia a los elementos constitutivos del delito de Robo de Infante, a fin de establecer las principales diferencias que existen entre ambos.

1.3.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ROBO DE INFANTE.

La figura típica que refiere a la ficción jurídica del Robo de Infante, se encuentra prevista en el artículo 366 fracción VI del Código Penal, bajo los siguientes términos:

Artículo 366 Se impondrá pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes :

Fracción VI. Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia y no ejerza la tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo cometa un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, la pena será de seis meses a cinco años de prisión.

Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, solo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364.

En caso de que el secuestrado sea privado de la vida, por su o sus secuestradores la pena será hasta de cincuenta años de prisión.

Ahora bien, como se puede observar de la simple transcripción hecha al artículo en este estudio, se desprende que para poder llegar a los elementos constitutivos que lo conforman, necesariamente se requiere entrar en un estudio de la conducta prohibitiva en él contenida, y que en el caso concreto lo es más que la "privación ilegal de la libertad", ya en su carácter de plagio o secuestro, el Robo de Infante, sin pasar por alto, que dicho término es utilizado como una ficción jurídica, ya que en todo caso el verbo principal de dicho ilícito, lo constituye el "apoderamiento"; pero como el menor, no es un mueble, ni una cosa y sí un individuo, se desprende entonces, que el plagio en relación con el Robo de Infante, es una ficción jurídica.

Es así que como primer elemento constitutivo del tipo penal en comento, se encuentra, atendiendo a la conducta descrita por el legislador, el Apoderamiento, mismo que es definido como la facultad o poder de disposición de una cosa.

No obstante a que el verbo apoderar, jurídicamente refiere a la acción de ejercer poder y dominio sobre cosas u objetos, el mismo ante una ficción jurídica (es decir que ante lo inexistente

se le considera real), se aplica o ejerce sobre la persona, pero no cualquiera; si no que se habla de un menor y más concretamente de un infante, cuya edad no exceda de los doce años.

Finalmente como un tercer elemento constitutivo del ilícito en análisis, se encuentra el fin que tiene la realización de dicha conducta antijurídica y que en el caso lo es el plagio, entendiéndose a éste como la privación arbitraria de la libertad personal de un sujeto, llevada a cabo por un particular con el objeto de obtener un rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona con el relacionada.

Una vez descubiertos los elementos que conforman al delito de Robo de Infante, sólo resta precisar, que el estudio de los mismos, no son desde un punto de vista doctrinario, sino más bien estructural, ya que el fin de este último subinciso y subtítulo, no es el realizar un estudio de los elementos objetivos, subjetivos y normativos que contiene la figura penal en comento, sino más bien, en encontrar las principales diferencias que existen entre dichas figuras, es decir entre el Tráfico de Menores y el Robo de Infante; por lo que atendiendo a dichas circunstancias se realizan las siguientes consideraciones:

Como principal diferencia entre ambas figuras penales, se tiene la conducta prohibitiva en ellos contenida, ya que mientras en el Tráfico de Menores lo que se prohíbe es una Entrega Ilegítima, en el Robo de Infante, lo que no se permite, es el robo o apoderamiento que se realiza en la persona del menor.

Por otra parte, si bien es cierto que ambas figuras delictivas, refieren a la afectación o daño de que pueden ser objeto los menores, en las mismas existen distintas formas de realización de dichas conductas antijurídicas; pues no pasa desapercibido, que para la realización de dichas conductas, una se lleva a cabo

mediante la Entrega, y otra mediante el Apoderamiento, de manera pues, que la primera supone la existencia de circunstancias concomitantes que permiten al sujeto o sujetos activos, la realización de su cometido, en tanto que en la segunda, si bien es cierto se prevé la posibilidad de llevarse a cabo aún por sujetos que tienen relación con el menor, también se observa, que éstos no cuentan con calidad alguna que les permitan tener una oportunidad para realizar su actuar, es decir, que no lo cometen gracias a una circunstancia de ventaja, sino por el contrario, solo a través de un "apoderamiento" totalmente sin derecho y sin consentimiento.

En virtud de lo anterior, también existen diferencias entre los sujetos tanto activos como pasivos que intervienen en ambos delitos.

Es así como damos por terminado el presente capítulo y a fin de no truncar el estudio del delito en análisis, a continuación se desarrolla en un segundo capítulo, un estudio dogmático de la figura penal en comento.

C A P I T U L O S E G U N D O

ANALISIS DOGMATICO DEL ARTICULO 366 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Conocer como está conformado el delito y saber cómo se aplican los elementos de éste, en relación al tipo penal en estudio, es un aspecto ineludible en la consecución del presente trabajo. Ante ello, correcto es hablar de la Teoría del Delito, aplicándola al ilícito que nos ocupa, iniciando en primer lugar con el concepto del delito.

2.1 CONCEPTO DEL DELITO

Después de analizar los aspectos generales del Tráfico de Menores, conviene precisar la significación jurídica de lo que es el delito, con el fin de realizar de manera completa el análisis dogmático del tipo penal en investigación.

Así pues, Castellanos Tena señala: "esta voz deriva del verbo latino "delinquere", que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".²⁰

Jiménez de Asúa, estima que "delito es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad".²¹

El artículo 7 del Código Penal vigente del Distrito Federal, en su primer párrafo establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Esta definición como se verá mas adelante al decir del maestro Castellanos Tena, no escapa a la crítica ya que no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito, ya que estar sancionado un acto con una pena no conviene a lo definido, en virtud de que hay delitos que tienen a su favor una excusa absolutoria y no por ello dejan de ser delictuosos, sin embargo, existen faltas administrativas, disciplinarias o que incluso son meras faltas, las cuales se encuentran sancionadas por una ley y no son delitos.²²

Por otra parte, Ignacio Villalobos señala que "al decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, surge de inmediato la idea de saber por qué lo sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos y las sanciones penales".²³

²⁰ Fernando Castellanos Tena. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Trigesima Primera edición, Editorial Porrúa, México, 1971. p. 113.

²¹ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal. El Delito*. Tomo III. Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina. p. 22.

²² Cfr. Fernando Castellanos Tena. *op. cit.* p. 129.

²³ Ignacio Villalobos. *Derecho Penal Mexicano*. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1975. p. 201.

Ahora bien, conviene señalar que la Teoría del Delito, es una parte de la Ciencia del Derecho Penal, que comprende el estudio tanto de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestación, los primeros configuran la existencia de éste, mientras que los segundos constituyen su inexistencia y las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo.

Por su parte Zaffaroni expresa, "la teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto".²⁴

Es decir, esta teoría no se va a encargar de estudiar cada delito en particular, como el robo, el homicidio, el fraude, etcétera, sino las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no un ilícito. Y son los siguientes:

E L E M E N T O S

- a) Conducta.
- b) Tipicidad.
- c) Antijuridicidad.
- d) Imputabilidad.
- e) Culpabilidad.
- f) Condiciones Objetivas de Punibilidad.
- g) Punibilidad.

ASPECTOS NEGATIVOS.

- Ausencia de Conducta.
- Atipicidad.
- Causas de Justificación.
- Inimputabilidad.
- Inculpabilidad.
- Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad.
- Excusas Absolutorias.

Mismos elementos que son motivo de estudio.

²⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Segunda edición, Editorial Cárdenas, editor y distribuidor, México, 1991. p. 333.

2.2. ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO.

El autor Celestino Porte Petit, señala: "la doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones:

- a) La totalizadora o unitaria, y
- b) La analítica o atomizadora, llamada por Bettiol: método de la consideración analítica o parcial".²⁵

El pensamiento totalizador o unitario, considera al delito como un todo, como un bloque monolítico indivisible, porque su esencia no está en cada elemento, sino en el todo; los autores que defienden esta concepción identifican al delito como una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, es decir, la realidad del delito se encuentra intrínseca en su unidad, y no se puede dividir.

La idea analítica, con la que se coincide, estudia al delito desintegrándolo en elementos, pero con una conexión entre sí que en conjunto forman la unidad del mismo. Los partidarios de dicha corriente semejan diferencias entre los elementos del acto punible, sin negar que el fenómeno delito viva en existencia conjunta.

Por lo anterior el estudio del delito y sus elementos, ha sido objeto de la creación de diversas corrientes doctrinarias, mismas que van desde una concepción Bitómica hasta la Heptatómica, esto es de acuerdo al número de elementos que lo integran.

Ahora bien, el delito en estudio está enfocado a la tesis heptatómica y como ya se mencionó, los elementos positivos

²⁵ Celestino Porte Petit Candaudap. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. Catorceava edición. Editorial Catorzava, México, 1983. p. 240.

constituyen la existencia del delito; por lo que ante tal orden de ideas, se habla en primer término de la conducta.

2.2.1. LA CONDUCTA.

Esta ha sido definida como el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tienen una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta tienen varios sinónimos que son utilizados por diversos autores, se encuentra el de hecho, acción, acto, evento, etcétera, pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por lo que resulta más conveniente la denominación de conducta.

La conducta puede ser de acción o de omisión y esta última se subdivide en omisión simple y comisión por omisión; sobre el particular el maestro Pavón Vasconcelos señala: "al definir la conducta, se deben abarcar las nociones de acción y de omisión, en consecuencia la conducta va a consistir en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario (culpa) o involuntario (olvido)".²⁶

El maestro Porte Petit, indica: "no se debe de pasar por alto que no es la conducta únicamente elemento objetivo del delito (como algunos autores consideran), sino también el hecho, según la descripción del tipo, lo cual da lugar a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Es indudable que

²⁶ Francisco Pavón Vasconcelos. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1978. p. 175.

a un delito lo integran una conducta o un hecho humano. Atento a ello, ocupan el primer lugar, razón por la cual les da una relevancia especial, dentro de la teoría del delito".²⁷

De acuerdo a lo anterior, el maestro Pavón Vasconcelos señala: "en ocasiones debe de hablarse de conducta, con referencia a aquellos delitos en los cuales no existe en concreción al tipo la producción de un resultado de carácter material; es por esto que se estima acertada la opinión de Porte Petit cuando señala que los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente: se hablará de conducta cuando el tipo no requiera si no una mera actividad del sujeto y de hecho cuando el propio tipo exija no sólo una conducta sino también un resultado de carácter material que sea consecuencia de aquella".²⁸

De lo anterior se desprende entonces que la conducta consiste en el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria; existiendo dos tipos de conducta, la positiva, manifestada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva y la omisión que es conducta negativa, inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple) o de esta y una prohibitiva (omisión impropia) o comisión por omisión.²⁹

Ahora bien los elementos que integran a la acción son:

- a) Una actividad o movimiento corporal y
- b) La voluntad de querer realizar dicha actividad.

²⁷ Celestino Porte Petit Candaudap. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. p. 287.

²⁸ Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.* pág. 174

²⁹ Cfr. *Ibidem*. ps. 176 y 177.

A su vez la voluntad se integra por lo general con las siguientes faces:

- | | |
|---------------------|-------------------|
| 1. La concepción. | 3. La decisión, y |
| 2. La deliberación. | 4. La ejecución. |

Al respecto de la aplicación de dichas faces, el mismo autor nos señala: "la primera supone el nacimiento de la idea de actuar mediante el fenómeno de la representación; la deliberación es el debate que se desarrolla en la conciencia de la gente, la decisión es el término de dicho debate con la determinación de actuar y por último la ejecución es la voluntad que acompaña la actividad misma, dándole a ésta su contenido psíquico".³⁰

La omisión, según Porte Petit, (otra forma de conducta), se puede presentar bajo dos aspectos:

- a) Propio delito de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión, omisión verdadera).
- b) Delito de omisión impropia, ósea el delito de comisión por omisión".³¹

Atento a lo anterior, se desprende que los elementos de la omisión son: voluntad (también los delitos de olvido) e inactividad. La voluntad encaminada a no efectuar la acción ordenada por el Derecho, la inactividad está íntimamente ligada al otro elemento, el psicológico, en virtud de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización está obligado.

³⁰ *Ibidem.* p. 189.

³¹ Celestino Porte Petit Candaudap, *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal.* p. 305.

Para el maestro Castellanos Tena, "el olvido sólo integra delito si el autor no procuró por falta de cuidado o negligencia recordar la acción debida; por ello tales delitos se les considera culposos (imprudenciales) e ineludiblemente no se encuentra ausente el factor volitivo".³²

Ahora bien en orden al delito de Tráfico de Menores, tipificado en el artículo 366 bis del Código Penal, es en todos sus párrafos un delito de acción, ya que el mismo se lleva a cabo mediante el consentimiento que otorgue un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero a cambio de un beneficio económico, debiéndose entender por consentimiento estar de acuerdo en la realización de algo y por entregar poner en poder de otro y encargarse éste de una persona o cosa.

Por lo que se refiere al resultado, éste es relevante para la vida jurídica cuando está recogido por la ley dentro del tipo penal. Es por esto que existen dos corrientes de pensamiento tendientes a elaborar el concepto de resultado, la primera que estudia a éste desde un punto de vista naturalístico y otra que mira al resultado desde un plano jurídico (concepción jurídico-formal).

A este respecto, según la doctrina ambas concepciones son válidas para elaborar el concepto de resultado, en virtud de que se toman en cuenta según la descripción del tipo, ya que es imposible negar que no existe delito sin resultado jurídico o resultado jurídico-material.

³² Fernando Castellanos Tena, *op. cit.* p. 154.

Por lo expuesto se puede manifestar que el delito a estudio es uno de mera conducta, de los llamados por la doctrina como formal; esto es, que el delito se consuma con la sola actividad de dar el consentimiento un ascendiente que ejerciendo la patria potestad o de quien teniendo a su cargo la custodia de un menor lo entregue a un tercero para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico.

Aún y cuando es cierto que el mismo delito, prevé su realización sin la necesidad de un beneficio económico, así como también la ausencia de consentimiento, dichas circunstancias sólo son en atención a la penalidad que deberá tener quienes cometan dicha conducta, pero en sí, el actuar (entrega ilegítima) es una acción que carece de un resultado material, pero no formal.

De ahí que se diga que la consecuencia de esta conducta, únicamente afectará el orden jurídico (que la prohíbe) y no traerá consigo un mutamiento de naturaleza material, ya que el resultado de la misma es de naturaleza jurídica.

Por cuanto hace al nexo causal, es necesario recordar que el hecho se integra con la conducta, el resultado y un nexo de causalidad entre la primera y el segundo. La ausencia de cualquiera de dichos extremos, impide el nacimiento del hecho, resultando imposible el nexo causal para poder atribuir un resultado a la conducta de un hombre, la distinción hecha entre resultado jurídico y resultado material nos lleva a precisar, en primer término, que sólo es propio hablar de un nexo causal con relación a aquellas conductas productoras de un resultado material, pues únicamente en el mundo naturalístico y no en el jurídico tienen vivencia tal fenómeno.³³

³³ Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.* ps. 203 y 204.

Por lo anterior se desprende que no existe un cambio en el mundo exterior en relación al delito de Tráfico de Menores, ya que aunque existe entrega física, no existe una relación de causalidad, sino un comportamiento directo que se traduce ya sea en el consentimiento que se da a otra persona para que esta a su vez entregue al menor a un tercero y que da como resultado la entrega de un menor a cambio de un beneficio económico pero no una mutación en el mundo exterior.

Ahora bien, aún cuando no se es del todo profundos en el estudio de lo que es la conducta, es de hacer hincapié que el fin de la presente investigación no radica en realizar un análisis exhaustivo de cada uno de los elementos tanto positivos como negativos que conforman al delito en general, sino más bien sólo un enfoque aplicado a la figura delictiva a estudio, de tal suerte que, sin pretender justificar lo somero o parcial que pueda resultar el presente trabajo, se advierte dicha situación, para que en lo sucesivo ya no se haga mención de tales consideraciones y así continuar de la manera antes expuesta con el estudio de la figura en comento.

2.2.2. TIPICIDAD.

El segundo elemento positivo del delito es la tipicidad, para entrar en su correspondiente análisis, conviene señalar que la doctrina ha insistido que para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humano; sin embargo, no toda conducta o hecho son delictuosos, sino que es necesario que éstos sean típicos, antijurídicos y culpables, ya que la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, tomando como punto de partida que la Constitución, en su artículo 14 párrafo tercero, señala que: En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley

exactamente aplicable al delito de que se trata"; lo cual indica que no existe delito sin tipicidad.³⁴

Sin embargo, el estudio de la tipicidad, hace necesario previamente el análisis genérico del tipo, para precisar su concepto y su contenido.

2.2.2.1. EL TIPO.

Respecto al tipo, Pavón Vasconcelos expresa que: "del tipo se han dado múltiples definiciones, como la de Mezger quien dice: el tipo en el propio sentido penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal; Jiménez de Asúa lo define como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito; para Ignacio Villalobos el tipo es la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (que sea considerado como tal) en su aspecto objetivo y externo; en otras palabras, Jiménez Huerta concibe el tipo "como el injusto recogido y descrito por la ley penal; para nosotros el tipo es la descripción que de una conducta el Estado considera delictuosa, es decir, que al ejecutar esa conducta sea contraria a Derecho".³⁵

Atento a lo anterior, podemos decir, que es la descripción que hace el legislador de una conducta o hecho considerado como delito.

Por otra parte atendiendo a las distintas formas con que se puede elaborar la descripción de una conducta, considerada como delito, esto es propiamente el tipo, existe una importante clasificación, misma de la que se habla en los siguientes incisos.

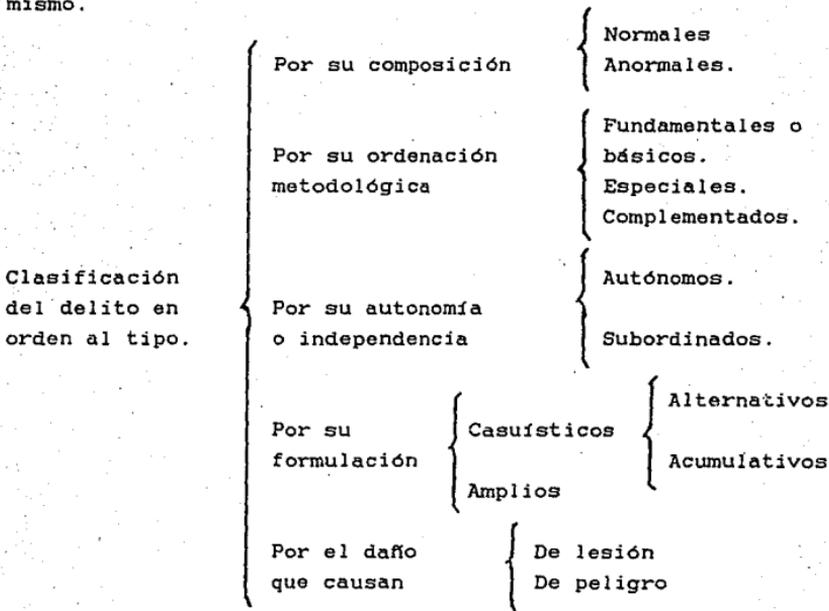
³⁴ Cfr. Fernando Castellanos Tena. *op. cit.* p. 167.

³⁵ Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.* p. 259.

2.2.2.2. CLASIFICACION DEL TIPO.

Como se mencionó, es conveniente hacer alusión de manera breve y general a la clasificación que de los delitos existe, por cuanto hace al tipo, o en orden a éste, ello con el fin de vislumbrar cuales son los elementos que lo constituyen, y que en un momento dado sirven de base para a su vez clasificar a los delitos en orden a los elementos del tipo penal, clasificación de la cual se hablará previo el estudio de dichos elementos.

