



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

EL CONSENTIMIENTO, COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN SU MODALIDAD DE PROSTITUCIÓN AJENA U OTRAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 10, FRACCIÓN III, DE LA LEY GENERAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LOS DELITOS EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS Y PARA LA PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE ESTOS DELITOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

PEDRO JESUS GALLARDO JACOBO



ASESOR:

MTRO. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS

Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA

A Dios por darme las enseñanzas más importantes en mi vida, y por permitirme seguir adelante, demostrándome, en cada momento difícil, su presencia.

A mi esposa Maria Antonia Contreras Domingo, quien me permitió formar parte de su vida, cambiando la mía por completo, por darme y enseñarme que las mejores cosas son las que no se esperan, por su apoyo incondicional y metas compartidas, con quien he compartido mis mejores momentos, y agradezco a la vida haberla puesto en mi camino. Te amo.

A mi hijo Juan Jesús, quien a su corta edad me ha enseñado más de la vida de lo que podía imaginar, quien ha sido mi motivación para ser mejor persona cada día.

A mis hermanos Verónica, Guadalupe, Corina y Jonathan, quienes sin percibirlo, han marcado mi vida y han sido parte fundamental en mi crecimiento, y en mis ideales, a quienes en todo momento llevo muy presentes y los recuerdo con mucho cariño. Gracias....

A mi padre Jesús Gallardo Merino, al cual hoy reconozco que sin su apoyo no hubiera podido salir adelante y lograr esta meta personal, pero que sin duda resulta un triunfo en conjunto.

A mi madre Minerva Jacobo de la Cruz, a quien agradezco por darme la vida y apoyarme en mis planes y metas, a quien, sin percibirlo, le debo más de lo que quisiera reconocerle.

A mi abuela Amada Merino Gómez, quien me enseñó a ser fuerte y no rendirme, y pese a cualquier circunstancia no olvidar que la bondad es una buena aliada; por su amor y apoyo incondicional, gracias mil gracias...

A mi suegra Dolores Domingo Martín, quien siempre me ha brindado su apoyo incondicional y ha compartido con nosotros momentos difíciles, pero en su compañía siempre son más llevaderos, mil gracias...

A mis tíos Verónica Gallardo Merino y Juan Carlos Torres González, quienes siempre me han apoyado en cualquier adversidad, y juntos hemos podido aprender, crecer y compartir, han sido para mí una constancia de que a través del esfuerzo y dedicación se puede salir adelante. Un ejemplo a seguir, por ello, infinitamente gracias...

A mi cuñada Leticia Gaona Domingo, quien nos ha apoyado, permitiendo así, seguir creciendo en todos los aspectos, muchas gracias...

A mis sobrinos Daniel, Alondra, Ricardo, Kevin y Brayan, quienes han formado parte de mi vida, y me permiten recordar lo que realmente importa en la misma. Especialmente a Daniel, quienes sus padres han confiado en mí para ayudarlo y guiarlo para crecer como persona.

A mis amigos Alan, Iván, Irving, Armando y Daniel, con quienes he compartido momentos gratos en la carrera universitaria, y esperando pueda continuar así en la vida profesional.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por recibirme, por formarme, por hacer de mí una persona de bien y mostrarme que se puede dar todo a cambio de nada, indudablemente, en esta etapa entiendo el amor que muchos egresados profesan a la misma, es nuestra casa, quien nos formó y preparó, no solo en el ámbito profesional si no para la vida.

A la Facultad de Estudios Superiores Aragón, quien en sus aulas me preparo y brindo todo apoyo a su alcance, anhelando poder regresar a sus aulas y devolverle un poco de lo mucho que ella me brindo.

A mis Profesores, quienes compartieron sin ninguna mezquindad sus conocimientos, sus experiencias, sus opiniones, y, de quienes ahora entendemos porque sus regaños y su disciplina: querían formas profesionales de calidad y con capacidad.

A mi asesor, el profesor Juan Jesús Juárez Rojas, por su paciencia y dedicación para poder culminar el presente trabajo, quien siempre estuvo dispuesto a recibirme y hacerme entender, con su extenso conocimiento, que aún me falta mucho camino por recorrer, una persona a quien admiro y a quien reitero mi agradecimiento, esperando que en algún momento pueda ser recíproco.

Al H. Jurado, integrado por los Profesores: Dr. Bernabé Luna Ramos, Mtro. Juan Jesús Juárez Rojas, Mtro. Luis Marín Bolaños, Mtro. Víctor Manuel Nando Lefort y Lic. Carmen Ulvia Campa Morales

Desiderata

*Camina plácido entre el ruido y la prisa,
y recuerda la paz que se puede encontrar en el silencio.*

*En cuanto te sea posible y sin rendirte,
mantén buenas relaciones con todas las personas.*

*Enuncia tu verdad de una manera serena y clara,
y escucha a los demás,*

incluso al torpe e ignorante,

también ellos tienen su propia historia.

*Evita a las personas ruidosas y agresivas,
ya que son un fastidio para el espíritu.*

Si te comparas con los demás,

te volverás vano o amargado

pues siempre habrá personas más grandes y más pequeñas que tú.

Disfruta de tus éxitos, lo mismo que de tus planes.

Mantén el interés en tu propia carrera,

por humilde que sea,

ella es un verdadero tesoro en el fortuito cambiar de los tiempos.

Sé cauto en tus negocios,

pues el mundo está lleno de engaños.

*Pero no dejes que esto te vuelva ciego para la virtud que existe,
hay muchas personas que se esfuerzan por alcanzar nobles ideales,*

la vida está llena de heroísmo.

Sé tú mismo,

y en especial no finjas el afecto,

y no seas cínico en el amor,

pues en medio de todas las arideces y desengaños,

es perenne como la hierba.

*Acata dócilmente el consejo de los años,
abandonando con donaire las cosas de la juventud.*

*Cultiva la firmeza del espíritu
para que te proteja de las adversidades repentinas,
mas no te agotes con pensamientos oscuros,
muchos temores nacen de la fatiga y la soledad.*

*Sobre una sana disciplina,
sé benigno contigo mismo.*

*Tú eres una criatura del universo,
no menos que los árboles y las estrellas,
tienes derecho a existir,
y sea que te resulte claro o no,
indudablemente el universo marcha como debiera.*

*Por eso debes estar en paz con Dios,
cualquiera que sea tu idea de Él,
y sean cualesquiera tus trabajos y aspiraciones,
conserva la paz con tu alma
en la bulliciosa confusión de la vida.*

*Aún con todas sus farsas, penalidades y sueños fallidos,
el mundo es todavía hermoso.*

Sé alegre.