A continuación y sin olvidar la metodología planteada, presentamos la siguiente clasificación de los delitos en orden al tipo que hace el maestro Eduardo López Betancourt, para posteriormente dar una breve explicación del significado y contenido del mismo.



- A) Por su composición pueden ser Normales o Anormales.
- I) Normales: son aquellos en los que el tipo estará conformado de elementos objetivos.
 - II) Anormales: son los tipos penales que además de contener elementos objetivos, también se conforman con elementos subjetivos o normativos. El delito a estudio se ubica dentro de esta clasificación.
- B) Por su ordenación metodológica, los tipos penales pueden ser fundamentales o básicos, especiales y complementados.
- I) Fundamentales o básicos. son los tipos con plena independencia, formados con una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado. A nuestro entender el delito en estudio entra en esta clasificación.
 - II) Especiales, son tipos que contienen en su descripción algún tipo de características, es decir, al tipo básico, se le agrega algún elemento distintivo, pero sin existir subordinación.
 - III) Complementados, son aquellos que dentro de su descripción legislativa requieren de la realización previa de un tipo básico, no teniendo autonomía
- C) Por su Autonomía o Independencia, los delitos pueden ser autónomos o subordinados.
- I) Autónomos: son los tipos penales con vida propia, no necesitan de la realización de algún otro. El Tráfico de Menores, por su especial naturaleza, es un tipo autónomo.

II) Subordinados: requieren de la existencia de algún otro tipo, adquieren vida en razón de éste.

D) Por su formulación: pueden ser casuísticos y amplios.

I) Casuísticos: en este caso el legislador plantea varias formas de realización del delito y no una sola como en los demás tipos, subdividiéndose en alternativos y acumulativos.

1. Alternativos: son aquellos donde se plantea dos o más hipótesis y se requieren de la ejecución de sólo una de ellas para la tipificación de la conducta ilícita. En esta subdivisión encuentra cavidad la descripción del tipo que se describe en el artículo 366 bis del Código Penal.

2. Acumulativos: en este tipo se requiere la realización o concurso de todas aquellas hipótesis que el legislador ha plasmado en el tipo penal, para la adecuación de la conducta al mismo.

II) Amplios: contienen en su descripción una hipótesis única, en donde caben todos los medios de ejecución, es decir se colma el tipo penal con la lesión causada al bien jurídicamente tutelado, independientemente de los medios empleados para la realización del ilícito.

E) Por el daño que causan: pueden ser de lesión y de peligro.

I) De lesión: requieren de un resultado, es decir, de un daño inminente al bien jurídicamente tutelado.

II) De peligro: no se requiere del resultado, sino basta con el simple riesgo en que se pone al bien jurídica-

mente tutelado. Tal como acontece en la figura delictiva en análisis.³⁴

Después de hacer referencia a la significación del tipo y su clasificación, conviene entrar en el estudio de los elementos que lo conforman, a fin de precisar la importancia del delito en análisis.

2.2.2.3. ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO.

A pesar de que no existe un criterio unificado de la clasificación de los elementos del tipo, la más común es aquella que los divide en generales y especiales.

Los elementos generales, como su nombre lo indica, son los que se encuentran invariablemente en todo tipo penal, sin poder existir el mismo si faltase la sola presencia de alguno de ellos, y son:

Sujeto Activo.	Objeto Material.
Sujeto Pasivo.	Conducta y
Objeto Jurídico.	Resultado.

El Sujeto Activo, lo constituye la persona física, única susceptible de imputabilidad y por ende responsable de las conductas que realiza además de contar con inteligencia.

Para el maestro Pavón Vasconcelos, "sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de voluntad, por lo que puede con su acción u omisión, infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo, cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito o bien cuando

³⁴ Cfr. Eduardo López Betancourt. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa, México, 1994. ps. 114 y 115.

participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice o encubridor)".³⁷

El Sujeto Pasivo, es la persona titular del derecho o intereses que se lesionan o que se ponen en peligro con la comisión del delito, el mismo autor nos indica que "el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma, el ofendido es la persona que recibe el daño causado por la infracción penal, generalmente hay una coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes".³⁸

Atento a lo anterior, los sujetos pasivos del delito lo pueden ser tanto las personas físicas como las personas morales o jurídicas, así como el Estado y la Sociedad en general.

En este orden de ideas, podemos decir que en el delito de Tráfico de Menores, existe una pluralidad de sujetos activos, es decir que es sujeto activo, el que de el consentimiento, el ascendiente que ejerce la patria potestad sobre un menor; el que lo tiene bajo su custodia aunque ésta no haya sido declarada y lo entregue, así como el que reciba al menor para su custodia definitiva a cambio de un beneficio económico, esto quiere decir que para que se realice dicho ilícito, es necesaria la intervención de por lo menos dos sujetos activos; ya que en el numeral 366 bis de nuestro Código Penal, en su párrafo quinto, se hace una referencia mínima de dos personas (sujetos activos), que es el que

³⁷ Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.* p. 157.

³⁸ *Idem.*

entrega y el que recibe al menor, siendo en algunos casos necesaria la intervención de tres sujetos activos como se menciona.

El sujeto pasivo directo en este delito lo es el menor, ya que éste es precisamente con el cual se lleva a cabo el tráfico y el sujeto pasivo indirecto lo es la sociedad.

Por lo que refiere al objeto jurídico y material, el mismo autor nos comenta, que en la doctrina se distingue entre objeto jurídico y objeto material, por el primero se entiende el bien jurídico tutelado a través de la ley penal, mediante la amenaza de sanción, que puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir este su esencia; que el objeto material es la persona o cosa dañada que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aún cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.³⁹

De lo anterior se infiere que el objeto material lo será el propio menor y el jurídico, es decir el bien legalmente tutelado del Tráfico de Menores, según nuestra modesta opinión lo constituye en primer lugar la familia, no descartando en un segundo término la libertad y la seguridad de las personas.

Por cuanto hace a la conducta y al resultado los mismos ya han sido analizados en puntos anteriores, razón por la cual se omite su comentario.

Ahora bien, una vez que se ha explicado en que consiste cada uno de los elementos generales del tipo, a continuación toca el turno al estudio de sus elementos especiales.

³⁹ *Ibidem.* ps. 162 y 163.

2.2.4. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO.

Los elementos especiales como su nombre lo indica, son situaciones específicas, las cuales a criterio del legislador, restringen, aún más, la figura jurídica típica; y que de no darse estas situaciones o elementos, no habrá tipo y son:

Medios de comisión.	Elemento subjetivo.
Referencias temporales.	Calidad en el sujeto pasivo.
Referencias espaciales.	Calidad en el sujeto activo.
Referencias de ocasión.	Cantidad en el sujeto pasivo.
Elemento normativo.	Cantidad en el sujeto activo.

Los medios de comisión, consisten en aquellas exigencias de la ley al empleo de determinado medio esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena; en el delito a estudio, esto resulta indiferente, ya que la descripción del tipo que se contienen en el artículo 366 bis, no describe forma específica a través de la cual habrá de consumarse éste, lo que significa que cualquier medio es ideal para realizarlo, por lo que se trata de un delito de Formulación Libre.

Las referencias temporales y espaciales hacen que la punibilidad de la conducta o del hecho quede a veces condicionada a determinada referencia de tiempo y de lugar; de tal manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión.

El delito a estudio carece de tales condiciones de lugar y tiempo para la comisión del hecho, lo que implica que el mismo se puede cometer en todo momento y en cualquier lugar.

Las referencias de ocasión, es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgos para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir un resultado

El delito en estudio, puede presentar dicha referencia, cuando el que ejerciendo la custodia de un menor aún cuando no haya sido declarada, otorgue su consentimiento para que éste sea entregado a un tercero, a cambio de un beneficio económico, de tal suerte que aprovecha esta situación o facultad para realizar la conducta descrita en el tipo, lesionandose de esta manera el bien jurídico protegido por la ley.

Del elemento normativo, Pavón Vasconcelos expresa: "a estos elementos se les denominan "normativos" por implicar una valoración de ellos por el aplicar de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su contenido, pudiendo ser eminentemente jurídicas, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo o bien cultural, cuando se deba realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico".⁴⁰

En el delito a estudio se observa que se exige que se ejerza la patria potestad o la custodia aunque no esté declarada.

Por cuanto hace a elemento subjetivo Jiménez Huerta nos dice: "la existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acaecer de la vida ofrece, pues en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas depende de la tendencia interna trascendente, o del estudio de la conciencia del autor y en otros casos, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal, imperativos de técnica legislativa brinda fundamentos a los elementos subjetivos

⁴⁰ *Ibidem.* p. 266.

que contienen los tipos penales, pues el método objetivo de descripción típica es insuficiente ante aquellas conductas cuya significación penalística emerge de la tendencia interna o del estado de conciencia que yace en su autor".⁴¹

Ahora bien, en relación al elemento subjetivo en el delito a estudio, se requiere que el agente tenga algún propósito o finalidad al momento en que éste realiza la conducta que lo constituye, siendo para cada uno de los que intervienen en su comisión una finalidad diferente, ya que para la persona que da el consentimiento, será el recibir un beneficio económico, así como para quien lo entrega; y en el que lo recibe para su custodia definitiva, será ésta precisamente, es decir, recibir al menor a cambio de la entrega que hace de un beneficio económico a quien lo da.

Sin embargo no en todos los párrafos que integran al tipo tienen la misma finalidad los sujetos que intervienen en su comisión, ya que en el párrafo tercero se habla de que si la entrega definitiva de un menor se hace, sin la finalidad de obtener un beneficio económico, se le disminuirá la pena.

Por otra parte el párrafo quinto del numeral 366 bis del Código Penal, señala que cuando no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, se les aumentará la pena a los que intervengan en su comisión hasta el doble de la prevista en el citado párrafo primero.

Por lo que como ya se expresó anteriormente, los sujetos que intervienen en la comisión del delito de Tráfico de Menores, tienen cada uno de éstos una finalidad distinta sobre el caso concreto.

⁴¹ Mariano Jiménez Huerta, *La Antijuridicidad*, Quinta edición Imprenta Universitaria, México, 1952. p. 73.

Por lo anterior se puede afirmar que en relación al elemento subjetivo del delito en estudio tenemos que debe cometerse "para entregarlo en custodia, con propósito de incorporación a la familia de quien lo recibe", y según el caso de la persona que deba darlo, el elemento subjetivo será especial en cada caso.

Por cuanto hace a la calidad del sujeto activo, en el presente delito en estudio como ya se señaló anteriormente, existe pluralidad de sujetos activos y es dentro de estos en donde el tipo exige, en su párrafo primero, que la persona que dé el consentimiento tenga la patria potestad o a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero, es decir que debe reunir esta calidad descrita por el legislador y en caso de que no ocurra así, podrá encuadrar su conducta en el párrafo quinto del numeral 366 bis del Código Penal; en donde se expresa que cuando no exista consentimiento al cual se hizo referencia, se le aumentará la pena.

Con relación a la calidad del sujeto pasivo, el tipo en estudios, exige que éste reúna ciertas calidades, ya que para que se llegue a cometer éste es requisito indispensable que el sujeto pasivo sea un menor.

Por cuanto hace a las cantidades del sujeto activo y pasivo, en el delito en estudio se observa que existe una pluralidad para los que llevan a cabo tal ilícito, no así para quienes reciente tal conducta, es decir basta la presencia de un sólo menor con el cual se trafique para que se de tal conducta antijurídica.

2.2.2.5. CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

Aún y cuando ya se hizo mención de una clasificación del tipo, no sobra hacer referencia a otra clasificación que existe, también

del tipo penal, pero atendiendo a los elementos que lo componen, la cual se presenta en el siguiente cuadro sinóptico para mayor comprensión.

CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL T I P O	SUJETO ACTIVO	CALIDAD DELITOS DE SUJETO COMUN O INDIFERENTE
		CANTIDAD MONOSUBJETIVO O DE SUJETO UNICO O UNISUBJETIVO
	SUJETO PASIVO	CALIDAD PERSONAL E IMPERSONAL
		CANTIDAD UNISUBJETIVO Y PLURISUBJETIVO
	BIEN JURIDICO PROTEGIDO	DE DAÑO. DE LESION. DE PELIGRO. DE AMENAZA.
	EL OBJETO MATERIAL	MATERIAL Y FORMAL.
LA CONDUCTA	DE ACCION. DE OMISION. DE COMISION POR OMISION O IMPROPIOS	
EL RESULTADO	INSTANTANEO INSTANTANEO CON EFECTOS PERMANENTES PERMANENTES O CONTINUOS.	

LOS MEDIOS DE COMISION	{ FORMULACION LIBRE FORMULACION CASUISTICA FORMULACION ALTERNATIVA FORMULACION ACUMULATIVA FORMULACION UNICA
EL ELEMENTO NORMATIVO	{ NORMAL O ANORMAL.
EL ELEMENTO SUBJETIVO	{ INTENCIONALES NO INTENCIONAL O DE IMPRUDENCIA Y ANTES PRETERINTENCIONALES.

NOTA: De esta clasificación, ya no se hace referencia a su estudio, toda vez que el delito en estudio ya se analizaron tanto los elementos generales como especiales que lo conforman.

Ahora bien, en virtud de todo lo anterior, se entiende por tipicidad dado el presupuesto del tipo en forma general o abstracta, un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura penal, como dice el propio Soler, de tal forma que la tipicidad presupone el hecho tipificado mas la adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo penal. No debe sin embargo, confundirse el tipo con la tipicidad, el primero es el antecedente necesario del delito, es decir es un presupuesto, mientras la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos. Por lo que la tipicidad es la total encuadración de la conducta o hecho en el tipo penal.⁴²

⁴² Cfr. Celestino Porte Petit Candaudap. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. ps. 470 y 471.

Una vez precisado lo anterior, el delito en estudio que se encuentra previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, cuyo contenido se omite en obvio de inútiles reproducciones, se desprende que habrá tipicidad cuando exista una total adecuación de la conducta del agente, al tipo previsto en el artículo antes citado dentro de cualquiera de sus párrafos.

Agotado el tema de la tipicidad, corresponde abordar el tercer elemento esencial del tipo, la antijuridicidad.

2.2.3. ANTIJURIDICIDAD.

Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, es decir ha de ser antijurídica.

La palabra antijurídico significa lo que es contrario a derecho, por tanto no es suficiente que una conducta se ajuste a un tipo penal determinado, sino que se requiere que no exista alguna causa de excepción que lo situé como contrario a derecho.

En lo conducente Zaffaroni señala: "una conducta típica y antijurídica es un injusto penal: antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada."⁴³

Igualmente se habla de antijuridicidad material y formal, la primera cuando los actos en sí mismo menoscaban o aniquilan bienes jurídicos y la segunda se opone al orden jurídico.

En síntesis se afirma, que para que una conducta pueda considerarse delictiva, es necesario que se lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad,

⁴³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Teoría del Delito*, Segunda edición. Editorial Ediar. México 1973, p. 441.

surgiendo así la antijuridicidad como un elemento más que reviste al delito.

Una vez realizada la conducta penalmente relevante, para que esta pueda llegar a ser considerada en última instancia como delictiva, es necesario que sea antijurídica.

Para clasificar una conducta como antijurídica, es preciso comprobar que ésta es contraria a una norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita. No todo hecho relevante penalísticamente es siempre un hecho antijurídico.

Mariano Jiménez Huerta afirma: "antijuridicidad matiza y tinte la conducta humana de un colorido o tonalidad especial y es sin excepciones, presupuesto general de la punibilidad, surgiendo esto del juicio que sobre la conducta se formula".⁴⁴

En otras palabras como se ha mencionado, se entiende que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado, es en suma la contradicción entre una conducta y un orden jurídico establecido por el Derecho.

En resumen se puede decir que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y el Derecho.

Una vez precisado lo anterior, se puede decir que la conducta que se realiza en el delito de Tráfico de Menores es antijurídica, porque al realizarla y al hacer un juicio valorativo, se concluye que existe un contraste con el derecho, ya que se opone a las normas recogidas por el Estado; esto es en virtud de que es antijurídico el hecho de que se reciba un beneficio económico por

⁴⁴ Mariano Jiménez Huerta. *op. cit.* p. 9.

parte de la persona que ejerza la patria potestad, o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor aunque ésta no haya sido declarada e ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva.

Por otra parte y a pesar de que en el párrafo quinto del artículo 366 bis del Código Penal vigente, se señala que cuando no exista el consentimiento del que se hace referencia, se aumentará la pena a quien realice la entrega y a quien reciba al menor.

Asimismo también se señala, que si no se recibe un beneficio económico y más aún si el Tráfico de Menores se hizo con la finalidad de incorporar a éste a un núcleo familiar, se reducirá la pena.

Es así como el legislador, cuando dio nacimiento a esta nueva figura delictiva, lo hizo tomando en cuenta que un menor no es un objeto que se pueda vender, sino una persona que desde que nace tiene derechos y obligaciones que cumplir con la sociedad; por lo que se condena severamente esta conducta, en la cual se agrede al menor, en beneficio muchas veces de seres sin escrúpulos, que trafican con ellos.

2.2.4. IMPUTABILIDAD.

El tema a tratar en el presente inciso es la imputabilidad, la cual forma parte esencial en la teoría del delito, junto con la culpabilidad.

El Diccionario Jurídico Mexicano, la define como "la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el

carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión".⁴⁵

En lo concerniente a la imputabilidad, el jurista mexicano Pavón Vasconcelos, explica que ésta ha sido considerada como presupuesto general del delito, como un elemento integral del mismo, o bien como el presupuesto de la culpabilidad. Por otra parte la doctrina penal se muestra inclinada a considerar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, especialmente los psicólogos, al identificar la imputabilidad con la realización psicológica existente entre el hecho y su actuar.

Dicha relación necesita fundamentación en el carácter imputable del sujeto, de manera que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad.

Asimismo, afirma que sólo el hombre como entidad individual, puede ser sujeto activo de delitos, pero para que la ley pueda poner a su cargo una determinada consecuencia legal es necesario su carácter de imputable. La imputabilidad y la imputación son conceptos esencialísimos, indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad. Esta al decir de Maggiore ya va implícita en un juicio de reprobación, más no se puede reprobear ni castigar a quien no sea capaz de reprobación y de castigo. El juicio de culpabilidad presupone, pues un juicio de imputabilidad. El uno es un juicio que recae sobre el hecho en cuanto que afirma que alguno está en condiciones de ser declarado culpable; en aquel se juzga al hombre como sujeto real, en éste como sujeto posible.⁴⁶

⁴⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano*. V. Editorial Porrúa, México. 1985, p. 51.

⁴⁶ Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos. *op. cit.* ps. 355 y 356.

En síntesis, la imputabilidad significa capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. La ley presupone la existencia de esta capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias exactamente deliniadas de la imputabilidad. Dado que éstas se relacionan con la total estructura de la personalidad del autor, la teoría de la imputabilidad jurídico-penal, se ha convertido desde hace tiempo, en la puerta de entrada de la investigación moderna de la personalidad en el Derecho Penal.

De acuerdo con lo anterior, las consideraciones de referencia significan lo siguiente: la persona adulta normal es capaz de cometer culpablemente hechos punibles. Para que tal punibilidad quede excluida en vista de la particular situación personal del autor, se requiere una circunstancia especial prevista en general por la ley. La ley admite en general como dada la "libertad" de hacer o no hacer.

Por lo que la imputabilidad significa capacidad de culpabilidad y por consiguiente, debe de ser incluida dentro del sistema jurídico-penal ⁴⁷

Ahora bien, una vez precisado lo anterior, se puede decir que en el presente delito a estudio, existirá imputabilidad para los sujetos que intervienen en la comisión de éste, cuando a pesar de tener plena conciencia de su capacidad mental y de su mayoría de edad, la posibilidad de ordenar su conducta en atención al Estado de Derecho establecido, realizan la actividad que constituye el ilícito de Tráfico de Menores.

⁴⁷ Cfr. Edmundo Mezger. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bibliográfica. Argentina. Buenos Aires, 1958. ps. 201 y 202.

2.2.5. CULPABILIDAD.

El delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, confirmando así lo precisado por la mayor parte de los autores contemporáneos; la culpabilidad es un elemento constitutivo del delito, sin el no es posible concebir su existencia. Esta verdad quedó apuntada por Bebing, al elaborar el principio "Nulla Poena sine Culpa", cuyo rango es fundamental en el Derecho Penal moderno.

En amplio sentido la culpabilidad ha sido estimada como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras que en sentido estricto, culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable. Desde este punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de imputación en suma, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, pues el reproche supone necesariamente libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad. ⁴⁸

No toda conducta antijurídica de una persona se encuentra sancionada con pena, por ello, es necesario como se deduce de la propia definición general del hecho punible, que tal conducta sea "personalmente imputable", esta imputabilidad da lugar a la reprochabilidad jurídico-penal; es posible imaginar que sea imputada una acción inculpable, sin embargo, según el criterio general afirmado en la actualidad con arreglo al derecho vigente, se debe imputar personalmente y castigar solo una conducta que sea, de una u otra manera, "culpable" ⁴⁹

⁴⁸ Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos. *op. cit.* ps. 347 y 348.

⁴⁹ Cfr. Edmundo Mezger. *op. cit.* p. 189.

Por lo anteriormente expuesto, la culpabilidad en el delito a estudio se presentará cuando los sujetos que intervienen en la comisión del ilícito del Tráfico de Menores, están conscientes de la actividad que realizan y voluntariamente la llevan a cabo, aceptando el resultado que se produce, o dicho de otra manera, que podían motivarse de acuerdo a las exigencias de Derecho y al no hacerlo dan motivo para reprochar su conducta.

2.2.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

El hablar de las condiciones objetivas de punibilidad, implica también mencionar cuál es su naturaleza jurídica, pues al respecto, se cuestiona de la existencia de estas dentro o fuera del delito.

Así pues, para Ernesto Beling, las condiciones objetivas de punibilidad son "ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad".⁵⁰

Pannain considera a las condiciones objetivas de punibilidad como "elementos esenciales, porque cuando se requieren, y no están presentes no hay punibilidad y, por lo tanto, no hay delito; sin embargo, anota, no son elementos constitutivos porque no intervienen en la construcción de la figura delictiva, y su función es la de acondicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital".⁵¹

De lo anterior debe considerarse que existen diferencias entre las condiciones objetivas de punibilidad y los elementos constitutivos del delito, ya que estos últimos son esenciales e imprescin-

⁵⁰ Cit. por. Eduardo López Betancourt. *op. cit.* p. 237.

⁵¹ Cit. por. Eduardo López Betancourt. *op. cit.* p. 238.

dibles para todo delito, en tanto que las primeras sólo existen excepcionalmente.

Por lo anterior, se puede afirmar que las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos señalados en algunos tipos penales, los cuales sino se presentan no es factible que se configure el delito; de ahí que el presentarse sólo en algunos tipos penales, se afirma que no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios.

Ahora bien con relación al estudio del tipo penal en comento, es de señalarse que en él no existen condiciones objetivas de punibilidad, pues no se requiere de ningún tipo de circunstancia previa para que sea penado tal ilícito, amén de que no es un delito que sea perseguido por querrela, sino todo lo contrario es de oficio.

2.2.7. PUNIBILIDAD.

Como último elemento positivo del delito, la punibilidad, para Pavón Vasconcelos, "es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".³²

Por lo que hace a la controversia que se ha suscitado doctrinalmente, de que si la punibilidad constituye o no un elemento esencial de la noción jurídica del delito, ó si es consecuencia de aquel, se puede decir que: quienes se oponen a esa penalidad o penalización de las acciones u omisiones típicamente antijurídicas y culpables, sea una característica del delito y la reducen a mera consecuencia, olvidan que lo que puede llamarse consecuencia es la pena concreta señalada a cada delito por la ley e individualizada

³² Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.* p. 411.

en cada caso, por el Juez; pero no sólo la punibilidad o penalización incluso en el concepto del delito.³³

Respecto a lo anterior Carrancá y Trujillo señala que: siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito, impuesto por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el Jus Puniendi y con las condiciones que según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será retribución del mal por el mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

En consecuencia, la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.³⁴

De todo lo anterior se desprende que la punibilidad y pena son conceptos diferentes, pues como señala el maestro Pavón Vasconcelos, "decir que la pena es la consecuencia del delito, es del todo correcto, pero no debe confundirse con la punibilidad, elemento constitutivo del delito, por cuanto es fuente de la obligatio Iuris".³⁵

Asimismo una vez precisado lo anterior, en el estudio que motiva el presente trabajo, se puede decir que la punibilidad se

³³ Cfr. Luis Jiménez de Asúa. *Tratados de Derecho Penal*. Tomo VII. p. 136.

³⁴ Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Tomo I, Décima edición, Editorial Porrúa, México, 1974. ps. 433 y 434.

³⁵ Francisco Pavón Vasconcelos. *op. cit.* p. 411.

en cada caso, por el Juez; pero no sólo la punibilidad o penalización incluso en el concepto del delito.⁵³

Respecto a lo anterior Carrancá y Trujillo señala que: siendo la pena legítima consecuencia de la punibilidad como elemento del delito, impuesto por el poder del Estado al delincuente, su noción está relacionada con el Jus Puniendi y con las condiciones que según las escuelas, requiere la imputabilidad, pues si ésta se basa en el libre albedrío la pena será retribución del mal por el mal, expiación y castigo; si por el contrario se basa en la peligrosidad social acreditada por el infractor entonces la pena será medida adecuada de defensa y aplicable a los sujetos según sus condiciones individuales.

En consecuencia, la pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y teniendo por fin la defensa social.⁵⁴

De todo lo anterior se desprende que la punibilidad y pena son conceptos diferentes, pues como señala el maestro Pavón Vasconcelos, "decir que la pena es la consecuencia del delito, es del todo correcto, pero no debe confundirse con la punibilidad, elemento constitutivo del delito, por cuanto es fuente de la obligación Juris".⁵⁵

Asimismo una vez precisado lo anterior, en el estudio que motiva el presente trabajo, se puede decir que la punibilidad se

⁵³ Cfr. Luis Jiménez de Asúa, *Tratados de Derecho Penal*, Tomo VII, p. 136.

⁵⁴ Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Tomo I, Décima edición, Editorial Porrúa, México, 1974, ps. 433 y 434.

⁵⁵ Francisco Pavón Vasconcelos. *op. cit.* p. 411.

encuentra señalada en el artículo 366 bis del Código Penal vigente, en el cual en sus hipótesis precisa una pena diferente a cada una de las personas que intervienen en éste.

Así, el párrafo primero señala que, quien cometa el delito de Tráfico de Menores, se le impondrá la pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días multa; en su párrafo segundo expresa: que se le impondrá la misma pena al que otorgue el consentimiento y al tercero que reciba al menor.

El párrafo tercero menciona que si la persona que entregó al menor no recibió ningún beneficio (económico), la pena será de uno a tres años de prisión.

Señala una pena sumamente baja, cuando se reciba al menor para integrarlo a un núcleo familiar, ya que se reducirá hasta una cuarta parte.

Existe una penalidad sumamente elevada, plasmada en el párrafo quinto del citado numeral, en virtud de que se aumentará hasta el doble de la prevista en el primer párrafo, cuando se cometa el delito sin existir el consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad o quien tenga a su cargo la custodia de un menor aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero.

Finalmente en el párrafo sexto se señala una pena accesoria para quienes cometan el delito en estudio, teniendo el ejercicio de la patria potestad, o custodia de un menor, el cual consistirá en la privación de estos derechos.

2.3. ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

Después de haber estudiado los elementos positivos del delito, corresponde ahora analizar sus elementos negativos, en virtud de que como señala Pavón Vasconcelos, "la moderna doctrina jurídico penal, considera que a cada elemento del delito corresponde un aspecto negativo el cual impide su integración".⁵⁶

2.2.2. AUSENCIA DE CONDUCTA

Se está en ausencia de conducta, cuando falta el elemento material de ésta, constituido por el movimiento o no movimiento corporal, o bien cuando existiendo éstos, los mismos no son voluntarios, es decir si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de apoyo abarcará la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña en la actividad o inactividad involuntarias.

Con razón el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, refiere que la ausencia del hecho y por ello del delito, surge al faltar cualquiera de sus elementos que la componen a saber:

- a) Ausencia de conducta,
- b) inexistencia del resultado y
- c) falta de relación causal entre la acción o la omisión, integrantes de la conducta y el resultado material considerado.

A simple vista, de las tres cuestiones propuestas, la primera resulta de esencial interés, la inexistencia de resultado en los delitos materiales y la comprobación de la relación causal

⁵⁶ *Ibidem.* p. 155.

suponen una conducta humana, pero sin ésta, no es posible siquiera plantear las hipótesis anteriores.

Es decir, que si la conducta faltara no se podría hablar de delito alguno, ya que ésta es lo que se llama "el soporte naturalístico del ilícito penal", y su ausencia constituye uno de los aspectos negativos del delito, por lo que según dicho autor hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto -no son suyos- por faltar en ellos la voluntad.⁹⁷

Ahora bien, según la doctrina, son dos los casos incontrovertidos de ausencia de conducta:

- a) La vis absoluta y
- b) La vis mayor.

La vis absoluta, supone ausencia de coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, de manera que la expresión puramente física de la conducta no puede integrar por sí una acción u omisión relevantes para el Derecho Penal, quien actúa o deja de actuar se convierte en un instrumento de una voluntad ajena puesta en movimiento a través de una fuerza física a la cual el contenido no ha podido materialmente oponerse.

Existirá fuerza mayor cuando hay actividad o inactividad involuntarias para la actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales, diferenciándose de la vis absoluta, en que en ésta la fuerza impulsora proviene necesariamente

⁹⁷ Cfr. *Ibidem.* ps. 243 y 244.

del hombre, mientras aquella encuentra su origen en una energía distinta, ya natural o sobrehumana.

Tanto la Vis Absoluta como la Vis Mayor se encuentran previstas en la fracción I del artículo 15 del Código Penal que nos rige al declarar que:

El delito se excluye cuando: El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

Además de las mencionadas anteriormente, también se reconoce como aspectos negativos de la conducta:

- a) El sueño.
- b) El hipnotismo.
- c) El sonambulismo y
- d) Los actos reflejos, ya que en estos se realiza una actividad o una inactividad, sin que exista voluntad, por encontrarse bajo un estado en el que su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

Los otros aspectos negativos de la conducta se encuentran previstos en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal, el cual a la letra dice:

El delito se excluye cuando:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiese provocado su trastorno mental dolosa o culposa-

mente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

Ahora bien, una vez precisado lo anterior podemos decir que en el delito en estudio, no pueden concurrir ninguna causa que contempla la ley como ausencia de conducta o hecho, ya que en este ilícito, es necesario que exista la voluntad, aún y cuando en el párrafo quinto del artículo 366 bis del Código Penal se establece que cuando no exista el consentimiento a que se refiere el primer párrafo de dicho numeral, se aumentará la pena, sin embargo existe la voluntad y el querer de entregar a un tercero el menor para su custodia definitiva, pese a la ausencia del multicitado consentimiento.

En consecuencia al no darse ninguna de las hipótesis que la ley contempla como elemento negativo de la conducta, no puede hablarse de que las personas que intervienen en la comisión del ilícito en estudio lo puedan hacer bajo la influencia de una fuerza física o una fuerza física mayor irresistible, ni aún por encontrarse bajo un estado hipnótico, sonambulismo o sueño, ni mucho menos debido a un acto reflejo.

2.3.2. ATIPICIDAD.

Respecto a este punto, Porte Petit, señala: "El tipo es la creación que hace el legislador de una conducta en un precepto penal y la tipicidad es la adecuación de una conducta a la descripción legal formulada en abstracto". En consecuencia se puede precisar que la ausencia del tipo es distinta a la ausencia o falta de tipicidad. En el primer caso no existe descripción de la

conducta o hecho por la norma penal y en el segundo caso, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo. Al respecto la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado:

"Dentro de la Teoría del Delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo, inexistencia del presupuesto general del delito, pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por falta de algún o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a las calidades de los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etcétera, mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley".⁹⁹

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho. Hay atipicidad encambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente algún o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es por consiguiente, la ausencia de adecuación típica; originándose concretamente hipótesis de atipicidad:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en el sujeto pasivo.

⁹⁹ Celestino Porte Petit Candaudap. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. p. 466.

- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo este no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o especiales exigidas por el tipo.
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley.
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto requeridos expresamente por el tipo penal.

Una vez precisado lo anterior, por lo que respecta al delito de Tráfico de Menores, existirá atipicidad:

- I). Cuando falte la calidad exigida por el tipo en cuanto a uno de los sujetos que intervienen en su comisión, sin embargo como ya se señaló anteriormente, también podría encuadrar en alguno de los otros párrafos que se encuentran dentro del artículo 366 bis del Código Penal, siempre y cuando concurren las demás circunstancias descritas por el tipo.
- II). Cuando falte la calidad exigida en el tipo en cuanto al sujeto pasivo, es decir, que no fuera un menor o que no esté sujeto a patria potestad ni a custodia no declarada.
- III). Cuando no se presenten los elementos subjetivos exigidos por el tipo, a los cuales ya nos referimos con anterioridad.

Finalmente y una vez que ya ha quedado precisado cuándo se puede presentar atipicidad en el ilícito a estudio, pasamos a continuación al siguiente elemento negativo del delito.

2.3.3. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Si como se ha visto lo antijurídico, se concreta a una lesión de intereses jurídicos y en una ofensa de los ideales valorativos de la comunidad, obvio es que no puede juzgarse antijurídica la acción que no lesione bienes o intereses jurídicos y que no ofenda a los ideales de la comunidad, por lo que son circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad.

La lesión o puesta en peligro de un bien o intereses jurídicos, no decide por sí sola sobre la antijuridicidad de la acción, ya que existen conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes tutelados penalmente y que pueden ser lícitas.

No es posible afirmar que unas conductas son siempre antijurídicas y otras no lo son nunca, una misma conducta externa, es en unas circunstancias antijurídica y en otras no. La valoración singular decidirá cada caso concreto.

Lo que sí se puede afirmar es que resulta imposible pensar en la existencia de causas impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad que no sean encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el interés socialmente preponderante.

La evolución cultural y económica, hará seguir constantemente, nuevas causas de exclusión de la antijuridicidad, algunas de las cuales llegarán a ser tipificadas y circunscritas por la ley; pero sus cimientos serán los mismos que fundamentan los ahora existentes.

Dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a Derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea penal o civil, porque quien actúa conforme a Derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico.

En conclusión, las causas de justificación son aquellos actos realizados conforme a Derecho, es decir que les hace falta la antijuridicidad requerida para poderlos tipificar en un delito.

En nuestro Derecho Positivo Mexicano, las causas de justificación se señalan en el artículo 15 del Código Penal, dentro del capítulo denominado "Causas de Exclusión del Delito", en las siguientes fracciones:

IV. Legítima Defensa.

V. Estado de Necesidad.

VI. Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

En las reformas al Código Penal Federal del 10 de enero de 1994, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo han quedado excluidos de este artículo.

Ahora bien, el delito en estudio, no puede presentar ninguna de las causas de justificación que contempla la ley, en virtud de que bajo ningún motivo se puede traficar con un menor, atendiendo a una legítima defensa, estado de necesidad o en ejercicio de un derecho.

2.3.4. INIMPUTABILIDAD

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad, y ésta consiste en la incapacidad de querer y entender en el mundo

del Derecho. O dicho en otras palabras es la ausencia del juicio de reproche en virtud de que el o los sujetos activos del delito, no podían ni debían actuar o motivarse de acuerdo a la ley o exigencias del Derecho.

Por lo anterior, la inimputabilidad consiste en todas aquellas causas que imposibilitan o neutralizan la capacidad del agente para discernir y dirigir su voluntad, dentro del orden establecido por las normas jurídicas.

Jiménez de Asúa sostiene que: "Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró".³⁹

Nuestro Código Penal en su artículo 15 señala las causas de inimputabilidad en la siguiente fracción:

El delito se excluye cuando:

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

³⁹ Luis Jiménez de Asúa. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Tercera edición. Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1990, p. 339.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto por el artículo 69 bis de este Código.

Es importante señalar que con motivo de las reformas efectuadas el 10 de enero de 1994 al Código Penal, el miedo grave y el temor fundado quedaron eliminados del artículo en mención. Pero a pesar de ello, se analizan dichas figuras para una mejor comprensión de la inimputabilidad.

Por todo lo anterior se desprende que son causas de inimputabilidad:

- 1) El trastorno mental.
- 2) El desarrollo intelectual retardado.
- 3) El miedo grave: y
- 4) La minoría de edad.

En otras palabras, existe inimputabilidad para un sujeto, cuando éste no puede ordenar su conducta a lo establecido por la norma debido a circunstancias de capacidad mental o de edad.

Por otra parte, la enfermedad mental puede anular la inteligencia, paralizar su desarrollo o alterarla profundamente y en el campo de la voluntad puede suprimir su libre funcionamiento o trastornarlos gravemente, por ello el enfermo mental, el loco, es inimputable e irresponsable, no puede responder de los hechos dañosos realizados ni puede ser sometido a pena.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, puede señalarse dos grupos de perturbaciones:

a) Aquellas que son externas a la personalidad del agente e irrumpen en ella troncodndola en otra distinta (alineación), de

ellas la más patente son las denominadas "psicosis", perturbaciones provenientes de enfermedades cerebrales y las llamadas "neurosis", como la histeria, la locura maniacodepresiva, la esquizofrenia, epilepsia, etcétera.

b) Las provenientes de la personalidad anormal del agente y que por tanto no representan la entrada en ella de elementos extraños, sino que corresponden a la propia personalidad (anormal) del sujeto; entre ellas se hallan las oligofrenias (idiocia, imbecibilidad), las perturbaciones de carácter efectivo, los de la voluntad, de la vida instintiva, etcétera (los llamados psicópatas en sentido estricto).

En el primer grupo de perturbaciones (alineación) la declaración de inimputabilidad tienen su base en que el hecho es ajeno al agente, es extraño a su personalidad; en el segundo en que constituye una manifestación adecuada de una personalidad anormal.⁴⁰

En nuestro Derecho Positivo se entiende que operan las causas de inimputabilidad por trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, cuando se demuestra que tales estados son capaces de impedir o neutralizar la capacidad del sujeto para discernir y dirigirse dentro del orden establecido por el Derecho.

Por lo que se refiere a la minoría de edad, Cuello Calón, señala que "tiene honda influencia sobre la imputabilidad como en este período de la vida humana, en la infancia y en la adolescencia, la falta de madurez mental y moral como falta de madurez física, el niño y el adolescente, no pueden comprender la signifi-

⁴⁰ Cfr. Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*. Tomo I. Volumen Segundo. Décimo Sexta edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1971. ps. 471 y 472.

cación moral y social de sus actos y por consiguiente no poseen capacidad para responder por ellos".⁶¹

Bajo ideas más actuales y aunque se afirma que en nuestro orden penal, los agentes menores de dieciocho años son inimputables, hay que entender que, por lo que hace a la inimputabilidad, no sólo se ha discutido respecto de qué personas pueden afirmarse que carecen de capacidad de comprensión o dirección de sus acciones. También se ha dicho que ello es anticuado respecto a la solución que se ha dado en relación a los menores de edad.