Esfuézate por ser feliz

“Haz sólo lo que amas y serás feliz, y el que hace lo que ama, está benditamente condenado al éxito, que llegará cuando deba llegar, porque lo que debe ser será, y llegará naturalmente. No hagas nada por obligación ni por compromiso, sino por amor.” Facundo Cabral (1937 - †2011) No estás deprimido estás distraído

INDICE

GLOSARIO

INTRODUCCION	I
--------------	---

CAPITULO PRIMERO

ELEMENTOS DEL DELITO	1
1.1 CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA	3
1.1.1 CONDUCTA.....	3
1.1.1.1 ACCIÓN.....	5
1.1.1.2 OMISIÓN	6
1.1.1.2.1 Del resultado a la omisión	7
1.1.2 AUSENCIA DE CONDUCTA.....	10
1.2 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	10
1.2.1 TIPICIDAD.....	10
1.2.1.1 PRESUPUESTOS DEL DELITO	15
1.2.2 ATIPICIDAD	23
1.2.2.1 ELEMENTOS DE LA CONDUCTA TIPICA EXLUIDOS	24
1.2.2.1.1 Exclusión del elemento objetivo	24
1.2.2.1.1.1 Por falta de acción.....	24
1.2.2.1.1.1.1 Fuerza física irresistible.	25
1.2.2.1.1.1.2 Movimientos reflejos	25
1.2.2.1.1.1.3 Hipnosis	25
1.2.2.1.1.1.4 Sonambulismo	26
1.2.2.1.1.1.5 Epilepsia	26
1.2.2.1.1.2 Por falta de nexo causal y resultado	26
1.2.2.1.2 Exclusión del elemento normativo	28
1.2.2.1.3 Exclusión del elemento subjetivo	29
1.2.2.1.3.1 Falta de elementos subjetivos específicos.....	29
1.2.2.1.3.2 Ausencia de elementos subjetivos genéricos.....	29
1.2.2.1.3.2.1 Error de tipo	29
1.2.2.1.3.2.2 Caso fortuito.....	30
1.3 ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	31
1.3.1 ANTIJURICIDAD	31

1.3.1.1	FORMAL	36
1.3.1.2	MATERIAL.....	37
1.3.2	CAUSAS DE JUSTIFICACION	38
1.3.2.1	CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	39
1.3.2.2	FUNDAMENTACIÓN.....	40
1.3.2.3	ESPECIES.....	41
1.3.2.3.1	Consentimiento	41
1.3.2.3.1.1	Naturaleza del consentimiento contenido en la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal.....	44
1.3.2.3.1.2	Consideraciones sobre el consentimiento.....	46
1.3.2.3.1.3	El consentimiento como causa de justificación en el Derecho penal mexicano.....	47
1.3.2.3.1.4	¿Se ha llegado a considerar al consentimiento como causa de justificación en México?	54
1.3.2.3.2	Legítima Defensa.....	56
1.3.2.3.2.1	Elementos.....	58
1.3.2.3.3	Estado de necesidad justificante.....	62
1.3.2.3.3.1	En cuanto a los bienes	62
1.3.2.3.3.2	Auxilio a tercero	63
1.3.2.3.3.3	Condiciones.....	63
1.3.2.3.4	Cumplimiento del deber.....	65
1.3.2.3.5	Ejercicio de un derecho	66
1.4	IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD	66
1.4.1	IMPUTABILIDAD	67
1.4.1.1	EL MOMENTO DE LA IMPUTABILIDAD (ACTIO LIBERA IN CAUSA)	70
1.4.2	INIMPUTABILIDAD.....	72
1.5	CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD	74
1.5.1	CULPABILIDAD.....	74
1.5.1.1	ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD	79
1.5.1.2	CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD	79
1.5.1.3	FORMAS DE LA CULPABILIDAD	80
1.5.1.3.1	Dolo.....	80
1.5.1.3.2	Culpa.....	81

1.5.2	INCULPABILIDAD.....	83
1.5.2.1	TIPOS DE INIMPUTABILIDAD	84
1.6	CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS	88
1.6.1	CONDICIONALIDAD OBJETIVA.....	89
1.6.2	FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS	91
1.7	PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS	92
1.7.1	PUNIBILIDAD	92
1.7.2	EXCUSAS ABSOLUTORIAS	94

CAPITULO SEGUNDO

TRATA DE PERSONAS	96
2.1 LEY GENERAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LOS DELITOS EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS Y PARA LA PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE ESTOS DELITOS	96
2.2 DELITO DE TRATA DE PERSONAS	100
2.3 EL CONSENTIMIENTO	105
2.4 ELEMENTOS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.....	106
2.4.1 CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA	106
2.4.2 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.....	106
2.4.2.1 TIPICIDAD.....	106
2.4.2.1.1 TRATA DE PERSONAS	106
2.4.2.1.2 MODALIDADES.....	107
2.4.2.1.3 PRESUPUESTOS DEL DELITO.....	110
2.4.2.2 ATIPICIDAD	116
2.4.2.2.1 Exclusión del elemento objetivo	116
2.4.2.2.1.1 Por falta de acción.....	116
2.4.2.2.1.2 Por falta de nexo causal y resultado	117
2.4.2.2.2 Exclusión del elemento normativo	118
2.4.2.2.3 Exclusión del elemento subjetivo	122
2.4.2.2.3.1 Falta de elementos subjetivos específicos.....	122
2.4.2.2.3.2 Ausencia de elementos subjetivos genéricos.....	122
2.4.2.2.3.2.1 Error de tipo	122
2.4.2.2.3.2.2 Caso fortuito.....	125
2.4.3 ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	126
2.4.3.1 ANTIJURICIDAD	127