En términos estrictos se afirma que la minoría no es causa de inimputabilidad porque no afecta aquella capacidad. Los menores son en todo caso, sujetos de un Derecho Penal especial, predominantemente preventivo y tutelar y no del Derecho Penal Común.

Asimismo en cuanto a las medidas que se han de adoptar para con los inimputables, es de señalarse que cuando éstos incurrir en una conducta típica, es decir, en un comportamiento formalmente delictivo, cabe la inactividad del Estado, pues no hay delito que perseguir, pese a la comprobación del hecho y de la participación, o bien reacción defencista, que reconoce el dato de la peligrosidad y pretende proteger a la sociedad contra el individuo temible y por ello (así como para el bien del inimputable), prevé instrumentos de control, curación, o educación.

Con relación a la pena, la sanción y medida de seguridad dichos conceptos serán estudiados en un apartado especial dentro de la presente investigación.

Para terminar con el presente inciso, motivo del delito en estudio, se pueden presentar como causas de inimputabilidad:

⁶¹ *Ibidem.* p. 464.

- El trastorno mental.
- El desarrollo intelectual retardado, y
- La minoría de edad.

Debiendo en este caso contar el juzgador con personal capacitado para poder determinar si efectivamente en el momento en que se comete el delito a estudio, los sujetos que intervinieron en éste, pueden encontrarse bajo algunas de las causas antes señaladas.

2.3.5. INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es el elemento negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

La inculpabilidad opera cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento, o la voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

Toda excluyente de responsabilidad lo es, porque elimina uno de los elementos del delito; asimismo, habrá inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúe libre y espontáneamente.

Quien realiza un hecho en apariencia delictivo, pero obra de esta forma por una fuerza física a la que no puede resistir, no será culpable.

Se ha dicho que la inculpabilidad operará en favor del sujeto, cuando previamente medie una causa de justificación en lo externo o una de inimputabilidad en lo interno, por lo que para que sea culpable un sujeto deben concurrir en la conducta el conocimiento y la voluntad de realizarla.

Para algunos autores la inculpabilidad se dará sólo en el supuesto de error y la no exigibilidad de otra conducta; sin embargo, algunos otros penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Asimismo se han dado definiciones sobre las causas de inculpabilidad, dentro de las más destacadas encontramos la de Mayer, quien las llama causas de inculpabilidad o causas de exculpación, las cuales excluyen la culpabilidad, es decir, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.

Se ha considerado importante diferenciar las causas de inculpabilidad con las de inimputabilidad, señalando que en éstas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.

La base de la inculpabilidad es el error, tiene varios tipos. El error y la ignorancia pueden ser causas de inculpabilidad si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que él propone realizar.

El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho a su vez se clasifica en esencial y accidental, abarcando éste último el error en el golpe, en la persona y en el delito

Si se presenta la inculpabilidad, el sujeto no podrá ser sancionado, ya que para la existencia del delito, se requiere de la existencia de sus cuatro elementos, primero se efectúe una acción; segundo, haya tipicidad, es decir, se adecue la conducta a algún tipo penal; tercero, el acto sea antijurídico y por último éste mismo sea culpable.

Finalmente diremos que la inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, esto es, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

Ahora bien, una vez precisado lo anterior, consideramos que en el delito de Tráfico de Menores, no se puede presentar ninguna causa de inculpabilidad, como lo sería el error o la no exigibilidad de otra conducta, ya que se exige un dolo específico, así como de quienes lo realizan estén conscientes de las consecuencias que acarrea éste.

2.3.6. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad es el aspecto negativo de las mismas.

El lugar que ocupen dentro de la teoría del delito dependerá del criterio que se sustente, ya que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito, al considerar las condiciones objetivas de punibilidad elemento del delito, y otros estimarán que no constitu-

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA 79

ye un aspecto negativo del delito, a pesar de dichas condiciones el carácter mismo de elemento.

Jiménez de Asúa sefala que "Cuando, en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero así como la carencia de acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se produce la denuncia o la querrela después de sentencia absoluta-ria o auto de sobreseimiento libre, podrá alejarse de adverso la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable".⁴²

Maggiore por su parte dice que "las condiciones objetivas de punibilidad se diferencian de los elementos, en que si no se verifican, el delito existe ontológicamente, aunque no pueda ejecutarse la pretensión punitiva del Estado; en tanto que si falta uno sólo de los elementos, no hay delito".⁴³

De esto se advierte que los efectos producidos como consecuen-cia de la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad son diversas de los efectos de los restantes aspectos negativos del delito.

El maestro Porte Petit dice: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabili-dad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la

⁴² Luis Jiménez de Asúa. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito.* p. 425.

⁴³ Cit. por Eduardo López Betancourt. *op. cit.* p. 239.

condición objetiva de punibilidad, lo que viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito".⁶⁴

Finalmente para concluir con el inciso en estudio, es de señalarse que el incumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad difiere de la ausencia de éstas, en virtud de que en la primera hipótesis no se realizan los requisitos exigidos por la ley, mientras en la segunda, el precepto jurídico no la establece.

Ante tal orden de ideas sólo resta hacer mención que la figura delictiva en estudio no sólo carece de condiciones objetivas de punibilidad, sino que incluso rechaza la posibilidad de su existencia, esto en virtud de que el tipo penal en estudio es un delito que se persigue de oficio y no de querrela, amén de que no contempla tales condiciones.

2.3.7. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Por lo que respecta al aspecto negativo de la punibilidad (excusas absolutorias), los autores han dado diversas definiciones, entre las que se encuentran la señalada por el maestro Castellanos Tena, quien nos dice que, "excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena".⁶⁵

Jiménez de Asúa, define a éstas como "las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un actor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública".⁶⁶

⁶⁴ Celestino Porte Petit Candaudap. *Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal*. p. 285.

⁶⁵ Fernando Castellanos Tena. *op. cit.* p. 271.

⁶⁶ Luis Jiménez de Asúa. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. p. 433.

Las excusas absolutorias se presentan en casos excepcionales, los cuales se encuentran expresamente señalados por la ley y posiblemente en atención a alguna política criminal, se considera conveniente no aplicar, en el caso concreto, pena alguna al sujeto activo.

En nuestro Derecho Penal, se encuentran por ejemplo las siguientes excusas absolutorias:

Por la mínima temibilidad. Existe en el delito de robo, cuando es poca la cuantía y es restituido espontáneamente, sin ejercer violencia y además paga los daños y perjuicios el sujeto activo, antes que tenga conocimiento la autoridad.

El aborto imprudencial o en embarazo resultado de violación. En el primer caso se considera que existe mínima o ninguna temibilidad y que la mujer sufre las consecuencias de su propia imprudencia al frustrarse su expectativa de maternidad, la segunda se da en función de que no debe imponerse a la mujer una maternidad odiosa que le recuerde el hecho de la violación, aquí se invoca una razón de no exigibilidad de otra conducta.

Excusa en favor de ciertos familiares de un detenido, procesado o sentenciado cuando facilitan la evasión de éste sin utilizar violencia en las personas o fuerza en las cosas.

Excusa en favor de determinados familiares de un responsable de homicidio, si ocultan, destruyen o inhuman el cadáver sin la autorización correspondiente.

De acuerdo con lo que la doctrina ha señalado, se puede asegurar que en lo que respecta al delito en estudio, en éste no opera ninguna causa absolutoria.

2.4. DETERMINACION DE LOS SUJETOS COMPRENDIDOS EN EL DELITO DE TRAFICO DE MENORES.

Partiendo del contenido del artículo 366 bis del Código Penal, se observa que los sujetos activos que intervienen en éste, deben contar con calidades específicas.

2.4.1. SUJETOS ACTIVOS.

Así, el que otorgue el consentimiento al que alude el párrafo primero del artículo 366 bis del Código Penal, deberá ser un ascendiente que ejerza la patria potestad, o lo podrá ser una persona que tenga a su cargo la custodia del menor, aún cuando este no haya sido declarada.

Por otra parte el mismo párrafo primero del numeral en cita prevé que cualquier sujeto (en este caso activo) puede cometer tal conducta, con o sin el consentimiento de aquella persona que deba darlo.

Ahora bien, existe la intervención de otra persona, que en este caso no requiere calidad específica alguna, y es el tercero que reciba al menor.

Lo anterior nos lleva a deducir que por cuanto hace a los sujetos activos que intervienen el tal ilícito, bien pueden ser con o sin calidad específica.

2.4.2. SUJETO PASIVO.

Por cuanto hace al sujeto pasivo de dicho ilícito, se observa que necesariamente debe de contar con una calidad específica, la de ser un menor.

2.4.3. CLASIFICACION.

Atento a lo anterior, de los sujetos activos y pasivo del delito materia del presente estudio, se pueden obtener diversas clasificaciones.

En efecto, el maestro Pavón Vasconcelos señala que: "atendiendo al sujeto pasivo, los delitos se clasifican en: personales, cuando la lesión recae sobre una persona física e impersonales cuando dicha lesión recae sobre una persona moral, el Estado o la sociedad en general; con relación al sujeto activo y tomando en consideración la calidad y el número de los que intervienen en su comisión, los delitos pueden clasificarse: por su calidad en delito de sujeto común o indiferente, ya que la ley al no destacar algún carácter, permite su comisión por cualquier persona (lesiones, homicidio, etcétera), y delitos exclusivos, propios o de sujeto calificado, en los cuales al decir de Manzini, se exige la concurrencia en el sujeto, de una determinada cualidad o relación personal, de tal manera que únicamente quienes lo reúnen pueden realizarlos; y por lo que hace al número tenemos: Monosubjetivos, en los que el esquema legal permite la comisión de la conducta o el hecho por una sola persona; y Plurisubjetivos, los cuales según el modelo legal, sólo pueden realizarse con el concurso necesario de varios sujetos. Ranieri distingue de ésta categoría, entre delitos plurisubjetivos en sentido propio y plurisubjetivos en sentido impropio, pues en estos últimos se hace necesaria la cooperación de una pluralidad de sujetos, siendo sólo uno de ellos culpable y punible, con la exclusión de los demás, mientras en los primeros todos son considerados culpables y punibles, aún cuando en ocasiones la pena sea diversa".⁶⁷

⁶⁷ Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.* p. 102.

Respecto a esta clasificación y atendiendo al sujeto pasivo del delito en estudio, se puede decir que es un delito personal, ya que la lesión recae sobre un menor (persona física).

Asimismo en relación al sujeto activo y tomando en cuenta la calidad de éste, es un delito exclusivo, ya que es necesario que éste reúna una serie de características indispensables para que pueda darse el delito de Tráfico de Menores, el cual en este caso sería que quien dé el consentimiento sea un ascendiente que ejerza la patria potestad sobre un menor, o de quien tenga a su cargo la custodia aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero a cambio de un beneficio económico.

Sin embargo, en el párrafo quinto del artículo 366 bis del ordenamiento punitivo, señala que cuando en la comisión de este delito no exista el consentimiento a que se hace referencia, se aumentará la pena, por lo que se permite establecer que incluso se puede cometer dicha conducta aún sin el consentimiento de dichas personas, lo cual hace que el sujeto activo no requiere de calidad específica alguna, y por ende se puede hablar de un delito de sujeto común, indiferente o impersonal

2.5. FORMAS DE APARICION EN EL DELITO.

Por cuanto hace a las formas de aparición del delito, tenemos que éste se inicia con la concepción del mismo y concluye con su consumación. Estas etapas de aparición del delito se les ha denominado del intercriminis o "camino del delito", el cual comprende según la opinión más generalizada las grandes etapas a saber:

- a) Fase interna y b) La fase externa o exterior.

La fase interna del delito comprende los siguientes estadios: la concepción de la idea criminosa del delito, la deliberación en la cual el sujeto analiza psicológicamente la conveniencia de cometer o no el delito; la resolución en la cual el sujeto se inclina o decide la comisión del delito y con ello termina la etapa interna del mismo. La etapa externa del delito se inicia con los actos preparativos y es aquella fase, en la que el agente del delito elige sus medios, las condiciones o aprovecha la oportunidad para cometerlo; la ejecución, es aquella etapa del intercríminis en el que el sujeto realiza la conducta en que consiste el delito y finalmente la consumación en la cual el agente del delito realiza o cumple con todos los elementos del delito.

Ante lo expuesto hablaremos primero de la consumación y luego de la tentativa.

2.5.1. CONSUMACION.

Por agotamiento del delito se entiende la obtención por el agente del fin propuesto por la comisión del delito; aunque en algunas veces la consumación no coincide con el agotamiento y en otras ocasiones éste no se realiza y en cambio el delito si se consuma.

Habrà consumación del delito en estudio, cuando se entrega al menor y un tercero lo recibe para ejercer sobre éste una custodia definitiva, a cambio un beneficio económico o sin éste mismo e incluso con o sin consentimiento de la persona que ejerce sobre el menor la patria potestad o tan solo la custodia aunque ésta no haya sido declarada.

Una vez precisado lo anterior hablaremos ahora de la tentativa.

2.5.2. TENTATIVA.

Jiménez de Asúa, respecto de la tentativa señala que "es la ejecución incompleta de un delito".⁶⁸ Castellanos Tena, la define como "los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la resolución de un delito, si éste no se ha consumado por causas ajenas al querer del sujeto".⁶⁹

Los elementos que la doctrina reconoce como constitutivos de la tentativa son tres:

- a) Un elemento moral o subjetivo (la intención dirigida a la intención del delito).
- b) Un elemento material u objetivo (los actos de naturaleza ejecutiva y realizada por el sujeto).
- c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del agente.

Con relación al tipo penal en análisis, se afirma que es posible la existencia de la tentativa, la cual se encuentra descrita en el artículo 12 del Código Penal. amén de que el delito en comento no es culposo sino doloso.

Dentro de la doctrina se señala la existencia de dos formas de tentativa, la acabada y la inacabada, de las cuales se habla a continuación.

TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA INACABADA

⁶⁸ Luis Jiménez de Asúa. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito.* p. 474.

⁶⁹ Fernando Castellanos Tena. *op. cit.* p. 279.

Edmundo Mezger, al decir del maestro Pavón Vasconcelos, y al hacer referencia a la distinción entre la tentativa acabada e inacabada, aclara que la misma no se refiere al resultado del acto, sino al término de la actividad desplegada. En la Tentativa inacabada el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito, en tanto en la acabada sí han verificado todos los actos, sin que en ambos el resultado se haya producido en virtud de causas ajenas a su voluntad. Para el propio autor y respecto a la delimitación entre ambas tentativas, es la resolución del agente, la base determinante pues sólo en el sentido subjetivo del autor mismo, puede llegarse al conocimiento de si ha o no verificado todo lo de su parte necesario para la consumación del delito".⁷⁰

Ha de mencionarse que el delito frustrado se distingue de la tentativa, porque en esta última la ejecución es incompleta y el resultado no llega a realizarse, en cambio en el delito frustrado existe una ejecución completa pero el resultado no se produce por mero accidente, es decir que es completo en la ejecución subjetiva e incompleto en la ejecución objetiva, mientras que la tentativa es un delito incompleto tanto en una como en otra ejecución.

Por lo anterior es de entenderse que cuando se habla de delito frustrado o tentativa acabada, se esta hablando de la tentativa punible, puesto que es aquella en la que el agente empleó todos los medios adecuados para consumir el delito, al ejecutar los actos directamente encaminados a ese fin, pero pese a ello el resultado no se verifica por causas ajenas a su voluntad.

En virtud de lo anterior, es conveniente hacer referencia al delito imposible, para diferenciarlo de la tentativa.

⁷⁰ Francisco Pavón Vasconcelos. *op. cit.* p. 429.

2.5.3. DELITO IMPOSIBLE.

Se dice que el delito es imposible, por inexistencia del objeto cuando falta el objeto jurídico tutelado por la norma penal o bien el objeto material, o sea el elemento constitutivo que representa la entidad física principal (cosa, persona o condición del hecho), respecto de la cual se desarrolla la actividad criminosa del agente.⁷¹

Una vez precisado lo anterior y por lo que respecta al delito de Tráfico de Menores, podemos decir que cuando se ejecutan los hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de dicho ilícito, y no se consuma por causas ajenas a la voluntad de los sujetos activos, ni lesiona el bien jurídico tutelado por la norma penal, entonces cabe la tentativa.

2.6. CONCEPTO DE DOLO Y CULPA.

Para poder conceptualizar lo que es el dolo y la culpa, es menester precisar cuál es la ubicación que estos tienen dentro de la teoría del delito, de tal modo que no sobra decir que éstos son especies o formas de culpabilidad, y que con motivo de las reformas que recientemente sufrió la legislación punitiva, actualmente son las dos formas de culpabilidad, dejando atrás a la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o exceso en el fin, ya que esta quedó excluida del Código Penal en las reformas realizadas el 10 de enero de 1994.

Una vez que se ha precisado lo anterior, para Jiménez de Asúa "es dolosa la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada) cuando se realiza con

⁷¹ Cfr. *Idem.* p. 441.

conocimiento de las circunstancias de hecho que se adjuntan al tipo y del concurso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con consciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere, o consiente".⁷²

En el Código Penal vigente, el dolo se encuentra previsto en el artículo 8, al igual que la culpa; y en el primer párrafo del artículo 9 del mismo ordenamiento penal, se señala que: "obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y. . . en el segundo párrafo de dicho artículo, se define a la culpa en los siguientes términos: obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Por lo que se refiere a la culpa, ésta se define como el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón); o como la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumple, pudiendo preverse la aparición del resultado (Mezger). La culpa es la no previsión de lo previsible, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado.

No podemos de manera alguna prescindir de la "previsibilidad" como tampoco del "deber de cuidado" exigidos por la ley al punir determinadas consecuencias de la conducta humana. La voluntad tiene importancia referida concretamente a la acción o inacción del

⁷² Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. p. 417.

sujeto, pero no debe conectarse con el evento dañoso. El carácter evitable del acontecimiento delictuoso juega igualmente importante papel en la culpa como lo destaca Binding.

Atento a esto, se puede definir la culpa como aquel resultado típico, antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubiera observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.

La característica del delito culposo, es por consiguiente la producción de un suceso no querido por el agente, ni directa ni eventualmente pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el orden jurídico.

Hay culpa en este sentido cuando el autor obra con desprecio por el orden jurídico y por los mandatos o prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, lo que se manifiesta en indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno, frente a los propios deseos.

Una vez que se ha hecho mención de lo que es el dolo y la culpa, para finalizar con el presente punto, podemos decir que en orden a la culpabilidad, el delito en estudio es de comisión necesariamente dolosa, y nunca puede ser culposa, ya que los sujetos que intervienen en la comisión del ilícito de Tráfico de Menores, están conscientes de la actividad que realizan y voluntariamente la llevan a cabo, aceptando el resultado que se produce.

2.7. CONCEPTO DE BIEN JURIDICO

En cuanto a este concepto Manuel Osornio nos dice: "Bien jurídico. Principio que presenta particular importancia en el ámbito del Derecho Penal, porque en cada uno de los delitos se

entiende que atentan contra el bien que la legislación protege: vida, propiedad, familia, honestidad, honor, seguridad nacional, administración pública, etcétera. Pero en la doctrina existen profundas diferencias acerca de cuál sea el bien jurídico protegido frente a la comisión de los delitos o de alguno de ellos. Fuera de su aspecto penalístico, se debe entender que es un bien jurídico el que se encuentra protegido o amparado dentro del Derecho".⁷³

Es de hacer notar que el estudio de este punto ya se trató con anterioridad, por lo que se omite incluso el comentario alusivo en la aplicación de la figura ilícita que se estudia.

2.8. CONCEPTO DE PENA, SANCION Y MEDIDA DE SEGURIDAD

El hacer referencia a la significación de los tres conceptos en comento es con el fin de tener una mayor apreciación en el contenido y aplicación de los mismos atendiendo al estudio que se hace del delito en análisis.

Empezaremos por estudiar el concepto de pena, el cual proviene del latín poena, castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta. Disminución de uno o más bienes jurídicos impuestos jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que representa la ejecución coactiva, efectiva, real y concreta del precepto infringido.

Por su parte el Diccionario Jurídico Mexicano define a la pena de la siguiente manera: "Pena. (castigo impuesto por una autoridad legítima al haber cometido un delito o falta). Disminución de uno o más bienes jurídicos, impuestos jurisdiccionalmente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución

⁷³ Manuel Osornio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Penales y Sociales*. Editorial Heliasta, Argentina. 1978. p. 86.

coactiva, efectiva, penal y concreta del precepto infringido sino su reformación ideal, moral y simbólica".⁷⁴

Conforme a las definiciones expuestas se entiende que la pena va ligada esencialmente al delito, por cuanto que es aplicada una vez que se fundamentan todos los elementos positivos del mismo, esto es, la conducta, típica, antijurídica, imputable y culpable.

En todos los delitos que regula el Código Penal, existe como consecuencia lógica, una sanción intimidatoria, para el sujeto activo del delito que la cometa, consistente en la privación de la libertad o bien en una pena alternativa, que pueda ser privación de la libertad o una multa pecuniaria, según el tipo de delito que se haya cometido y según la norma sustantiva que sanciona con determinada pena la conducta que se enfoque al tipo de que se trate, por considerar que es un hecho que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley.

El artículo 366 bis de la Ley Sustantiva Penal, contempla una pena consistente de dos a nueve años de prisión, misma que podrá ser aumentada hasta en un doble y disminuida hasta en una cuarta parte en términos del párrafo quinto y cuarto del citado numeral, esto atendiendo al modo de realización del ilícito; diversidad de penalidades que consideramos son acordes para cada caso.

La palabra sanción, según el Diccionario Enciclopédico Salvat, proviene del "latín sanctio-tionis. Estatuto o ley mal denominado de una culpa o yerro que es como su castigo o pena. Autorización que se da a cualquier acto, uso o costumbre. En general confirmación, aprobación de una disposición legal por la autoridad

⁷⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VII. Editorial Porrúa, México, 1985. p. 72.

competente. También recompensa y dimana del cumplimiento de una norma, o pena por la comisión de un delito o de una falta".⁷⁵

Como vemos, el concepto de sanción tiene varias concepciones; entre las que más se adecuan a nuestro estudio es el señalado en el último término, consistente en la pena por la comisión de un delito o de una falta.

Por su parte el Diccionario Jurídico nos dice al respecto: "Sanción, cuando se trata de la conducta antijurídica, sanción es sinónimo de "pena o represión". En el proceso de formación de las leyes, la sanción es el acto por el cual el Congreso, las Legislaturas, etcétera, aprueban un proyecto de ley".⁷⁶ De esta manera nos damos cuenta que efectivamente la palabra sanción es considerada como sinónimo de la palabra pena.

Finalmente en uso del Diccionario Enciclopédico Salvat, define a la medida de seguridad de la siguiente manera "Nombre con el que se conocen las providencias o medidas de protección, de adecuación y tratamiento que el Estado, por medio de sus agentes, que impone a ciertos delinquentes en razón de su peligrosidad, éste se distingue de las medidas preventivas a que son sometidos los individuos peligrosos, no delinquentes, precisamente - al contrario de éstas la peligrosidad que intenta atajar las medidas de seguridad, es postdelictivas, por lo que sólo puede aplicarse basándose en la conducta criminal (delictiva) y en consideración de la pena impuesta como retribución pre-principal al delito no será suficientemente adecuada al carácter peligroso del sujeto".⁷⁷

⁷⁵ *Diccionario Enciclopédico Salvat*. Editorial, Salvat. Tomo 24. p. 3325.

⁷⁶ Juan Ramírez Groanda, *Diccionario Jurídico*. Décima edición. Editorial Claridad, Buenos Aires, Argentina. 1988. p. 274.

⁷⁷ *Diccionario Salvat. op. cit.* Tomo 18, p. 2479.

De esta manera contemplamos que este concepto es bastante amplio y completo, en relación a lo que se debe de entender como Medida de Seguridad. De lo anterior podemos decir que el tipo descrito en el artículo 366 bis del Código Penal, tiene como interés jurídico, el de proteger a la unidad familiar y directamente la seguridad e integridad del menor.

2.9 CONCURSO DE PERSONAS (PARTICIPACION).

Antes de entrar en el estudio de la participación de sujetos activos en el presente delito, es necesario diferenciarla del concurso necesario eventual de sujetos, siendo ésta la que tiene trascendencia para nuestro estudio, ya que el concurso necesario precisa la intervención de varios sujetos implícitos en el tipo legal, en cambio el concurso eventual puede no llevar implícito en la norma penal la intervención de sujetos activos.

Es por esto que vemos que en el delito intervienen una gama de sujetos activos que impulsados por un tipo de falta de atributos morales llegan a comerciar por una ganancia económica con los menores de edad, ya sea muchas veces con la aceptación del que ejerce la patria potestad o de los que tienen a su cargo la custodia de un menor, o en muchas ocasiones sin el consentimiento de dichas personas, llegando a ser de tal actividad su modo de vida, desintegrando así el núcleo familiar que es importante en la configuración de los menores.

Es así como primeramente haremos un estudio de la participación, tomando como base las opiniones de diferentes tratadistas en el campo de la materia penal, por lo que comenzaremos con el maestro argentino Eusebio Gómez quien al respecto de la participación, manifiesta que cuando en la comisión de un delito determinado, intervienen dos o más personas, se dice que existe participación criminal, salvo el caso de que la pluralidad de agentes esté

compuesta por la propia naturaleza del hecho, de tal modo que la asociación ilícita, el duelo, la rebelión, el adulterio, constituyen otro tanto de ejemplos de delitos en que la intervención de varios no implica participación en sentido estrictamente jurídico.

La participación en aquel sentido, supone el acuerdo entre los partícipes, implica el concurso de los mismos a la verificación del delito y puede ser anterior, simultáneamente o posterior a éste. La cooperación posterior, que es una de las formas de complicidad prevista por nuestro Código en su artículo 46 (Código Penal Argentino), no tienen el carácter de verdadera participación, sino cuando es prestada en cumplimiento de promesas anteriores.

Los hechos que representan las diversas hipótesis del delito de encubrimiento, previstas en el artículo 277 del Código Penal (Argentino), no tienen el significado de la participación criminal.

Cuando tales hechos se producen, el delito que se trata de encubrir ya se ha cometido y la ayuda que éstos pueden importar no obedece a la promesa anterior.

La participación se integra por la presencia de dos elementos uno moral y otra material, ambos esenciales.

Constituye el elemento moral, el acuerdo de voluntades para cometer un delito determinado.

Constituye el elemento material, los actos externos representativos, por lo menos de una comisión de ejecución del delito.

Con lo anterior, se entiende que la tentativa de un delito puede ser cometida en participación, pero que no existe tentativa de participación.

El mandato y el acuerdo para cometer un delito determinado cuando no son seguidos de una ejecución, así como el mandato para el mismo fin, que no sea aceptado, no implica participación, por ausencia del elemento material, aunque deberían ser sancionados dentro de un sistema penal defensista coincidente con el principio de la peligrosidad.⁷⁸

Por lo que la participación consiste en el acuerdo voluntario de cooperación por parte de varios sujetos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera de dicha pluralidad de sujetos para su integración.

Santaneillo señala como requisitos de la participación:

- a) Pluralidad de agentes.
- b) Realización de la acción prevista en la norma.
- c) Nexa causal entre la acción de cada concurrente y el resultado, y
- d) Voluntad de cooperar en la comisión del delito.⁷⁹

EL CONCURSO NECESARIO Y EVENTUAL DE SUJETOS.

El jurista alemán Edmundo Mezger, conceptualiza el concurso necesario de sujetos cuando enseña que: "participación necesaria se entiende la circunstancia de que ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas".⁸⁰

⁷⁸ Cfr. Eusebio Gómez. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1939. ps. 485 y 493.

⁷⁹ Cfr. Francisco Pavón Vasconcelos. *op. cit.* ps. 456 y 457.

⁸⁰ Edmundo Mezger. *op. cit.* p. 323.

Con respecto a esto, Pavón Vasconcelos explica que: "para centrar en el lugar debido al problema de la participación Maggiore empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente pueden realizarlo varios, es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del hecho por una pluralidad de personas.

Hecho lo anterior debe separarse el concurso necesario, en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual, en donde sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina "eventual o participación propia".⁶¹

De esto se desprende que la participación (o concurso eventual de sujetos), requiere para su configuración:

1. De una unidad en el delito y
2. Pluralidad de agentes.

Por lo anterior se puede decir, que se estará ante un concurso necesario: cuando exige para su integración de una pluralidad de agentes al grado tal que si no se da existirá atipicidad. De tal manera que cuando el delito puede consumarse por uno o varios sujetos, indistintamente y ocurra esto último estaremos ante la presencia de un concurso eventual o participación propiamente dicha.

⁶¹ Francisco Pavón Vasconcelos. *op. cit.* p. 459.

FORMAS DE PARTICIPACION.

Las formas de participación en el delito son:

AUTORES. Es autor del delito el que lo ejecuta realizando los elementos que integran su figura penal.

Lo anterior es una concepción tradicional y es ésta la que inspira nuestro Código Penal, la cual considera como autor sólo al que realiza por sí mismo y directamente el tipo penal del delito, los demás participantes si los hay, no serán punibles en concepto de autores, sino como inductores o auxiliadores o cómplices. Esta es la noción llamada restrictiva. En contra de esta teoría se ha presentado en los últimos años (principalmente en la doctrina alemana), una concepción denominada extensiva, según la cual es autor todo el que interviene en la producción del hecho con una actividad causal, a menos que tal intervención se concrete en forma específica de participación como inducción o complicidad.

De estas dos concepciones, la restrictiva es la más certera, pues inspirándose en el principio de la legalidad de los delitos suministra al Juez elementos de juicios claros y concretos para fijar el grado de participación del agente, mientras que la extensiva por su vaguedad favorece la incertidumbre.

Cuando el hecho punible no se realiza por el agente de modo personal y directo sino acudiendo a fuerzas vitales extrañas a su persona, que emplea a modo de instrumento para su perpetración en la doctrina científica se habla de autor mediato.

COAUTORES. Son los que con la común intención de cometer un delito realizan los elementos que integran su figura penal.

INDUCCION. La inducción o instigación es el influjo intencionalmente realizado sobre una persona para determinarla a la comisión de un delito. presupone una persona, el inductor, que instiga o induzca a otra a la ejecución de un delito (autor intelectual o material lo denominan los penalistas clásicos), y otra, el inducido, que ejecute materialmente el delito (autor material).

Para que el inductor sea punible será necesario un principio de ejecución.

La inducción ha de ser intencional, por consiguiente el inimputable (por ejemplo el loco) como incapaz que es de obrar con intención, no puede inducir. El inductor, como el autor material ha de tener conocimiento de las circunstancias del hecho así como la ilicitud del acto al que induce, no es preciso que el inducido sea plenamente responsable, los individuos parcialmente imputables pueden ser también inducidos.

El inductor debe instigar a la ejecución del delito, lo bastante que se incite a una vida criminal, que instigue a delinquir en general.

Si el inducido ejecuta hechos no comprendidos en la intención del inductor, no pueden ser imputados a éste, pues sólo responde dentro del ámbito de lo querido, a menos que aquellos hechos sean consecuencia de los queridos y previstos por el inductor.

En cuanto a la inducción no seguida de efecto, cuando el inducido rechaza la instigación, o si después de aceptada no ejecuta el hecho al que fue inducido, se ha sostenido la impunidad del instigador alegando que no hay delito, pues sólo existe autorización de una intención delictuosa, sin acto alguno de ejecución. Pero teniendo en cuenta la peligrosidad del inductor,

algunas legislaciones la someten a una medida de seguridad, le imponen una pena.

La instigación puede ser revocada por el instigador y lo exime de la pena si la revocación es conocida por el instigador.

LA FORMA DENOMINADA AYUDA O AUXILIO. Además del hecho criminoso principal, se presentan otros de menor importancia encaminados a facilitar su ejecución. Al que ejecuta la acción principal, se le denomina delincuente principal, a los que ejecutan acciones secundarias, se les denomina cómplices. Mientras el autor es causa eficiente, el cómplice no lo es. La complicidad puede ser moral y material, aquella consiste en el hecho de instruir al delincuente prometiéndole ayuda para su perpetración o para facilitar su impunidad; la complicidad es material, cuando se presentan medios materiales para la realización del hecho, o cuando se interviene en su ejecución mediante actos que no sean los propios y característicos del delito.

El cómplice, opinan los criminalistas de la escuela clásica, debe de ser castigado con pena inferior a la correspondiente al delincuente principal, pero cuando su intervención haya revestido tal trascendencia que sin ella no se hubiera cometido el delito, entonces debe de ser con igual pena que aquel. Pero las modernas escuelas inspirándose en un criterio subjetivo han abandonado esta concepción accesoria de la complicidad. Asimismo algunos Códigos modernos siguen esta concepción.

La llamada complicidad negativa, la actitud de quien tiene conocimiento de que un delito va a ser ejecutado, o de que se está ejecutando, y nada hace para evitar su ejecución, no constituye participación, amenos que con la conducta pasiva se violare un específico deber jurídico de obrar, como en el caso del funcionario de la policía judicial que presencia la comisión de un robo, pues

en tal caso el omitente es un verdadero partícipe en el delito realizado por el ejecutor.⁶²

Partiendo de lo anterior se desprende que en orden a los autores que intervienen en la comisión del delito, la participación puede ser:

1) INTELLECTUAL.

Cuando el autor induce o compele a otro al delito.

2) MATERIAL.

Cuando el autor es aquel quien físicamente ejecuta el hecho descrito por la ley.

3) POR COOPERACION.

Cuando el autor presta auxilio ideal para que se pueda llevar el fin delictivo propuesto.

A) AUTORIA.

que puede ser mediata o inmediata.

B) COMPLICIDAD.

que es el auxilio que se da para la comisión del delito.

Dentro del artículo 13 del Código Penal, se encuentran descritas las formas de participación, manifestadas antes de la perpetración consumativa del delito (acción de inducir o compeler) o en el momento de la ejecución (auxilio o cooperación de cualquier especie para las mismas) o los que en casos previstos por la ley, auxilian a los delincuentes una vez que estos efectuaron su acción delictuosa, ello salvo el caso del delito de encubrimiento previsto en el numeral 400 del ordenamiento punitivo.

⁶² Cfr. Eugenio Cuello Calón. *op. cit.* ps. 628-633.

EL ENCUBRIMIENTO, respecto de esta, se puede afirmar que el Código Penal vigente lo considera como una forma de participación.

Una vez precisado lo anterior y por lo que respecta al delito en estudio, se señala que existe el concurso necesario de sujetos que intervienen en su comisión, ya que dicha pluralidad de sujetos activos, es requisito indispensable para la configuración típica mencionada, siendo así que se pueden presentar diversas formas de participación delictiva.

2.10. CONCURSO DE DELITOS.

"La pluralidad de hechos delictuosos cometidos por una misma persona, que ninguno de ellos haya motivado una condena, es lo que en el tecnicismo del derecho penal se conoce con el nombre de concurso de delitos. La circunstancia de no mediar una conducta anterior es lo que distingue de la reincidencia al concurso de delitos".⁶³

"La teoría del concurso se ocupa de la pluralidad de enjuiciamiento jurídico-penal, frente a un solo hecho punible. En tanto que en la participación intervienen una pluralidad de personas de en un solo acto punible del autor, o bien una pluralidad de enjuiciamiento jurídico-penal frente a un solo hecho punible del autor, o bien una pluralidad de hechos punibles que ésta sola persona ha cometido".⁶⁴

Se habla de concurso de delitos, cuando en un mismo agente concurren varias autorías delictivas, o en otras palabras, cuando un mismo sujeto es autor de varias conductas o hechos penales.

⁶³ Eusebio Gómez. *op. cit.* p. 507.

⁶⁴ Edmundo Mezger. *op. cit.* p. 325.

El concurso de delitos puede ser de dos formas, de las cuales se estudian en los siguientes incisos.

2.10.1. CONCURSO IDEAL

Existe concurso ideal cuando el agente, con un solo hecho infringe más de una norma penal. Se entiende por hecho la acción u omisión prevista como delito, comprendido el efecto que integra éste. Se presenta el caso cuando una persona con el fin de obtener un beneficio económico de una institución decide elaborar un cheque falso, en primer lugar se ésta ante un delito de falsificación de documentos y posteriormente ante el delito de fraude, al utilizar aquel documento como medio para obtener el lucro ilícito. Esta es la finalidad única perseguida por el agente; y la comisión de su parte de las dos infracciones, aunque implica una realidad material, se traduce en un solo hecho que es el que constituye el objeto de la actividad criminal.

Las dos infracciones aparecen en concurso, que no es sino aparente.

Cuando se trata de la represión del concurso ideal de delitos, se discute acerca de la posibilidad de imponer al agente las sanciones que corresponden a cada una de las infracciones a que dio lugar su actividad criminal o sólo la que está estatuida en el hecho que cometió.

La doctrina corriente prescribe que en el caso de concurso ideal la sanción será agravada, pero no en los términos de la acumulación material de las que corresponden a todas las violaciones de la ley producidas; sino aplicando la más grave de las que establezcan las disposiciones legales infringidas.⁸³

⁸³ Cfr. Eusebio Gómez. *op. cit.* ps. 508 y 509.

Es decir, para que exista concurso ideal, se requiere necesariamente la unidad de fin, de tal manera que si el sujeto, se propone fines diversos, realiza una sola acción de la que resultan varios delitos diferentes, entonces no puede hablarse de concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos.

2.10.2. CONCURSO REAL.

El concurso real o material, produce la acumulación de sanciones

"Existe concurso real de delitos, según la doctrina, cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, sino ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita".⁶⁶

"Por lo que hace a la punición del concurso real de delitos se presentan tres sistemas:

1. El llamado de la acumulación material de todas y cada una de las penas correspondientes a los diversos delitos que cometió. Este es un sistema inspirado en un puro sentido expiatorio. Si son varios los resultados, si son varias las acciones, ésta conforme con la lógica y a la justicia que el agente soporte la carga de cada uno de los delitos.

2. El denominado de la absorción, conforme a éste la pena del delito mayor absorbe la correspondiente a los delitos de menor gravedad.

3. El llamado de la acumulación jurídica, que representa un sistema intermedio entre el de la acumulación y el de la absorción.

⁶⁶ Francisco Pavón Vasconcelos. *op. cit.* p. 485.

En la acumulación jurídica, se debe de tomar como una base para la imposición de la sanción la pena del delito más grave, pero se puede aumentar la misma en relación con los demás delitos de acuerdo a la personalidad del delincuente, a las formas de ejecución de los ilícitos, condiciones de ejecución de éste, etcétera.

Nuestro Código Penal parece adoptar la teoría de la acumulación, en virtud de que de la letra del artículo 64 de dicho Código podemos establecer que en el caso del concurso real se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, señalando dicho artículo, sin que exceda de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero.