2.4.3.1.1	FORMAL	128
2.4.3.1.2	MATERIAL	128
2.4.3.2	CAUSAS DE JUSTIFICACION	129
2.4.3.2.1	ESPECIES	131
2.4.3.2.1.1	Consentimiento	131
2.4.3.2.1.1.1	Consentimiento en la exposición de motivos de la ley de la materia	131
2.4.3.2.1.1.2	Bien Jurídico Disponible.....	135
2.4.3.2.1.2	Legítima Defensa	143
2.4.3.2.1.3	Estado de necesidad justificante.....	144
2.4.3.2.1.4	Cumplimiento del deber.....	145
2.4.3.2.1.5	Ejercicio de un derecho	146
2.4.4	IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	146
2.4.4.1	IMPUTABILIDAD	147
2.4.4.2	INIMPUTABILIDAD	148
2.4.5	CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD	148
2.4.5.1	CULPABILIDAD.....	148
2.4.5.1.1	FORMAS DE LA CULPABILIDAD	151
2.4.5.1.1.1	Dolo	151
2.4.5.1.1.2	Culpa	151
2.4.5.2	INCULPABILIDAD.....	151
2.4.6	CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS.....	152
2.4.6.1	CONDICIONALIDAD OBJETIVA.....	152
2.4.6.2	FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS	153
2.4.7	PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS	153
2.4.7.1	PUNIBILIDAD.....	153
2.4.7.2	EXCUSAS ABSOLUTORIAS	156
2.5	BIEN JURIDICO LESIONADO EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS	157

CAPITULO TERCERO

TRATADOS Y LEGISLACION INTERNACIONAL 162

3.1	TRATADOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR MEXICO	162
-----	--	-----

3.1.1	Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)..	162
3.1.2	Convenio para la Represión de la trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y Protocolo Final.....	164
3.1.3	Convenios históricos.....	165
3.2	MANUAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS PARA PROFESIONALES DE LA JUSTICIA PENAL	167
3.2.1	Elementos de un caso de trata de personas	169
3.2.1.1	Requisitos en materia de actus reus	169
3.2.1.2	Requisito en materia de mens rea.....	170
3.2.2	La cuestión del consentimiento.....	172
3.2.2.1	Ejemplo de consentimiento no válido.....	173
3.2.3	Acusaciones apropiadas	175

CAPÍTULO CUARTO

FACTORES JURÍDICOS (PROPUESTA DE REFORMA)

4.1	Definición del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual en la legislación nacional e internacional.	178
4.2	Estudio teleológico del bien jurídico tutelado del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual en la legislación nacional e internacional.....	184
4.2.1	Interés social y orden público	191
4.2.1.1	Interés Social	192
4.2.1.2	Orden Público	193
4.3	Viabilidad del Consentimiento en el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual en la legislación nacional e internacional.....	194
4.4	Posturas a favor y en contra.....	199
4.5	Propuesta de reforma a la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos.....	210

CONCLUSIONES

ANEXOS

FUENTES DE CONSULTA

GLOSARIO

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
<i>Actus reus</i>	Acto culpable
<i>A posteriori</i>	Posterior a
<i>A priori</i>	Previo a
CCF	Código Civil Federal
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CPDF	Código Penal para el Distrito Federal
CPF	Código Penal Federal
<i>Communis opinio</i>	Opinión o parecer común
<i>Contrario Sensu</i>	En sentido contrario
<i>Delicta comunia</i>	Son aquellos delitos en donde la ley no exige una determinada calidad en el sujeto activo, por lo que se les refiere como delitos de sujeto activo innominado, y en donde el texto legal frecuentemente los refiere como “el que”, “quien”, etc.”. Se identifican estos tipos por que cualquier persona puede ser autor.
<i>Delicta Propia</i>	Requieren de una calidad específica en la persona del sujeto activo, que lo coloca en una determinada especial relación con el bien jurídico protegido.
Disvalor	Desviación de un valor (una cualidad estimable, positiva). Puede entenderse a un valor como el punto medio entre dos extremos: la ausencia y el exceso. La exageración de un valor, en este marco, recibe el nombre de disvalor.
DOF	Diario Oficial de la Federación

<i>Dolus specialis</i>	Puede definirse como la finalidad pretendida por el autor al cometer los actos materiales del delito. Lo que importa es la finalidad, no el resultado práctico conseguido por el autor. Así pues, para que se cumpla el elemento de <i>dolus specialis</i> no es preciso que se consiga realmente la finalidad.
DTPMPAES	Delito de Trata de Personas en su Modalidad de Prostitución Ajena u otras formas de Explotación Sexual
<i>ibid. (ibidem)</i>	Allí, en el mismo lugar
<i>id. (idem)</i>	El mismo, lo mismo
<i>In dubio pro reo</i>	En la duda se favorece al reo
<i>Indubio pro actione</i>	En caso de duda, ésta debe resolverse atendiendo a la interpretación más favorable al derecho de acción, al derecho del interesado.
<i>Lato sensu</i>	En sentido amplio
LFCDO	Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada
LGPSEDMTP	Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.
<i>Liberae in causa</i>	Acto libre por su propia causa
Mens rea	Mente culpable
<i>Nulla poena sine culpa</i>	No hay pena sin culpa
<i>nullum crimen nulla poena sine lege</i>	Ningún delito, ninguna pena sin ley previa
<i>Numerus Clausus</i>	Relacion cerrada
ONU	Organización de las Naciones Unidas
<i>Op. cit. (opus citatus u opera citata)</i>	Obra citada

p.	Página
PPRYSTDPEMYN	Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)
<i>Praxis</i>	Práctica
Pro homine	Favoreciendo al hombre
Protocolo de Palermo	Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional
<i>Ratio Legis</i>	Razón Legal
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
<i>Sine qua non</i>	Condición sin la cual no
<i>Stricto sensu</i>	En sentido restringido
<i>Supra</i>	Arriba
<i>Vid. (videre)</i>	Véase
<i>Vis absoluta</i>	Fuerza física humana, externa e irresistible
<i>Vis maior</i>	Fuerza física no humana, externa e irresistible
<i>Volenti non fit iniuria</i>	No se comete injusticia con quien actuó voluntariamente

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación se enfocara a estudiar el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, mismo que se encuentra previsto en el artículo 10 fracción III, de la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, en relación con lo señalado por el artículo 40 de la citada ley, en el cual se establece que el consentimiento otorgado por la víctima no constituirá causa excluyente de responsabilidad penal; estudio que se realiza debido a que dicha figura, el consentimiento, es una institución del Derecho Penal a través del cual se excluye la tipicidad, podemos hablar entonces de un hecho irrelevante para el derecho penal, ya que se trata de un suceso normal de la vida social que no lesiona al bien jurídico tutelado, situación que la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, prohíbe tajantemente, es decir, no permite aplicar en tales delitos el consentimiento como excluyente de responsabilidad penal, situación que vulnera desde luego los principios del Derecho Penal, generando con ello una incertidumbre al momento de llevar a la praxis la aplicación de dicha legislación, pues los actores procesales dentro de un juicio del orden penal, y sobre todo el sujeto activo y su defensa, se encuentran coartados para tal figura jurídica, motivo por el cual la presente investigación tiene su utilidad en poder demostrar que dicha institución, el consentimiento, es una herramienta, un medio, que excluyente de responsabilidad penal en el delito en estudio, esto evidentemente, siempre y cuando se colmen los requisitos y condiciones exigidos en ley, pues tampoco se pretende que de manera generalizada se permita la impunidad en la investigación y sanción de estos delitos.

Destacamos que el presente trabajo de investigación contara con cuatro capítulos, siendo el primero de ellos el soporte general, pues abarcaremos la teoría general del delito y sus elementos, posteriormente analizaremos el delito

de trata de personas en la modalidad señalada en relación con la teoría del delito y sus elementos, por cuanto hace al tercer capítulo nos avocaremos a realizar una investigación de las legislaciones internacionales que contemplan dicho delito y un estudio de derecho comparado, finalizando así con el cuarto capítulo que tendrá como finalidad corroborar la hipótesis planteada, verbigracia, demostrar que el consentimiento es una herramienta eficaz al investigar tales delitos y cambiando el paradigma, hoy existente en nuestro país, respecto de los servicios sexuales. Será el lector quien determinara si conseguimos o no el objetivo.

Ciertamente, el tema de la prostitución tiene varias aristas, diversos enfoques, el de la presente investigación será el Jurídico, teniendo que estudiar la legislación nacional e internacional, ver sus diferencias, sus principios, la finalidad, su interpretación, el conflicto de los distintos derechos que se pudieran anteponer. Motivo por el cual, hemos decidido extendernos un poco más de lo habitual en este tipo de investigación, pues consideramos que el tema lo requiere, ya que discutimos de un cambio jurídico trascendente, con permutas sociales importantes, y que en diversos países han adoptado, con la finalidad de no prohibir o castigar conductas que han estado presentes desde los primeros años de la humanidad, si no de reglamentar la misma, proteger a las personas que se dedican a tales actividades, brindar la asistencia necesaria, regular los cuidados de dichas personas, sin vulnerar desde luego, el libre desarrollo de su personalidad, que es, en todo caso, una de las finalidades más importantes del derecho penal, proteger los bienes jurídicos tutelados.

Entendemos las posturas en contra que pueden existir, reiteramos, no buscamos conservar la verdad absoluta, pero si poner sobre la vista una perspectiva diferente, un cambio de una actividad que se ha mantenido, al menos en nuestro país, en la parte oscura y poco considerada de la ley y de la sociedad; no compartiendo tal idea, pues debemos entrar al fondo del estudio, ver las diferentes posturas, y ponderar, en beneficio de lo que ya existe, pues no considero que sea algo que se pueda extinguir.

El presente trabajo no pretende defender posturas en las cuales se obliga a las personas a realizar actividades que no desea, no, esa no es la finalidad de la investigación, pues desde este momento condenamos dicho comportamiento. Lo que buscamos es demostrar que pueden converger dos derechos plenamente válidos y reconocidos, como lo es el libre desarrollo de la personalidad con el derecho humano a la libertad de trabajo, y que, como fin de este último, se debe obtener un beneficio, sin que tal beneficio vulnere el libre desarrollo de la personalidad, consideramos que es posible, y que debe ser reconocido así en nuestra legislación, reiterándolo con la investigación que hoy ponemos en sus manos.

En la elaboración de este trabajo se utilizarán tres tipos de métodos de investigación, el método deductivo, porque en algunos temas partiremos de lo general a lo particular y porque hay datos generales aceptados como válidos, para deducir, por medio del razonamiento lógico varias suposiciones, además de que este trabajo de investigación se realiza con apoyo de material doctrinario, legislativo, periodístico, y de derecho comparado; el método inductivo, porque en algunos casos partiremos de lo particular a lo general, ya que emplearemos casos prácticos respecto al tema, a través de diversas hipótesis; y por último utilizaremos el método analítico, debido a que separamos las partes de nuestro tema de investigación, la elaboración del plan de trabajo y la recopilación de material.

CAPITULO PRIMERO
ELEMENTOS DEL DELITO

CAPITULO PRIMERO

ELEMENTOS DEL DELITO

Comencemos por definir al delito, “y como toda definición, es siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada nuevo descubre. Decir del delito que es un acto penado por la ley, como disponen el Código penal español, el chileno y el mexicano, y aun añadir que es la negación del Derecho, supone hacer un juicio *a posteriori*, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido. Es una tautología. Aceptemos, que el delito, desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídica y culpable. Cuando entremos en el aspecto técnico veremos cómo se desgranar sus caracteres”.¹

“Para estudiar jurídicamente al delito debe presuponerse que el delito es un ente jurídico. No puede ser otra la solución, pues, aunque sociológicamente el delito sea eventualmente la violación a una norma ética considerada de elemental cumplimiento por el grupo dominante al tiempo de la sanción legal, ningún mínimo ético es una norma jurídica si no se lo institucionaliza como tal.

“Desde el ángulo de nuestra ciencia, el delito no puede ser considerado de otra manera. Quien quiera considerarlo como algo diferente, estará haciendo alguna otra ciencia (ciencias de la conducta), o bien, meras proposiciones extra-científicas.