Al criterio de la acumulación, se le considera excesivamente severo, pues al respecto se ha dicho que con la aplicación de varias penas corre la intensidad de cada uno de ellos, por el contrario el sistema de absorción de la pena menor por la mayor es injusto y constituye una excitación a delinquir, pues asegura la impunidad de los nuevos delitos que se cometen, siempre que se castiguen con menor pena. Así a modo de transacción jurídica, sobre la cual el culpable de varios delitos, debe de imponerse una pena superior a la correspondiente al delito más grave en atención a los demás delitos que ejecute.

La escuela positiva considera el concurso real de delitos como una manifestación de mayor temibilidad del delincuente, identifica a la reincidencia, que debe determinar una agravación de la pena.

En la parte segunda del artículo 18 del Código Penal, se dispone: "Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".

Respecto a la figura en análisis es de señalarse que puede presentarse tanto el concurso ideal como real, dependiendo de la forma como se realice la conducta ilícita.

2.11. FORMAS DE PERSECUCION DEL DELITO

Los delitos en forma general, en cuanto a su forma de persecución, se clasifican en dos grupos que son:

2.11.1. DE OFICIO.

Son de oficio los delitos que para su investigación únicamente basta el simple conocimiento de la autoridad o la denuncia para iniciar el procedimiento.

2.11.2. DE QUERELLA.

Serán de querella los delitos que requieran de la denuncia del afectado para su persecución, y el procedimiento podrá suspenderse, mediante el perdón otorgado por la víctima.

Por lo anterior diremos que el delito de Tráfico de Menores es un delito de Oficio, ya que basta que la autoridad tenga conocimiento de un hecho delictivo para iniciar el procesamiento correspondiente.

Una vez concluido el presente estudio, procede entrar al desarrollo de un tercer capítulo, en el cual se analiza algunas consideraciones especiales en torno al delito que se estudia.

C A P I T U L O T E R C E R O

CONSIDERACIONES ESPECIALES EN RELACION AL TIPO EN ESTUDIO.

La realización de un análisis dogmático, previo el estudio de los aspectos generales que conforman al fenómeno social del Tráfico de Menores, son la base para referirnos a "algunas consideraciones especiales" en relación al tipo penal en estudio, a fin de no dejar incompleta la presente investigación.

Por lo anterior, cabe hacer referencia a los factores que influyen en torno al delito, así como su aplicación con la figura penal en comento.

3.1. FACTORES QUE INFLUYEN EN TORNTO AL DELITO.

Para determinar cuáles pueden ser los posibles factores que influyen en la comisión del delito de Tráfico de Menores, es necesario establecer la diferencia entre CAUSA y FACTOR; de ahí que se hace uso de las siguientes definiciones.

La definición de CAUSA criminógena, de acuerdo al concepto de las Naciones Unidas, es "la condición necesaria sin la cual un cierto comportamiento no se habría jamás manifestado".⁸⁷

Esta definición explica claramente que para que exista una conducta antisocial, es necesario que tenga antecedentes, que serán precisamente aquellas situaciones que se dan previamente a las conductas estudiadas, pero como consecuencia lógica, si existe una causa, también existe un efecto, para la Criminología, ese efecto será la conducta antisocial.

Existen también causas inmediatas, las que anteceden casi al instante de las conductas antisociales, pero también existe la causa mediata, que son aquellas que son más distantes pero que también están relacionadas con las conductas antisociales. A la Criminología le interesa estudiar a ambas, ya que éstas se relacionan entre sí, y en ocasiones no es una sola causa, sino varias las que juegan un papel importante.

Ahora bien, se debe de entender por FACTOR criminógeno "todo elemento objetivo que interviene en la producción del fenómeno criminal".⁸⁸

Por lo tanto la diferencia entre factor y causa criminógena, es que el factor favorece la comisión de conductas antisociales, mientras que la causa produce las conductas antisociales; por lo que resulta conveniente hablar de las clases de factores.

⁸⁷ Luis Rodríguez Manzanera. *Criminología*. Séptima edición Editorial Porrúa. México, 1986. p. 460.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 464.

CLASIFICACION DE FACTORES.

a) Predisponentes. Significa disponer anticipadamente algunas cosas o el ánimo de las personas para un fin determinado. Los factores predisponentes son de naturaleza endógena y pueden ser biológicos o psicológicos.

b) Preparantes. Son generalmente exógenos, es decir vienen de afuera hacia dentro, pueden ser sociales; también pueden ser de naturaleza mixta.

c) Descencadenantes. Es aquel que precipita los hechos, es el punto final de la conducta antisocial, es el último eslabón de la cadena. Este factor puede ser el más mínimo detalle o situación, que como su nombre lo dice desencadena la conducta-antisocial. El factor desencadenante puede ser interno o externo.

Existen otro tipo de factores, como son el activante, que es aquel que motiva la conducta; y el inhibidor, que es aquel que controla o reprime el activante o la conducta.

FACTORES ENDOGENOS Y EXOGENOS.

Tomando en cuenta que un factor criminógeno es todo aquello que favorece a la comisión de conductas antisociales, y que en un momento dado pueden convertirse de factor a causa, es por ello que éste es uno de los temas clave de la Criminología.

Los factores criminógenos se dividen en dos:

- a) Factores Exógenos, y
- b) Factores Endógenos.

3.1.1. ENDOGENOS.

Los factores Endógenos, son aquellos que se encuentran dentro

del sujeto, es decir lo que el individuo lleva dentro de sí; por ejemplo la herencia genética, el factor cromosomático, el factor neural, etcétera.

Ahora bien los factores Exógenos, son los que de algún modo tienen mayor relevancia, cuando menos para los efectos del presente trabajo.

3.1.2. EXOGENOS.

Los factores Exógenos son aquellos que se producen fuera del sujeto. Dentro de éstos se encuentran los llamados factores sociales, que se refieren a la sociedad en la que vive el sujeto, por ejemplo: la familia, el barrio donde vive, la escuela, etcétera.

Cabe advertir que si la familia está desintegrada o bien integrada, esto mismo se manifestará a lo largo de la vida del individuo, como lo analizaremos posteriormente.

Ahora bien, como se mencionó dentro de los factores exógenos, la FAMILIA, constituye una fuente para el desarrollo de circunstancias determinantes, mismas que influyen en la personalidad del o de los individuos en general; y en base a ello, dependiendo de la personalidad que el sujeto adquiera, esta misma en un grado de reciprocidad repercutirá en el tipo de conducta que desarrolle el sujeto, pudiendo tornarse de social a antisocial, mismas situaciones de las que se hablará en lo subsecuente.

3.2. EL NIÑO Y LA FAMILIA.

El niño se puede entender como un elemento integrante de la actividad de la familia que se da en un hogar determinado. El niño va surgiendo, desarrollándose y madurando dependiendo de una serie de factores que van a influir en él, en forma definitiva, incluyen-

do aquellos acontecimientos que anteceden a su nacimiento, como lo es la forma en que los padres esperen a su hijo, ya que esto es parte esencial para su formación a futuro.

A nivel mundial los políticos han concordado en sostener que la familia es la base de la sociedad y como sea la gente será la nación. Por lo anterior son de especial cuidado las familias de nuestro tiempo, así como los hijos ya que ellos son los individuos que en el futuro regirán a nuestra patria.

Ahora bien, como se ha enmarcado anteriormente, la familia se encuentra ubicada dentro de los factores exógenos en virtud de que se encuentra fuera del individuo, es decir que pertenece a la sociedad y como ya se manejó a lo largo del presente trabajo, la familia es el pilar fundamental de nuestra sociedad, si ésta presenta anomalías repercutirá directamente a sus miembros e indirectamente a la misma sociedad.

FRAGMENTACION DE LA FAMILIA.

Es importante hacer mención de algunas de las principales razones por las cuales se puede ver afectada la armonía de una familia, para así tener una visión general de sus efectos, claro sin omitir lo relativo al tema de nuestra investigación.

a) La ausencia de los padres. Es el más grave trastorno de la estabilidad familiar, puede ser absoluta o temporal. En la primera hipótesis, ya sea el padre o la madre han muerto, o bien dejado abandonado definitivamente el hogar. En la siguiente hipótesis, la ausencia puede ser originada por el trabajo de alguno de los padres, pero con la variante de que el centro de trabajo queda lejos totalmente del hogar.

Estas anomalías traen como consecuencia un desequilibrio emocional, aunado a otra serie de problemas, lo que puede en

conclusión desencadenar el hambre y la miseria en estos núcleos familiares; cuando falta la madre, los lazos de afectividad desaparecen, los hijos no tienen una supervisión, propiciando así, un ambiente callejero para los hijos asimilando hábitos negativos, esto debido a la falta de sentido crítico.

b) Suplencia de los padres. A menudo el cónyuge sobreviviente tiende a unirse con otra persona, para así llenar el vacío que existe, nace en tal caso la figura del padrastro o la madrastra, si estos pretenden suplir al padre o la madre, según las circunstancias es difícil de que encajen de hecho en el sistema disciplinario y afectivo de la familia, por tanto se producen numerosos conflictos. Los hijos casi de manera sistemática rechazan al padrastro o a la madrastra, pues los consideran como intrusos, situación que al transcurrir del tiempo se complica aún más.

Cuando llegan nuevos miembros a esta familia obviamente los padres manifiestan mas afectividad hacia ellos, esto produce conflictos con los hijos antiguos, quienes se sienten desplazados, con lo cual se producen malos entendidos, se crean rencillas leves en principio pero incluso se puede llegar a la fuga.

Es por tanto muy difícil suplir el papel de la madre o del padre, pues aunque se pretende aceptar a los hijos, se cae en el error de conquistarlos de inmediato e incluso si estos son menores, pueden llegar a hacerse comparaciones; o bien si se casan tendrán como mentalidad de que los hijos son un estorbo y buscaran la menor oportunidad para deshacerse de ellos.

El conflicto se agrava aún mas, cuando el padre o la madre prefieren a la madrastra o el padrastro respectivamente, pues los hijos se sienten relegados y se producen conflictos muy graves emocionalmente.

c) Quizá una de las más difíciles situaciones se presenta cuando existe una desarmonía en el hogar; pues a menudo se dan pequeños problemas como: excesiva tolerancia hacia el comportamiento discoló de los hijos, rigorismo exagerado (castigos violentos), constantes riñas entre los cónyuges, malos ejemplos, (alcoholismo, juego de azar, vagancia, mendicidad, etcétera), rompiendo y debilitando los lazos afectuosos entre padres e hijos.

Son graves e importantes las consecuencias que se generan entre los hijos, cuando el niño se siente injustamente tratado, cuando no tienen seguridad y el cariño necesario, cuando las demostraciones afectivas que se manifiestan no son advertidas, se siente solo, desamparado, incomprendido. Ante esta situación el niño puede pretender captar la atención de diversas formas: altanería, desobediencia, riña, desaplicación escolar, etc.

d) Otro conflicto que merece atención comentar, es precisamente la calidad del hijo legítimo e ilegítimo.

Como antecedente de este problema, los padres de estos hijos presentan una inconsistencia, una inmadurez que con frecuencia están aunados a conflictos económicos, pues se encuentran en la miseria, en el hambre, la ignorancia, problemas de salud serios, etcétera, trayendo como consecuencia la falta de atención a los hijos, la escasa o nula escolaridad de éstos al no tener los elementos necesarios o mínimos para subsistir, los hijos se van orillando a cometer el robo famélico en el menor de los casos.

Cabe señalar que lo expuesto anteriormente tiene honda relación con el delito en estudio, sin embargo el respectivo comentario se hará al final de la presente información con el fin de comprender aún mas la importancia de la figura delictiva en análisis.

La escasa atención y comunicación por parte de los padres, cuando llegan a la adolescencia sus hijos, usan como pretexto, el que trabajan y no tienen tiempo, propicia que el adolescente busque amistades fuera del hogar, aunque éstos puedan ser negativos.

Quizá lo que más afecta al hijo ilegítimo, son las humillaciones, malos tratos y discriminaciones, que recibe, provocando con ello traumas, frustraciones y resentimientos contra la sociedad, ya que ella es la productora del amor ilegítimo de sus padres, y son los únicos que directamente son víctimas.

e) Finalmente, es notoria la frecuencia de conductas antisociales y delictivas de personas que provienen de familias muy numerosas o bien son hijos únicos.

La estratificación económica, social y cultural, que existe en la población, aunado a los numerosos miembros con que cuenta una familia, propicia que los padres no vigilen adecuadamente a sus hijos, pues también se producen relaciones conflictivas fraternales, lo que facilita su criminalidad.

Afecta en el hijo único, la ausencia de hermanos que permitan crear y desarrollar las relaciones interpersonales más o menos homogéneas. La exagerada tolerancia en la disciplina familiar, la falta de experiencia de una vida normal en lo relativo a las relaciones que implica el reconocimiento de los derechos ajenos, trae como consecuencia un desarrollo mental enfermizo y posiblemente neurótico.

"Todas las consideraciones precedentes llevan a concluir, que las alteraciones en la vida familiar producen un desequilibrio más o menos acentuado en los hijos, que a su vez, ejerce una influencia desfavorable sobre su comportamiento futuro; en el estudio de las causas y factores de la criminalidad infantil, juvenil y adulta, no

pueden determinarse, pues, el papel que juegan los fenómenos familiares es determinante".⁹⁹

Por lo anterior la familia, es la primera que tiene el deber y la obligación de dar al niño cuidados, educación y cariño; y si por otras circunstancias no se brindan estas adecuadamente, el niño será el único afectado, así como en su etapa de adolescencia, donde si la escuela o la propia familia, omiten atenderlo oportunamente serán presa fácil para que en su vida futura delinca. De esto hablaremos a continuación.

3.3. EFECTOS QUE PRODUCE LA COMISION DEL DELITO EN EL MENOR.

Resulta de gran interés hacer mención de los efectos que ocasiona la comisión del ilícito en comento, con respecto al sujeto pasivo del mismo, de tal manera, que el estudiar a dicho fenómeno social desde un punto de vista criminológico, es la pauta para emprender el desarrollo de los siguientes puntos.

3.3.1. TENDENCIA CRIMINOLOGICA.

Analizar al delito de Tráfico de Menores, bajo el enfoque de la criminología, implica cuando menos hacer mención al objeto de estudio de dicha ciencia.

Así pues, citando al maestro Luis Rodríguez Manzanera, tenemos que: "el objeto de estudio de la Criminología son las conductas antisociales y por tanto los sujetos que las cometen".⁹⁹

Ahora bien, para precisar lo anterior, es necesario distinguir cuatro tipos de conductas: social, asocial, parasocial y la

⁹⁹ Alonso Reyes E. *Criminología. Unidad Externado de Colombia*. Colombia. 1979. p. 164.

⁹⁹ Luis Rodríguez Manzanera. *op. cit.* p. 16.

antisocial, mismos que nos referiremos una a una en relación con el menor.

3.3.2. EL MENOR BAJO UNA CONDUCTA SOCIAL.

Para comentar este punto, se requiere establecer lo que es una conducta social.

Una conducta, es todo comportamiento humano positivo o negativo en caminado a un fin. Ahora bien, lo que permite clasificar a la conducta es la forma en que ésta se lleva a cabo, de tal manera que es social, cuando cumple con las adecuadas normas de convivencia; es decir lo que no agrede en forma alguna a la colectividad, o dicho de otra manera que cumple con el bien común.

Cabe señalarse que la mayoría de las conductas que se describen dentro de la convivencia humana son de esta clase.

En lo concerniente a la aplicación de esta clasificación con nuestra figura delictiva, es de mencionarse que no es de gran relevancia, en el entendido de que aún cuando se cometa el delito a estudio transgrediendo en todo momento el orden jurídico establecido, las consecuencias que han de repercutir en el menor no son de inmediata notoriedad, toda vez que éste, dada su escasa edad, está dentro de un proceso de definición de personalidad, misma que necesariamente lo lleva a relacionarse y convivir, lo cual sólo lo logra a través de un comportamiento social, sin que aquí por el momento tenga mayores repercusiones.

Sin embargo, como se menciono, no debe quedar totalmente al olvido dicha forma de conducta, pues la misma puede ser influenciada y con ello tornar la conducta social del menor a una asocial, mismo tipo de conducta de la cual se habla en el siguiente punto.

3.3.3. EL MENOR CON UNA CONDUCTA ASOCIAL.

La conducta asocial es aquella que carece de contenido social, no tiene relación con las normas de convivencia ni con el bien común.

Ante el concepto de conducta asocial, podemos decir que ésta es susceptible de ser apreciada en el menor, pues después de cierto tiempo, como consecuencia de la realización del hecho ilícito, el menor quien es entregado en custodia definitiva, aún cuando pueda ser con encomiable fin, es decir, otorgándole los beneficios propios de un miembro de familia, puede darse el caso y por la experiencia así se afirma, que éste tendrá repercusiones en su personalidad, ya que si se atiende no sólo al hecho de cómo se produce la entrega de éste, y aún más las propias circunstancias en que se da, es obvio advertir que el menor no podrá ser tratado igual que a un hijo natural, situación misma que lejos de proporcionarle elementos o bases sólidas a fin de que se desenvuelva bajo un ambiente de crecimiento normal, su conducta después de ser social, se ira tornando en asocial, síntoma que ya de por si es de llamar la atención, pues lo sano sería que permaneciera bajo un comportamiento social.

Sin embargo, aún la conducta asocial, no tiene tanta relevancia como la parasocial, pues si bien es cierto, el menor deja de ser un individuo social, su estado inactivo de comportamiento, aún no es de peligro, pues simplemente deja de convivir (asocial), sin causar daño alguno, no así si su conducta se torna parasocial, misma de la que hablaremos a continuación.

3.3.4. TENDENCIA DEL MENOR A SER UN SUJETO PARASOCIAL.

Hemos dicho que el menor, al momento de su proceso de personificación, esto es, durante el período de su niñez a la adolescencia, inicia con una actividad social, pudiendo tornarse

la misma en asocial, pero dicha forma tan solo puede ser transitoria, sin embargo, si en torno a este tipo de comportamiento, el sujeto, en este caso el menor, se encuentra rodeado de factores que lejos de superar la actitud asocial, lo hacen proclive para que insista y mas aún, se sienta identificado con la misma, este hecho sin lugar a dudas se torna de mayor interés dentro de lo que es la criminología.

Ante esto, debe considerarse que un sujeto parasocial, es aquel que estando dentro del contexto social su comportamiento es diferente en comparación de aquel que sigue, la mayoría del conglomerado social, pues quienes desarrollan esta conducta no aceptan los valores adoptados por la colectividad, aunque no obstante a ello, tampoco los destruyen; es decir, si bien no realizan el bien común tampoco lo agreden.

Lo anterior también es fácil de concebir ante la realidad con que se presentan las anormalidades del comportamiento juvenil, personas que aún sin estar de acuerdo con los valores preestablecidos, tampoco lo atacan, pero su actuar es diferente dentro del conglomerado social, mismo del que no se alejan, sino que actúan en el, sólo que manifestando otro tipo de comportamiento.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la homosexualidad, la prostitución, la drogadicción, etcétera.

Se ha dicho, que la manifestación de este tipo de comportamientos es de sobresaliente interés para la criminología, pues este tipo de conductas está a un paso de convertirse en una de tipo antisocial, lo cual constituye el objeto de estudio de la Criminología, y en razón de esto se menciona el siguiente punto:

3.3.5. TENDENCIA DEL MENOR A SER UN SUJETO ANTISOCIAL.

Las distintas formas de conducta que se han estudiado con relación al menor, se enlistan dentro de un nivel de importancia, y la última clase, esto es, la conducta antisocial, posee el mayor grado de interés.