“La expresión *ente jurídico* no implica que el delito sea una creación libre del derecho, sin contacto con ningún otro orden de las cosas, sino que es una delimitación jurídica de un sector de la realidad. Una *creación jurídica* sin contacto con la realidad no es un delito, sino un delirio.”²

¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, la ley y el delito, 3a Ed., Editorial Sudamericana, Argentina, 1997, p. 201

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo I, Editorial Ediar, Argentina, 1998, p. 281

En nuestra legislación Federal, el delito es definido en el artículo 7° del Código Penal Federal que señala:

Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Por ello, señalamos: “el delito es la conducta o hecho típico jurídico, culpable y punible, confirmando así lo precisado por la mayor parte de los autores contemporáneos.”³ Pues entre las diversas definiciones que se plantean dar, encontramos: “El delito es el hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, expresando que la punibilidad es una nota genérica de todo delito, dando a la pena el tratamiento de una consecuencia jurídica del mismo; el delito es fundamentalmente *acción punible*, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la formación de aquél; lo característico del delito es ser punible; la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.”⁴

Guillermo Sauer, construyó con designio filosófico, frente a la faz positiva de los caracteres del delito, su aspecto negativo. Completando su doctrina, diremos que cada ausencia de los requisitos del delito crea un instituto jurídico-penal de importancia superlativa. Situación que se ejemplifica en el siguiente esquema:⁵

Aspecto positivo	Aspecto negativo
Actividad	Falta de acción
Tipicidad	Ausencia de tipo
Antijuricidad	Causa de justificación
Imputabilidad	Causas de inimputabilidad
Culpabilidad	Causa de inculpabilidad
Condicionalidad objetiva	Falta de condición objetiva
Punibilidad	Excusas absolutorias

³ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Mexicano, parte general, 17a Ed., Editorial Porrúa, México, 2004, p. 437

⁴ Ibídem, p. 570

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, la ley y el delito, p. 209

1.1 CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA

“El primer carácter del delito es ser un acto. Empleamos la palabra acto (e indistintamente acción, lato sensu) y no hecho, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta”.⁶

Adviértase, además, que usamos la palabra acto en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión. Así aclarado el vocablo, puede definirse el acto: manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda.

“El acto es, pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado. Mas al llegar a este punto se impone la necesidad de ilustrar otra palabra usada por nosotros: la voluntariedad de la acción u omisión. Lejos de nuestro designio disputar sobre el libre albedrío o el determinismo de la conducta humana. Cuando decimos acto voluntario, queremos significar acción u omisión espontánea y motivada.”⁷

Analizaremos dicho elemento de la siguiente manera:

1.1.1 CONDUCTA

El delito es ante todo una conducta humana. Cabe señalar que para definir este elemento se han usado diversas denominaciones como lo es: acto, acción, hecho.

“Es preferible usar el término conducta; dentro de él se pueden incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo. No es posible subsumir la acción en el sentido estricto y la omisión, bajo una de las dos categorías, de la

⁶ Ibidem, p. 210

⁷ Ídem

misma manera que no se puede colocar *a* y *no a* bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto de conducta pueden comprender la acción y la omisión; es decir el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.”⁸

El Delito es una conducta humana sobre la que recae una sanción de carácter criminal. El Delincuente es una persona natural que reúne las condiciones necesarias para responder ante el poder público. La Reacción Social es el movimiento de la sociedad afectada por el delito que se traduce en una sanción.

“El delito puede dar lugar a responsabilidad civil (reparación del daño), responsabilidad administrativa (perdida de función o empleo público, expulsión del extranjero), responsabilidad política (juicio político), responsabilidad fiscal (pago de lo defraudado con recargos), medidas políticas (desafuero). Profesionales (sanción por un colegio de ética profesional), etc. Consecuencias jurídicas del delito son también las incapacidades que se operan como consecuencia directa de la pena, pero también cabe tener en cuenta que el delito puede tener efectos en el ámbito provisional, sucesorio, jurídico-familiar, contractual civil, mercantil.”⁹

“No puede haber delito en nuestro orden jurídico sin que importe la afectación de un bien jurídico.”¹⁰

Toda acción contiene un aspecto objetivo y otro subjetivo. El hombre tiene una doble naturaleza, material y psíquica. Su conducta presenta, por consiguiente, un aspecto externo perceptible físicamente y otro interno y psíquico. “En forma no exacta, pero útil se denominan respectivamente, aspecto objetivo y subjetivo de

⁸ MEZGER, Edmund, Derecho Penal, 6a Ed., Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1958, p.103

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, parte general, Tomo I, Editorial Ediar, Argentina, 1998, p. 63

¹⁰ Ibidem p.36

la acción punible. Así toda acción punible comprende necesariamente relaciones objetivas y subjetivas.”¹¹

Se reitera entonces que la conducta es el primer elemento básico del delito, y se define 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 tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta puede ser de acción o de omisión y esta última se subdivide en omisión simple y comisión por omisión. La conducta tiene tres elementos:

- a) Un acto positivo o negativo (acción u omisión),
- b) Un resultado, y
- c) Una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer; mientras la omisión es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla.

1.1.1.1 ACCIÓN

La acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos:

- a) Movimiento,
- b) Resultado, y

¹¹ FERNANDO MADRAZO, Alberto, Derecho Penal Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 14

c) Relación de causalidad.

La acción en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la voluntad del sujeto, esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado. Dicho resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo los ponga en peligro según el tipo penal.

Según nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el Código Penal Federal en su artículo 7°, el delito es "el acto u omisión que sancionan las leyes penales", de donde se desprende el elemento conducta pudiéndose presentar como una acción u omisión.

1.1.1.2 OMISIÓN

Así pues, la omisión, dice Cuello Calón, es "la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar".¹² La omisión tiene cuatro elementos:

- a) Manifestación de la voluntad,
- b) Una conducta pasiva (inactividad),
- c) Deber jurídico de obrar, y
- d) Resultado típico jurídico.

Estos delitos se clasifican en de omisión simple o propios y de comisión por omisión o impropios, respondiendo a la naturaleza de la norma, los primeros consisten en omitir la ley, violan una preceptiva, mientras los segundos, en

¹² Poder Judicial Michoacán, Biblioteca Jurídica, martes, 23 de agosto de 2011, 10:45:50 a.m. [en línea] <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/tribunalm/biblioteca/almadelia/Cap2.htm>. (28 de agosto de 2017 10:15 a.m.)

realizar la omisión con un resultado prohibido por la ley. La primera no produce un resultado material, la segunda sí.

En los delitos de simple omisión, se viola una norma preceptiva penal, mientras en los de comisión por omisión se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva penal.

Los delitos de omisión simple producen un resultado típico, y los de comisión por omisión un resultado típico y uno material. En los delitos de omisión simple, se sanciona la omisión y en los de comisión por omisión, no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

Una vez fijadas las condiciones básicas con las que se puede hablar que la conducta es penalmente relevante, lógico es que si falta alguna de aquellas es imposible que haya conducta que puede ser penalmente relevante. Y por ende, no habrá pie no solo para que se examine si ella es punible en el estrado del tipo, sino para que exista el delito. Como afirma Soler: “Cuando no hay acción, no está dada si quiera la base para una medida de seguridad. La acción delictiva no consiste en una pura serie de movimientos intransitivos”¹³

1.1.1.2.1 Del resultado a la omisión

“Desde el punto de vista objetivo-material solo existen acciones, siendo la omisión producto de una valoración normativa que hace relevante el hecho para el derecho penal.”¹⁴ Para mayor amplitud al tema: si un niño está jugando en la orilla de una piscina y cae, pero al pedir auxilio no es recatado por el salvavidas que estaba hablando por teléfono y simplemente contemplo como se ahogaba, desde el punto de vista objetivo tenemos una conducta de acción: hablar por teléfono y un resultado de muerte, con lo cual no podemos decir que el salvavidas causo la muerte del niño, pero si valoramos normativamente la conducta,

¹³ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Editorial Tipografía Editora Argentina, Argentina, 1992, p. 353

¹⁴ DIAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, para el nuevo sistema de justicia en México, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 75.

entonces podemos establecer que el salvavidas tenía el deber de evitar que el niño se ahogara y no lo hizo, es así como calificamos la conducta como una omisión a la cual unimos el resultado a través de un nexo normativo de imputación y no de un nexo causal. El fundamento inicial de la omisión lo encontramos en el CPF: *“artículo 7º. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”* Sin embargo, si revisamos los tipos previstos en la parte especial del citado ordenamiento, podremos constatar que son muy pocas las descripciones que se refieren a conductas de no hacer algo (omisión), tales como las previstas en los artículos 209, 214, fracción III, 219, fracción II, 222, fracción II, 224 y 330.

De este modo cabe la pregunta si tipos como el homicidio y lesiones abarcar conductas de omisión, ya que el tipo penal solo refiere a la acción de quien las causa, por lo cual es necesario realizar una interpretación que nos permita responder con certeza si se puede matar o lesionar a otro sin hacer nada que lo provoque. Para iniciar hay que considerar que es más grave hacer que no hacer, derivado de ello para que la omisión sea equivalente a la acción se necesitan mayores requisitos:

“Existencia de un deber específico de actuar.- mismo que obliga al sujeto a evitar el resultado, lo cual ha sido denominado como posición de garante, cuyo fundamento puede provenir de la ley, el contrato o el hacer precedente realizo.

“Deber de evitar la lesión por riesgos específicos.- es menester precisar que no se trata de un deber general de evitar el resultado, lo cual sería imposible, sino de deberes específicos de cuidado impuestos para evitar que el resultado sea generado por determinados peligros a los que se encuentra expuesto el bien jurídico tutelado. Ejemplo, el salvavidas se compromete en el contrato a proteger la vida de los bañistas que están en la piscina, pero su deber de salvamento se circunscribe a los peligros que entraña ese lugar como tal, como sería el morir ahogado y no a cualquier peligro para la vida, por lo cual, si un sicario entra al balneario y comienza

a disparar contra uno de los bañistas, el salvavidas no tiene el deber de cuidado de hacer frente al asesino para evitar la muerte de la víctima, pues a ello solo podría obligarse un guardaespaldas contratado específicamente para anular esa clase de peligros,

“Posibilidad física para salvar el bien.- Circunstancia que se presenta cuando el que tiene el deber específico de actuar, por las circunstancias especiales del caso, no puede físicamente salvar el bien. Como ejemplo y prosiguiendo con el supuesto del salvavidas, si dos personas solicitaran al mismo tiempo que los salvara porque se estaban ahogando y solo pudo salvar a uno o a ninguno porque al momento de lanzarse al agua sufrió un ataque al corazón o porque otra persona lo sujeto por la fuerza y le impidió hacerlo, en dicho supuesto no le podemos atribuir la causa que le impidió salvarlos.

“Delimitación de los deberes específicos cuando existen varios garantes: en dicho requisito es necesario determinar que deberes asumió cada quien (deberes específicos) para establecer a quien o quienes se le (s) debe atribuir el resultado, pues es común que en una organización basada en la división de funciones, algunos cumplan con sus deberes de garantía y otros no, siendo solo a estos últimos a quienes se les debe atribuir el resultado, pues sería injusto responsabilizar a quienes si cumplieron con sus deberes específicos de cuidado.”¹⁵

“En síntesis, para poder imputar el resultado de lesión o peligro del bien jurídico a la omisión del garante se requiere confirmar que con el cumplimiento del deber era seguro o muy probable la evitación del resultado, pero si era imposible evitarlo con el cumplimiento del deber, entonces se debe excluir la conducta del radio de prohibición de la norma y considerarla atípica.

“Finalmente debemos enfatizar que el sustento para imputar un resultado a la conducta de omisión descansa en la existencia en un deber específico de cuidado

¹⁵ Vid. *Ibíd.*, p. 75 a 79

violado y no en la causación del mismo, por lo cual la unión entre omisión y resultado se sustenta en un nexo de imputación normativa. Por otra parte, existe una relación muy estrecha entre los elementos normativos implícitos y la imprudencia, pues en el elemento subjetivo, el fundamento de esta radica en la violación de un deber de cuidado.”¹⁶

1.1.2 AUSENCIA DE CONDUCTA

Ahora bien, el aspecto negativo de la conducta es la ausencia de conducta, la cual abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito. Nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción I, determina como causa de exclusión del delito: "el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente", esto es la afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente.