La conducta antisocial es aquella que va contra el bien común, esto es, que atenta contra la estructura básica de la sociedad, o dicho en otras palabras, destruye los valores fundamentales, lesionando de esta manera las normas elementales de convivencia.

Como se mencionó anteriormente, si el menor lejos de estar rodeado de circunstancias favorables se encuentra influenciado de factores negativos, su actuar después de haber iniciado de manera normal, (conducta social), experimenta un comportamiento asocial, y se torna éste en uno parasocial, este último constituye sin lugar a dudas la base para un tipo de conducta antisocial, misma que por sus repercusiones puede hacer del menor un delincuente.

3.4. POSIBLES SOLUCIONES.

Una vez que se han tratado aunque de manera somera lo relativo a los factores que intervienen en la comisión del delito, y en especial por cuanto hace a la influencia que posee la familia, así como el haberse hecho mención, de un enfoque criminológico en lo concerniente a los efectos que puede tener la comisión de la figura delictiva en estudio por cuanto hace al sujeto pasivo del mismo, esto es el menor; conviene a manera de señalamiento práctico y ante lo expuesto en el presente capítulo, hacer alusión, a cuales pueden ser en un momento dado, las posibles soluciones en torno al fenómeno social que se analiza.

Cuando se hizo referencia a los factores esenciales que intervienen en la comisión de los delitos en general, se resaltó la

importancia de la familia, la cual resulta ser la primera afectada, sin olvidar las consecuencias que en sí tenga el propio menor.

Ahora bien, como se estable, al ser la propia familia, ya no tanto la causa, sino más bien la principal fuente de factores que determinan el actuar (personalidad) de los individuos, al crear sujetos de sana convivencia social o directamente delincuentes; se puede afirmar que es al mismo tiempo, la raíz misma que en un momento dado permite erradicar los comportamientos negativos de los sujetos antisociales.

La delincuencia se origina por necesidad o por desarrollo, la primera puede ser de notoriedad inmediata y la segunda como producto de un proceso de desenvolvimiento social; en el primer caso: el delincuente en un momento dado está condicionado para actuar bajo dicho comportamiento, y en el segundo caso estamos frente a sujetos que por su trayectoria (infancia, adolescencia, juventud, madurez) vivieron y crecieron rodeados de circunstancias desfavorables (promiscuidad, falta de moralidad, de educación, amor y comprensión, inseguridad, rechazo, etcétera), y esto bien puede ser producto de una familia desintegrada, aunque cabe la aclaración, que no siempre las condiciones señaladas convierten a un sujeto en un ser antisocial, sin embargo, en la mayoría de los casos así sucede.

Ahora bien, todo lo anterior nos lleva a concluir que como una posible solución al problema planteado, lo sería el desarrollo de una familia normal, donde exista amor y comprensión entre los propios cónyuges, es decir que estos realmente se sientan identificados uno del otro recíprocamente, y como producto de esta comprensión, aceptación o adecuación, el amor a los hijos, quienes sin lugar a duda, son la máxima creación en un sentido universal, y la raíz misma de donde emana el principal objetivo y fin de la regulación de la conducta y creación de todo tipo de normas, pues

el Derecho existe por la existencia misma del hombre; de ahí que éste último es más importante que el primero.

Es así como la familia, pero rodeada y conformada de lo indispensable y sano, para que los miembros que la componen, vivan en una comprensible convivencia humana y social, constituye la principal solución al problema planteado.

No es la pobreza por si sola un factor criminógeno, pues aún en la riqueza se dan conductas antisociales; es más bien la actitud de los propios sujetos la que constituye por si misma el principal factor para delinquir, mismo que no se adquiere de la noche a la mañana, sino como se menciona tiene su origen en el seno de la familia, razón por la cual constituye el antídoto al propio mal que afecta a la sociedad.

C A P I T U L O C U A R T O

NECESIDAD DE INCLUIR EL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO.

Después de haber analizado los Aspectos Generales que conforman al delito de Tráfico de Menores, y como consecuencia de éste, la revisión dogmática por cuanto hace al artículo 366 bis del Código Penal para el Distrito Federal, así como contemplar algunas Consideraciones Especiales en torno al tipo penal en estudio, se llega al último capítulo que conforma la presente investigación.

Así pues, la elaboración del presente capítulo, en auxilio de los tres anteriores, representa en sí, la razón misma por la cual se desarrolla la investigación en global; de tal suerte que con el fin de proyectar la visión real que tiene el mismo, a continuación se habla en primer término, de la justificación, importancia y trascendencia que tiene el tipo penal en estudio, para que éste sea incluido en otras legislaciones.

4.1. JUSTIFICACION IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES, PARA INCLUIRLO EN OTRAS LEGISLACIONES.

Justificar es encontrar un porque, una explicación, una razón de ser de algo y en este caso, es respecto de la figura delictiva del Tráfico de Menores, pero ya no en relación a su existencia,

pues esto se trató con toda oportunidad en el primer capítulo del presente trabajo; sino más bien, en esta ocasión, es para hallar su cavidad, o inclusión en otras legislaciones punitivas.

Hacer alusión a una justificante, conlleva necesariamente a no dejar de prescindir de los aspectos importantes que integran a la misma, y como consecuencia de éstos, un estudio por cuanto hace a la trascendencia que puedan tener.

Por lo anterior, el estudio, de estos tres conceptos similares, consecuentes, pero no iguales, son la materia a tratar, con respecto a la inclusión del tipo penal en análisis, dentro de otras legislaciones.

Ahora bien, bajo el orden de ideas preestablecido, encontrar las razones por las cuales se debe incorporar la figura delictiva del Tráfico de Menores en otras legislaciones, implica al mismo tiempo, hablar de su importancia y trascendencia por lo que ante tal situación conviene hablar de las siguientes justificantes.

La inexistencia de una descripción típica, y por otra parte la realización de conductas indebidas sin sanción alguna, es sin lugar a dudas, es la principal razón que puede existir para que el tipo penal del Tráfico de Menores, sea integrado como tal en aquellas legislaciones que aún no la contemplan.

Concretamente las entidades federativas de Coahuila, Chiapas, Durango, Hidalgo, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Zacatecas, Veracruz, Tabasco, Sonora, Querétaro, Morelia, Colima, entre otras, así como el Estado de México, carecen de una descripción legal, en la que se tipifique el delito de Tráfico de Menores; razón por la cual debe de incluirse en sus respectivos ordenamientos punitivos a dicho delito, pues no debe quedar impune cualquier transgresión que afecte a los intereses ya no solo de particulares, sino inclusive también sociales, pues como se dejó

apuntado con toda oportunidad en capítulos anteriores, los efectos de la comisión de dicho delito, son de naturaleza trascendental en la común convivencia social.

Por otra parte, no solamente es la ausencia del tipo penal del Tráfico de Menores, la que nos lleva a justificar la inclusión del mismo en otras legislaciones, sino también el aseguramiento de una verdadera convivencia social entre los individuos, misma que descansa en bases sólidas de paz y de seguridad, pues no cabe el absurdo de imaginar dichas prerrogativas o garantías, ante un orden de desequilibrio bajo el cual se afecten intereses inalienables del propio ser humano, mismo quien constituye en todo momento, el principal ente jurídico de protección y tutela, más que en sus bienes y derechos, en su propia persona.

Por otra parte, se encuentra también la preponderancia de salvaguardar en todo momento la seguridad, la libertad y el bienestar de las personas, misma situación que sin lugar a dudas es consecuencia necesaria de la primera justificante, pero que de igual modo constituye una razón mas para que la figura delictiva del Tráfico de Menores se incluya como tal en aquellas legislaciones que aún no la contemplan.

Finalmente otra razón que sirve como justificante respecto del punto en comento, es la unificación familiar, institución que indiscutiblemente representa ante todo la base de la estructura y convivencia social.

Es así, como mediante el aseguramiento de una tutela estatal, por cuanto hace a una efectiva y sana convivencia familiar, mediante la implementación de sanciones a conductas contrarias al orden jurídico, se encuentra una vez mas otra gran razón y justificante para que sea incluida la figura penal del Tráfico de Menores, en aquellas legislaciones que aún no la contemplan, ello atendiendo como se ha recalcado, a que es el menor un integrante

esencial en el congregado familiar, y su separación a éste, repercute sin lugar a dudas, no solo en el propio menor, sino inclusive a la familia y por ende a la comunidad misma, todos ellos por ser parte de un mismo mecanismo, "la convivencia social".

Por todo lo expuesto, la inclusión de dicho delito se justifica más que por su inexistencia como tal en aquellas legislaciones que aún no la contemplan, por el hecho mismo de su realización, aunado de que al no tener pena alguna, repercute en todo el orden jurídico establecido por el Derecho en general.

Una vez que se ha hablado de las razones y por ende justificaciones para que sea incluido el tipo penal del Tráfico de menores en otras legislaciones distintas a la del Distrito Federal, se observa que el mismo posee por sí solo importancia y trascendencia.

El Tráfico de Menores no está sujeto a cometerse en un lugar y tiempo específico, de ahí que su sanción, no debe quedar sólo en la legislación punitiva del Distrito Federal, sino en todas aquellas que aún no la contemplan.

La protección a una institución tan elemental en la convivencia social como lo es la FAMILIA, tratése a ésta en su conjunto, padres e hijos, o únicamente en éstos últimos, es decir, propiamente los menores, tiene singular relevancia, pues su afectación en el más mínimo grado o sentido, repercute a un nivel superior; de ahí que el ilícito de Tráfico de Menores, represente en sí mismo una creación de suma importancia en favor de la salvaguarda de los intereses más esenciales y vitales que conforman a la sociedad humana.

Finalmente hablar de la trascendencia de la inclusión del delito multicitado, en otras legislaciones, encuentra en base a todo lo antes expuesto, sobrada explicación para su cometido; pues

todo aquello que por sí solo posee importancia y razón de ser, cobra necesariamente un grado de trascendencia.

Así las cosas, todo aquello que no puede quedar sin interés, y que por el contrario, dado su alto nivel de importancia, debe de ser atendido en todo momento y lugar, son la base para establecer la inclusión del tipo penal en estudio, en aquellas legislaciones que aún lo omiten, pues la trascendencia que el mismo posee, radica en su existencia y efectos que ocasiona, mismos que no permanecen estáticos, sino que por el contrario repercuten en la unidad de la FAMILIA, base esencial de la convivencia humana, y ante tal circunstancia traspasa las barreras del tiempo para seguir fungiendo como un hecho de sobrenatural interés jurídico.

Lo anterior lleva a establecer que la existencia de la figura penal en comento, no debe quedar restringida a un número determinado de legislaciones donde encuentra cavidad; sino por el contrario, debe ser incluida a todos los ordenamientos punitivos que conforman el territorio nacional, pues la comisión de dicho delito de ningún modo está reservado para determinada entidad federativa; de ahí que siguiendo la propuesta planteada y acordes a una sugerencia, se propone que ésta sea incluido en primer termino, al ordenamiento punitivo del Estado de México, por razones prácticas, las cuales se estudian en el siguiente punto.

4.2. INCLUSION DEL TIPO PENAL DEL TRAFICO DE MENORES EN LA LEGISLACION PUNITIVA DEL ESTADO DE MEXICO, COMO PAUTA HACIA LAS DEMAS LEGISLACIONES.

La inclusión del delito en comento en las entidades federativas que aún no lo contemplan, y en particular al Código Penal del Estado de México, obedece a razones eminentemente prácticas; toda vez que el Estado de México, es la entidad federativa circunvecina al propio Distrito Federal, situación geográfica, que representa

sin lugar a dudas, una razón práctica para que el delito en estudio se incorpore como tal a dicha entidad federativa.

Otra razón por la que se sugiere que en primer lugar se incluya el delito de Tráfico de Menores al Estado de México más que en otras legislaciones punitivas de la República Mexicana, es en función de que la comisión de dicha conducta ilícita en áreas circunvecinas al propio Distrito Federal, representa desde un punto de vista lógico, una oportunidad de ventaja, para quienes dedicados a tal proceder, encuentran de forma inmediata un amparo a su actuar, pues bastaría con que se realizara tal acción en la entidad federativa del Estado de México, para que dicha conducta no encuentre sanción específica.

Es decir, no obstante de que dicho delito está contemplado como tal en el Distrito Federal, el mismo bien puede no ser cometido en dicho lugar, pero sí en cambio, en el área circunvecina a éste, quedando impune tal proceder y ello en razón de que el mismo aún no está contemplado como tal en el Estado de México, lo que representa una total desventaja para la incriminación de tal proceder.

Ahora bien, el objetivo del presente trabajo, no es el señalar qué estados de la Federación, tienen un mayor grado de factores o circunstancias que propician o pueden propiciar la conducta ilícita como la que se estudia, sino más bien es el hecho de que antes de que se pueda percibir dichos factores o circunstancias, se debe de contar con la descripción de un tipo penal que sancione y por ende prevenga tal actitud antijurídica.

Por otra parte debe destacarse que lo importante es que a dicho delito se le incluya en aquellos ordenamientos punitivos que aún no lo contemplan, y que por inmediatez no sólo geográfica, sino también jurídica, sea en primer lugar en el Estado de México.

Finalmente para concluir con el presente inciso, conviene advertir la importancia que tiene el ubicar correctamente a dicho delito dentro del catálogo de conductas ilícitas.

4.3. SUGERENCIA PARA UBICAR AL TIPO PENAL DE TRAFICO DE MENORES EN UN SUBTITULO Y CAPITULO ESPECIAL DENTRO DE LA LEGISLACION PUNITIVA.

Sólo como una medida de utilidad práctica, es preciso hacer referencia a la adecuada ubicación que debe de tener la figura penal que se estudia, dentro del Código Penal del Distrito Federal, pues esto beneficia en la aplicación técnica del delito en particular.

Por lo anterior debe de considerarse que el catálogo de delitos que contempla el Código Penal, se ordena a través de capítulos y subtítulos, todos éstos atendiendo de algún modo no tanto al tipo de conducta que se describe, sino más bien en razón al bien jurídico que se protege a través de la norma penal.

Es de tomar en cuenta que el código Penal para el Distrito Federal, está dividido en dos libros, comprendiendo cada uno de éstos un número determinado de títulos, que a su vez alberga en forma correspondiente un determinado número de capítulos.

Así pues el Libro Primero del Código Sustantivo de la Materia, comprende desde un título preliminar, hasta seis Títulos, mismos en los que se hace referencia por decirlo de algún modo al aspecto estructural que conforma al Código Penal; en tanto que el Libro Segundo de dicho ordenamiento, contienen veinticuatro Títulos, bajo los cuales se alberga todo el catálogo de delitos que se describen en el mismo.

Ahora bien, el delito de Tráfico de Menores, que se encuentra previsto en el artículo 366 bis, correspondiente al Título Vigésimo

Primero, Capítulo Unico del Libro segundo; denominado "Privación Ilegal de la Libertad y de Otras Garantías"; y atendiendo a que el legislador se baso para su clasificación, en el bien jurídico que tutela respectivamente cada delito, es de señalarse como ya se apunto con anterioridad, que ciertamente el bien jurídico que tiene el ilícito en estudio, más que referirse a la libertad, tutela la integridad de la familia, de ahí que se considere inadecuada tal ubicación, pero que sin representar mayores inconvenientes y sólo atendiendo a fines prácticos, se sugiere que el mismo se ubique en un Título Especial, y por ende en un capítulo específico, que efectivamente albergue en el, delitos relacionados con la afectación a los intereses de la familia, tal como sucede con los delitos de bigamia, el incesto, el adulterio, el abandono de personas, el robo de infante, etcétera.

De tal suerte que debe de existir en el Código Penal del Distrito Federal, un Título Especial denominado: "Delitos contra la Familia", y dentro de este título un Capítulo Especifico, referente al Tráfico de Menores.

Sin embargo, como ya en otra ocasión se hizo referencia sobre la ubicación correcta de este delito dentro del Código Penal, en su respectivo catálogo de conductas ilícitas, dicha situación no es de trascendencia jurídica; pues lo que sí es importante, es que efectivamente está contemplado como tal, aunque como se señalo, convendría que éste tuviera una adecuada ubicación, sólo para efectos prácticos.

Por otra parte y ya que se habla de los efectos prácticos, es de tomar en cuenta los elementos constitutivos que conforman a dicho ilícito, ello con el fin de proyectar de algún modo el bosquejo que sirva de modelo, para introducir dicho delito, tanto en el Código Penal del Estado de México, como en aquellas entidades federativas que aún no lo contemplan, mismo punto del cual se habla en el siguiente inciso.

4.4. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE TRAFICO DE MENORES Y BOSQUEJO PARA SU ESTRUCTURA.

Antes de hacer mención a los elementos constitutivos que conforman al delito en estudio, es conveniente aclarar, que el mismo se realiza no bajo un aspecto doctrinario, sino por el contrario se parte de un punto de vista eminentemente práctico, de tal suerte, que hecha la advertencia en comento, se procede con el análisis de los siguientes elementos.

4.4.1. LA ENTREGA DE UN MENOR.

En toda descripción objetiva de cualquier delito, existe necesariamente un verbo a partir del cual el legislador encuadra la conducta ilícita del sujeto activo, y en el delito a estudio, radica en el hecho de una ENTREGA (por ende recepción), que se realiza respecto de un MENOR.

Ahora bien, siguiendo la metodología planteada, es de señalarse en qué consiste la antijuridicidad de tal proceder, pues no basta la sola entrega de un menor, para establecer la comisión de este delito.

Como se sabe, existe la adopción, figura jurídica familiar, por virtud de la cual se permite la entrega de un menor y por ende su recepción hacia un tercero, el cual podrá ejercer la patria potestad y la custodia sobre dicho menor, sin que esto implique un delito.

Así las cosas, el segundo elemento constitutivo, que es imprescindible para estructurar al delito en comento lo es la ILICITUD del verbo antes referido, mismo punto del cual se habla en el siguiente inciso.

4.4.2. DE MANERA ILEGITIMA (CON O SIN BENEFICIO ECONOMICO).

La entrega de un menor, pero que se realice de manera ilegítima, constituye el segundo elemento esencial para que se de el delito de Tráfico de Menores, pues sin lugar a dudas la ilicitud de dicha entrega radica tanto en el modo en que se lleva a cabo como en la finalidad misma de quienes lo realizan, en el primer caso porque omiten no solo acudir ante las autoridades competentes que deben conocer y resolver al respecto, sino incluso porque carecen de los requisitos exigidos para tal efecto, tal como lo es el simple acreditamiento de una capacidad moral y económica que asegure la sana convivencia del menor que se pretende entregar; y en el segundo caso la ilicitud se refleja ya no tanto en la omisión del cumplimiento de la ley, sino mas bien en la violación a esta, toda vez que si la entrega es con la finalidad de obtener un beneficio económico, dicho actuar es a todas luces evidentemente contrario a las normas establecidas; y aún en el supuesto de que tal entrega se hiciera sin la finalidad de obtener dicho beneficio, se estaría de igual modo ante una total ilicitud por las razones antes esgrimidas.

Ahora bien, no basta la acción de una entrega, así como que ésta sea de manera ilegítima (con o sin beneficio económico) respecto del menor, sino que también se requiere el fin perseguido en dicha entrega. acción que debe aclararse supone necesariamente una recepción, no se puede entregar nada a nadie si lo que se entrega no es recibido. asimismo, si se habla de entrega y recepción de antemano es de esperarse que se cuenta con capacidad de entendimiento lo que se traduce en un consentimiento por parte de las personas que intervienen en la realización de este fenómeno social. Por último, es de señalarse que tal actuar necesariamente tiene un fin, lo cual constituye otro elemento estructural en la comisión de dicho ilícito.