1.2 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

1.2.1 TIPICIDAD

La tipicidad encuentra su fundamento en el artículo 14 de nuestro Pacto Federal, párrafo tercero, mismo que a la letra dice:

Artículo 14...“En los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”

Pueden presentarse a confusión los vocablos tipo, tipicidad, y juicio de tipicidad, los cuales tienen sutiles diferencias: el tipo sistemático es la descripción en abstracto de una conducta plasmada en la ley penal, es el traslado en la ley de expresiones lingüísticas que narran conductas relevantes para el derecho penal, fruto de la labor legislativa; la tipicidad pertenece al mundo de los hechos, factico,

¹⁶ *Ibíd*em, p. 80

y consistente en el encuadramiento o adecuación de la conducta con el tipo formulado por la ley, el acuíñamiento del hecho con el supuesto legal respectivo. “El silogismo lógico-jurídico para establecer si determinado hecho encaja con el dispositivo legal descriptivo, en un juicio de tipicidad, mismo que pertenece al intelecto del intérprete.”¹⁷ En el mismo sentido se pronuncia Márquez Piñero al señalar: “En el Derecho penal moderno el tipo constituye la base de todo ordenamiento jurídico-penal, aunque conviene precisar que tipicidad y tipo no son conceptos equivalentes, ya que la tipicidad es la correspondencia unívoca, uno por uno, entre los presupuestos del delito y los elementos de la descripción típica. En cambio, el tipo es la descripción que realiza el legislador de dichas conductas típicas.”¹⁸ Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado:

RESPONSABILIDAD PENAL *Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que **no concurra** en la total consumación exterior del acto injusto, **una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad**. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real y grave, desaparece la antijuridicidad del acto inculminado y consecuentemente, al concurrir la causa justificativa de la acción, resulta no culpable o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos.*¹⁹

¹⁷ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando, Teoría de la ley Penal y del Delito, legislación, doctrina, jurisprudencia y casos penales”, 2ª Ed., Porrúa, México, 2011. p. 136.

¹⁸ MARQUEZ PIÑERO, Rafael, El Tipo Penal, alguna consideraciones en torno al mismo, 2ª Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 133.

¹⁹ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXVII, página 731, Primera Sala., tesis 2614, RESPONSABILIDAD PENAL, Amparo penal directo 1511/52.-Por acuerdo de la

A la palabra tipo también se le han asignado otros contenidos, por ejemplo, se alude al “tipo garantía” como sinónimo a la garantía de legalidad en materia penal; “tipo de injusto” para encerrar tanto al tipo como a la antijuricidad; “tipo permisivo” para denominar a las causas de ilicitud o justificación. Finalmente, el tipo sistemático o fundamentador es el que corresponde al elemento esencial y descriptivo dentro de la estructura teoría del delito, al cual nos referimos en el presente tema.

Osorio y Nieto refiere “la tipicidad es el encuadramiento de una conducta concreta al marco legal abstracto que representa la norma penal. Es el juicio en virtud del cual un interpreta, Ministerio Público y/o Juez, comprueba si la conducta en análisis cumple los elementos o requisitos exigidos por el tipo”.²⁰

Así mismo la Doctora Olga Islas de González Mariscal señala que la tipicidad es “la correspondencia univoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito”.²¹ Lo cual conlleva a señalar que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal. Teniendo cuidado de no confundir la tipicidad con tipo, ya que la primera se refiere a la conducta, y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito, es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia del delito.

“Beling elaboro por primera vez el concepto del tipo y le asigno un significado claramente independiente frente a la antijurídica y a la culpabilidad. De esta forma se convirtió en el fundador de la moderna teoría del tipo. Según esta concepción, el tipo penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito. El tipo penal es objetivo y valorativamente neutral. ”²² Ambas requieren una breve aclaración:

Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente.-21 de agosto de 1953.-Unanimidad de cuatro votos.-Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

²⁰ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, Ensayos Penales, 2ª edición, Porrúa, México, 1993. p. 9

²¹ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la vida, Trillas, México, 1998. p. 28.

²² ROXIN, Claus, Teoría del Tipo Penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico, DEPALMA, Argentina, 1979. pp. 57 y 58.

La objetividad del tipo penal significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor. Todo suceso subjetivo, transcurrido en el interior anímico del autor, no corresponde al tipo penal.

La neutralidad valorativa del tipo penal significa que el tipo es *puramente descriptivo*; las prescripciones normativas se conectan a él, pero nada más. En el tipo penal no se da juicio de valor alguno.

“El tipo es *puro* con respecto a los momentos de la antijuridicidad, con lo cual se quiere decir que en el no hay elementos que contengan un juicio sobre el carácter antijurídico de la acción.”²³

La adecuación típica convierte a la acción en acción antijurídica, naturalmente no por sí sola, sino en vinculación con la falta de especiales fundamentos que excluyen la antijurídica. “El tipo penal es un juicio por el cual se establece que la acción subsumida en él constituye un injusto mientras no se demuestre lo contrario”²⁴

Díaz Aranda señala “Resulta claro que desde que tenemos conocimiento de un hecho, realizamos una primera valoración para determinar si es o no relevante para el derecho penal; esta primera aproximación implica ya un juicio de tipicidad, ya que ante ciertos hechos, como cuando le arrebatan el bolso a una mujer, intuimos que se ha cometido un delito, aunque con mayor precisión estaríamos ante un hecho descrito en la ley penal que se debe investigar para determinar si reúne los elementos que integran la conducta-típica.”²⁵

Cuando el legislador identifica conductas que lesionan o ponen en peligro grave a un bien fundamental para la sociedad, puede tomar la decisión de prohibirla penalmente e incorporar su descripción en la ley penal. En ocasiones bastara un

²³ Ídem

²⁴ Ibídem, p. 65.

²⁵ DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 45.

artículo para describir por completo el comportamiento prohibido o ilícito, pero en otras será necesario relacionar varios artículos de una o varias leyes penales.