4.4.3. PARA LA CUSTODIA DEFINITIVA A UN TERCERO.

Una vez que se ha establecido que el delito en estudio precisa de la existencia de un verbo (entrega de un menor), así como la explicación del por qué, esta entrega no es lícita, sin duda constituye la base para delimitar lo delictivo de tal acción, pues además de la afectación que existe ante tal proceder, el hecho radica en el permitir la entrega de un menor de manera ilegítima, para que un tercero ejerza la custodia definitiva sobre éste.

Ante los elementos que se consideran estructurales para que se de el delito del Tráfico de Menores, conviene precisar que cualquier bosquejo que se realice describiendo tal conducta, no podrá prescindir de éstos, situación de la cual se habla en el siguiente inciso.

4.4.4. BOSQUEJO PARA EL TIPO PENAL DEL TRAFICO DE MENORES.

Hablar de un bosquejo para el tipo penal del Tráfico de Menores, cuando ya está descrito dentro del Ordenamiento Punitivo, no es por que se ignore al mismo, sino mas bien es para reforzar la estructura con que cuenta éste.

Ciertamente en el artículo 366 bis del Código Penal Vigente, se describe lo que en la práctica se ha denominado Tráfico de Menores, el cual consideramos sirve como bosquejo para que en aquellas entidades federativas que aún no lo contemplan, lo tomen como modelo y así incorporar dicha figura a su ordenamiento punitivo.

Por lo anterior, cualquier bosquejo del tipo penal en comento, podrá partir de los elementos estructurales antes mencionados, quedando la posibilidad de modificarse pero conservando siempre la esencia de estos mismos.

Así, respetando la descripción del tipo penal contemplado en el artículo 366 bis del Ordenamiento Punitivo, puede éste utilizarse como modelo, sin omitir la posibilidad de adicionarlo o modificarlo.

Puede ser que en algunas Entidades Federativas consideren la posibilidad de que dicho delito se persiga por querrela ante la existencia de determinadas circunstancias, hecho que sería respetado, o bien también cabría la posibilidad que otros legislaciones consideraran pertinente establecer una edad delimitada para quien figure como sujeto pasivo, mismo hecho que de igual manera sería válido admitirlo.

En otro caso, cabe también la posibilidad de que al tipo penal antes descrito se le ubique en un título especial, acorde a la esencia del bien jurídico en él tutelado, y que no por imitar a la legislación punitiva del Distrito Federal se admita contemplar dicha figura en un Título y Capítulo similar al que tiene ésto dentro de dicho ordenamiento.

Por todo lo expuesto, se afirma que el tipo penal descrito en el artículo 366 bis del Código Penal Federal, es un modelo a seguir para que dicho ilícito se incorpore en aquellas legislaciones que aún no lo contemplan, admitiéndose la posibilidad de ser modificado bajo las perspectivas antes expuestas.

No obstante de que ya se hizo mención a la justificación, estructura y bosquejo que posee el delito en estudio, a manera de complementación es conveniente tocar el punto del beneficio de la libertad ante la comisión de dicho delito.

4.5. EL BENEFICIO DE LA LIBERTAD EN EL DELITO DE TRAFICO DE MENORES.

Un punto que no puede pasar desapercibido dentro del análisis de la figura penal en comento, es el beneficio de la libertad para aquellas personas que cometen dicho ilícito, y ante esta perspectiva, conviene hacer mención de dos tipos de libertades, la que exige caución y la que la omite.

4.5.1. LIBERTAD CON CAUCION

En términos del artículo 20 Constitucional Fracción I, así como 269 fracción III inciso g) y propiamente en lo establecido por el Capítulo III artículos 556 al 574 bis todos del Código de Procedimientos Penales, se establece lo relativo a la Libertad Provisional Bajo Caución.

Ahora bien, no es posible tratar de manera exhaustiva dicho tema, por ser tan amplio y trascendental, sin embargo, lo que si se puede hacer es cuando menos establecer la procedencia o propiamente aplicación en lo conducente con la figura delictiva en estudio; y para ello, sólo es necesario establecer el estudio relativo a su aplicación, sin abarcar mas puntos, como sería los casos en que procede su revocación, formas de garantía, obligaciones, etcétera, esto por ser tema de otro estudio.

Ante lo expuesto, es imprescindible estudiar el contenido del artículo 556 de la Ley Adjetiva en comento, pues en el, se establecen los requisitos que se deben cumplir para obtener el goce de dicho beneficio.

Así pues, atendiendo a lo establecido en el numeral 556 de la ley procesal en estudio, tenemos que.

"Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

- I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño; Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;
- II. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;
- III. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de la ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y
- IV. Que no se trate de delitos que por su gravedad están previstos en el párrafo último del artículo 268 de este Código".

Una vez señalados los requisitos para obtener el goce de dicho beneficio, al estudiar el contenido del artículo 366 bis del Código Penal, mismo que describe el ilícito del Tráfico de Menores, se desprenden las siguientes consideraciones.

Como principal condición para poder obtener la libertad provisional bajo caución, tratése de cualquier delito, es que éste no sea uno de los considerados como graves, para lo cual basta con que no esté contemplado dentro de los que señala el artículo 268 de la ley Procesal en comento, y al haberse hecho una revisión de éste, se observa que el delito en estudio no es un delito considerado como grave, por ende es posible establecer el citado beneficio de la libertad.

Establecida la procedencia de la libertad provisional bajo caución para quienes cometan el ilícito motivo de la presente

investigación, sólo resta mencionar lo relativo a los demás requisitos como son el garantizar la reparación del daño y el monto estimado de las sanciones pecuniarias, cabe mencionarse que en el delito en comento no existe cuantificación de la reparación del daño, por lo que para obtener tal beneficio, se omite el fijar y garantizar tal rubro; no así en lo relativo a las sanciones pecuniarias, pues el ilícito a estudio prevé una sanción pecuniaria para quienes cometan tal conducta, de tal suerte que sí es necesario garantizar el monto de la probable sanción; y hecho una vez todo lo anterior, se estará en aptitud de obtener tal beneficio.

Ahora bien, la propia Ley Adjetiva de la Materia Punitiva, contempla otra forma de Libertad Provisional, la cual a diferencia de la antes mencionada ésta no precisa el exhibir alguna garantía para obtener tal beneficio.

4.5.2. LIBERTAD SIN CAUCION.

El artículo 133 bis de la legislación Penal Procesal, establece:

"Se concederá al inculcado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público o por el Juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que:

- I. No exista riesgo fundado de que pueda substraerse a la acción de la justicia;
- II. Tenga domicilio fijo en el Distrito Federal o en la zona conurbada con antelación no menor de un año;
- III. Tenga un trabajo lícito; y
- IV. Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional.

La presente disposición no será aplicable cuando se trate de delitos graves señalados en este Código".

Ahora bien, para establecer la procedencia o improcedencia de dicha libertad sin caución alguna con relación al delito motivo de la presente investigación, al igual como se hizo en el inciso anterior, es de tomar en cuenta el principal requisito que se establece en el citado numeral que contempla tal beneficio, y que en la especie lo constituye el hecho de que el inculpado que pretenda hacer uso de este derecho, requiere que el ilícito que se le impute, en base al término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años.

Ante lo expuesto, y atendiendo a las sanciones establecidas, ya que no es una sola la que se maneja en el delito de Tráfico de Menores, sino que se contemplan varias hipótesis de realización de tal conducta y por ende distintas penalidades para quienes lo realizan, es de señalarse que es posible obtener tal beneficio de la libertad sin caución, cuando quienes cometen dicho delito, su actuar lo encuadran dentro del párrafo tercero o cuarto del numeral que contempla tal delito.

Propiamente, cuando se realiza la conducta descrita en el artículo 366 bis del Código Penal, sin la finalidad de obtener un beneficio económico, o bien, para incorporar al menor a su núcleo familiar, dichas hipótesis ameritan una penalidad baja, las cuales se reducen de uno a tres años de prisión para el primer caso y hasta la cuarta parte de ésta para quienes lo hacen bajo la segunda hipótesis antes mencionada, de ahí que al no exceder ninguna de las dos hipótesis en el término medio aritmético la penalidad de tres años de prisión, resulta factible obtener tal derecho de libertad sin caución sólo para quienes cometen dicho ilícito de la forma antes mencionada.

Por cuanto hace a los demás requisitos que se establecen para obtener dicha libertad, éstos si son cumplidos en su totalidad, permiten alcanzar dicho beneficio, pero de entrada, como se menciona, de nada sirve acreditar dichos requisitos restantes, si el delito que se imputa excede en su termino medio aritmético a la pena de prisión de tres años, razón por la cual, sin duda alguna constituye la base para determinar si es posible o no obtener tal beneficio, dependiendo del delito de que se trate.

No se omite hacer referencia que por cuanto hace a que para obtener la libertad sin caución alguna, el delito que se impute no debe de ser grave, dicho señalamiento está por demás, pues es ilógico pensar que un delito calificado como grave no exceda en su termino medio aritmético de la pena a tres años de prisión.

En virtud de todo lo expuesto, se puede afirmar que el delito a estudio admite para quienes lo cometen, tanto la libertad provisional bajo caución y sin ésta, siempre que para este caso, se haya cometido el delito en términos del párrafo tercero o cuarto del numeral que lo describe.

Para finalizar con el estudio total del delito en comento, sólo resta hacer mención a un punto que se considera importante, y éste es por cuanto hace a la jurisprudencia.

4.6 JURISPRUDENCIA EN EL DELITO DE TRAFICO DE MENORES.

Aún cuando este tema es de sobresaliente interés, es de señalarse que todavía no existe jurisprudencia que hable respecto al delito de Tráfico de Menores, circunstancia con la cual se advierte la inexistencia de casos que ameriten la intervención de la Suprema Corte de Justicia.

Como se mencionó dentro del primer capítulo de la presente investigación, no es lo mismo ROBO DE INFANTE a TRAFICO DE MENORES,

por lo que no debe confundirse la jurisprudencia que existe con respecto al primer delito, el cual si ha sido motivo de interpretación por parte del Máximo Organó Jurisdiccional.

Se puede decir que en virtud del corto tiempo de existencia que tiene el delito en estudio, es la principal razón por la cual no existe jurisprudencia alguna que lo haya tratado, amén de los pocos casos que se han tratado y mas aún denunciado, sin omitir la ausencia de dicho tipo penal en una gran mayoría de las legislaciones punitivas que conforma el territorio nacional.

Ante las consideraciones antes vertidas se advierte no solo la inexistencia de jurisprudencia alguna que comente o trate al delito de Tráfico de Menores, sino también la falta de su interpretación, pues no sobra ni está por demás que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitiera jurisprudencia con relación a dicho delito.

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

PRIMERA: El Tráfico de Menores es una figura delictiva no solamente de reciente creación, con autonomía e independencia, sino que también es un delito totalmente distinto del Robo de Infante.

SEGUNDA: Del análisis dogmático practicado a dicha figura, se observa que es un delito cuya conducta consiste en una acción, siendo ésta la entrega y al mismo tiempo recepción que se realiza respecto de un menor, en el cual se admite la presencia de sujetos activos con o sin calidad específica, esto es, dependiendo de la hipótesis bajo la cual se encuadre, sin que por ello el menor como sujeto pasivo deje de tener precisamente esa calidad.

TERCERA: Con relación a la clasificación de los delitos, atendiendo al tipo penal, el delito en comento encuentra cavidad tanto en aquellos que son autónomos, como en aquellos que en base a su ordenación metodológica son especiales, por su composición en anormales y por su formulación en causisticamente alternativo, y en base al daño de peligro.

CUARTA: Atendiendo a la clasificación del delito en orden a los elementos del tipo, la figura delictiva en estudio tomando

en consideración al sujeto activo, admite ser tanto de sujeto común o indiferente como de sujeto especial, y en atención a su cantidad es necesariamente plurisubsistente, en tanto que en orden al sujeto pasivo es personal admitiendo la posibilidad de ser tanto unisubjetivo como plurisubjetivo de acuerdo a la cantidad.

QUINTA: Por cuanto hace al bien jurídico, es un delito de peligro, y formal en atención al objeto material; en relación al resultado es instantáneo con efectos permanentes o continuos y en cuanto a los medios de comisión es un delito de formulación libre y alternativa, anormal en su elemento normativo e intencional por cuanto hace a su elemento subjetivo.

SEXTA: Su antijuridicidad se plasma no sólo en la forma en como se lleva a cabo la conducta, pues se habla de una entrega ilegítima, sino también en el fin propio que radica en la obtención por parte de quien lo entrega de un beneficio económico dado por quien lo recibe, último sujeto que busca ejercer la custodia definitiva del menor.

SEPTIMA: Existe imputabilidad en los sujetos que cometen tal actuar cuando gozan de plena capacidad y entendimiento, lo cual implica que cuentan con las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental que les permite comprender y querer el resultado prohibido por la ley.

OCTAVA: La culpabilidad del delito en cuestión, radica en el juicio de reproche que se les formula a los sujetos que cometen dicho delito toda vez que cuentan con la capacidad de querer y entender el resultado prohibido por la ley.

NOVENA: En el delito de Tráfico de Menores no sólo están ausentes cualquier condición objetiva de punibilidad, sino que incluso no las admite por ser un delito de oficio y no de querrela.

DECIMA: El artículo 366 bis del Código Penal no sólo describe la conducta típica del Tráfico de Menores, sino que también contempla varias hipótesis de realización del delito en estudio, otorgándole una penalidad distinta para cada caso, la cual aumenta y disminuye dependiendo de la forma o fin perseguido en la realización del delito.

DECIMA PRIMERA: La figura penal estudiada admite la existencia de causas que permiten la ausencia de conducta, atipicidad, de inimputabilidad e inculpabilidad, sin que sean aplicables las de justificación así como la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, éstas últimas, por no contemplarlas el mismo tipo penal que describe a la figura delictiva en estudio y de igual modo tampoco admite la existencia de excusas absolutorias que eliminen la punibilidad del delito en comento.

DECIMA SEGUNDA: El Tráfico de Menores, admite la tentativa como forma de aparición de dicho delito, y en cuanto al concurso de delitos cabe tanto el concurso ideal como el real. Sólo admite como forma de persecución la denuncia, sin que por éllo pueda afirmarse que no es posible modificar su redacción para que sea un delito que admita la querrela bajo ciertas circunstancias.

DECIMA TERCERA: Como principal factor criminógeno determinante para que se de el delito en estudio, se encuentra a la familia, institución social, que constituye la base de la sociedad y que al mismo tiempo es desde un punto de vista deductivo, la solución al propio fenómeno del Tráfico de Menores.

DECIMA CUARTA: Como resultado de la investigación, se obtuvo que dentro del territorio nacional, existen un buen número de entidades federativas que omiten en sus ordenamientos punitivos la inclusión del tipo penal analizado.

DECIMA QUINTA: Con el desarrollo del presente trabajo, se comprobó la necesidad de incluir la figura penal en estudio no sólo en aquellas entidades federativas que aún no la contemplan sino incluso en que tal inclusión inicie en la legislación punitiva del Estado de México, por ser ésta la entidad federativa más próxima al Distrito Federal, amén de que dicha situación geográfica representa inclusive una total inconveniencia, así como desventaja para la punición de dicha conducta, hacia quienes se dedican a cometer tal delito.

DECIMA SEXTA: Del análisis practicado al artículo 366 bis del Código Penal del Distrito Federal no sólo se desprende la descripción típica del delito de Tráfico de Menores, sino que incluso se advierte en su estructura la posibilidad de que el mismo sirva de bosquejo para que dicho tipo penal sea incluido en aquellas legislaciones punitivas que aún no la contemplan, admitiéndose la posibilidad de modificarlo o adicionarlo pero sin que se ignore los elementos constitutivos de éste, los cuales no

pueden dejar de contemplarse en cualquier intento de descripción típica que se realice para introducir dicha figura penal en el resto de las entidades federativas que aún la omiten.

DECIMA SEPTIMA: Desde un punto de vista procesal penal, se puede afirmar que el delito a estudio, admite para quienes lo cometen, tanto la libertad provisional bajo caución y sin ésta, siempre que para este caso, se haya cometido el delito en términos del párrafo tercer o cuarto del numeral que lo describe.

DECIMA OCTAVA: El Tráfico de Menores como figura delictiva carece de una interpretación a nivel Jurisprudencia, en razón del poco tiempo de existencia jurídica, lo que hace resaltar la necesidad de que dicho delito no sólo sea objeto de estudio por parte del Máximo Organó Jurisdiccional, sino que incluso esté vigente en todos los ordenamientos punitivos que conforman al país.

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

D O C T R I N A

- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Tomo I, 10a. ed. México, Editorial Porrúa, 1974, 986 p.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 31a. ed. México. Editorial Porrúa, 1971. 361 p.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Volumen Segundo. 16a. ed. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971 711 p.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Justicia y Reformas Legales. (Reformas Normativas). No. 14. México. Editado por el INACIPE.
- GOMEZ EUSEBIO. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires 1939.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Las Reformas de las Leyes Penales en México. 2a. ed. Mexico, Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 1989, 319 p.
- INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES. Leyes Penales Mexicanas. Tomo II Y III. México, Editado por el INACIPE, 1979. 874 p.
- _____. Revista Mexicana de Justicia 84, No. 3 Volumen II. México, Editado por el INACIPE, 1984.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. 3a. ed. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1990, 577 p.

. Tratado de Derecho Penal. El Delito. Tomos III, V. y VII. Buenos Aires Argentina, Editorial Lozada, 1984, 578 p.

JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Antijuridicidad. 5a. ed. México, Imprenta Universitaria, 1952, 721 p.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. México, Editorial Porrúa, 1994. 303 p.

DE LA MADRID, Miguel. El Marco Legislativo para el Cambio. Volumen VI. México, Septiembre a Diciembre de 1983. Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República. 1984. 321 p.

MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. Parte General. 5a. ed. Buenos Aires Argentina, Editorial Bibliográfica, 1958. 982 p.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General. 4a. ed. México, Editorial Porrúa, 1978, 175 p.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 14a. ed. México. Editorial Porrúa, 1983, 508 p.

. Hacia una Reforma del Sistema Penal. No. 21. México, Editado por el INACIPE, 1985.

REYES E., Alfonso. Criminología. Unidad Externado de Colombia, 1979.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología. 7a. ed. México, Editorial Porrúa, 1986, 546 p.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano Parte General. 3a. ed. México. Editorial Porrúa, 1975, 654 p.

ZAFFARONI EUGENIO, Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2a. ed. México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, 857 p.

. Teoría del Delito. 2a. ed. México, Editorial Ediar, 1973, 604 p.

FALTA PAGINA

No. 147 la.....

- Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Sonora. Editorial Porrúa, 1990. 212 p.
- Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Tabasco. Editorial Porrúa, 1988. 301 p.
- Códigos Penal y Procesal Penal para el Estado de Veracruz. 3a. ed. Editorial Porrúa, 1992. 199 p.
- Códigos Penal y Procesal Penal para el Estado de Zacatecas. 2a. ed. Editorial Porrúa, 1992 259 p.

E C O N O G R A F I A

- DE PINA VARA Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México, 1988. 482 p.
- Diccionario Enciclopédico Salvat. Editorial Salvat. Tomos 18 y 24.
- Diccionario Jurídico Mexicano. V. Editorial Porrúa, México. 1985.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo V Y VII. Editorial Porrúa. México. 1985.
- OSORNIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Penales y Sociales. Editorial Heliasta Argentina. 1978. 797 p.
- RAMIREZ GROANDA, Juan. Diccionario Jurídico, 10a. ed. Editorial Claridad Buenos Aires Argentina. 1988. 407 p.