La descripción total de la conducta prohibida integrara el tipo penal y a través del juicio de tipicidad analizaremos si la conducta realizada por el sujeto se adecua completamente a lo descrito en el tipo penal. “El juicio de tipicidad en el sistema funcionalista social no solo implica el analizar si la conducta coincide con la descripción gramatical del tipo, sino que consiste en ir más allá y determinar si dicho comportamiento es aquel que el legislador quiso prohibir, para lo cual será necesario acudir a diferentes criterios respaldados con su fundamento jurídico que nos permita cumplir con la garantía de legalidad, labor en la cual se atenderá a tres vertientes: objetiva, normativa y subjetiva; aspectos que se erigen como elementos de la conducta-típica.”²⁶

Frecuentemente, los conceptos de tipicidad y tipo son manejados, por cierto indebidamente, en forma sinónima, cuando en realidad se trata de dos nociones distintas, aunque eso sí, estrechamente relacionadas. Verbigracia, en cuanto a su conceptualización encontramos que el tipo es una descripción, que hace el legislador, de determinados eventos antisociales, con un contenido suficiente y necesario para proteger uno o más bienes jurídicos. Destacando la función garantizadora de uno o más bienes jurídicos y enfatizando que los elementos constitutivos del tipo poseen, además, propiedades muy particulares, que permiten su estructuración agrupada. “Por otra parte la tipicidad es la correspondencia univoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito, es decir, que para cada elemento del tipo tiene que existir una porción del contenido del delito que satisfaga la semántica de aquel y para cada porción del contenido del delito ha de haber un elemento del tipo que requiera su completa concreción. Cuando no queda satisfecho el requisito de la exacta adecuación al tipo legal, aparecerá la atipicidad.”²⁷

²⁶ *Ibíd*em, p. 47.

²⁷ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, parte general, 4ª Ed., Trillas, México, 1997, p. 211

1.2.1.1 PRESUPUESTOS DEL DELITO

Para dejar clara esta situación señalaremos que los presupuestos del delito son, en su aspecto positivo, que es el que nos interesa a los afectos de su aclaración, los siguientes:

- Deber jurídico penal
- Bien jurídico penal
- Sujeto activo, con sus elementos constituyentes:
 - Voluntabilidad
 - Imputabilidad
 - Calidad de garante
 - Calidad específica
 - Pluralidad específica
- Sujeto pasivo, con sus posibles alternancias:
 - Calidad específica
 - Pluralidad específica
- Objeto Jurídico y material

“Es importante precisar que el sujeto activo del delito, dependiendo del tipo de delito de que se trate, tendrá mayor o menor número de elementos integrantes, aunque eso sí siempre habrá de tener voluntabilidad e imputabilidad.”²⁸

Deber Jurídico Penal: “es la prohibición o el mandato categórico contenidos en un tipo legal”.²⁹ En cuanto prohibición, constituye un deber jurídico de abstenerse; en tanto mandato, constituye un deber jurídico de actuar. Es un elemento valorativo del tipo legal, ya que la prohibición o el mandato, ínsitos en el mismo, es una forma cultural valorativa del propio legislador en relación con las conductas prohibidas u ordenadas. En los tipos de omisión, la enunciación del deber jurídico se hará en términos de mandato; en los tipos de acción, en sentido estricto, lo más adecuado es hacerlo en términos de prohibición.

²⁸ Ídem

²⁹ Ibídem, p 212

Bien Jurídico Penal: “Es el concreto interés individual o colectivo, de rango social, protegido en el particular tipo legal”. El bien jurídico es, en nuestra opinión, el elemento esencial del tipo.”³⁰

En el trasfondo de todo tipo penal late la prohibición de aquellas conductas que puedan menoscabar bienes jurídicos vitales para la sociedad, por lo que “el bien jurídico es un valor ideal del orden social no perceptible a través de los sentidos sino deducible intelectualmente”.³¹

El Derecho penal cumple una función de *tutela o protección* de los bienes y valores fundamentales, imprescindibles para el pacífico desarrollo de la vida en sociedad, frente a graves formas de agresión (delitos). Tales bienes o valores del individuo o de la comunidad, consustanciales a la sociedad pluralista y liberal, reciben la denominación de *bienes jurídicos*.

Esta función tutelar o protectora es una función de garantía, es decir, de prevención. “El bien jurídico constituye el objeto típico de protección de las normas penales.”³²

En este orden de ideas, solamente debe sancionarse una conducta cuando ha menoscabado intereses de extraordinaria envergadura para la comunidad que han sido reconocidos por la ley penal y se traducen en la lesión a un bien jurídico, **pues de no lesionar o poner en peligro al mismo, debe decretarse la acción y omisión impune**, según lo ratifica el artículo 4 del Código Penal del Distrito Federal.

ARTÍCULO 4 (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.

Es decir, “el bien jurídico justifica la creación de los tipos penales y precisa su contenido, determinando las formas de su afectación y demás requisitos que

³⁰ Ídem

³¹ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 140

³² Ibídem, p. 141

servirán de presupuesto para la sanción penal, así como las formas de reacción frente a los comportamientos que los afecten”.³³ Dentro de él desempeña las siguientes funciones:

- a) El bien sirve para la creación del tipo penal, no hay razón alguna para crear un tipo legal si no es para proteger un bien, que es estimado por la comunidad social como indispensable para la convivencia.
- b) Sirve para interpretar el tipo penal, pues al detectar el bien o los bienes jurídicamente protegidos, más fácilmente penetraremos en la *ratio legis* del legislador.
- c) Sirve también para establecer el intervalo de punibilidad, que vendrá determinado por la mayor o menor jerarquización valorativa de la comunidad.

Sujeto Activo: “es aquella persona física que se encuentra normativamente capacitada para concretar los elementos constituyentes del particular tipo legal”.

³⁴ En este sentido solamente el autor material unitario o múltiple, se encuentra en posición de poder ser sujeto activo del delito

En cuanto a sus elementos constituyentes, hemos de señalar los siguientes:

- a) La Voluntabilidad, que es una capacidad de conocer, de querer y de actuar con la finalidad de concretar los elementos objetivos no valorativos del particular tipo penal, en la comisión doloso, o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o la inactividad que, por falta del deber de cuidado, produce la afectación del bien jurídico, en la comisión culposa.
- b) La imputabilidad, la entendemos como una capacidad de conocimiento y como una capacidad de motivación, en otras palabras, una capacidad de comprender los alcances de la conducta concretadora de los

³³ Ídem

³⁴ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, parte general, p. 213

elementos objetivos valorativos del particular tipo penal, es decir, el conocimiento de la específica ilicitud de la conducta.

La voluntabilidad y la imputabilidad son constituyentes de capacidad psíquica del delito o capacidad de delinquir. Dicha capacidad reside en la conciencia, entendida en estricto sentido neurofisiológico, constitutiva de un estado de lucidez o de claridad mental, que capacita al individuo para darse cuenta de sí mismo y de su entorno.

- c) Calidad de garante, es una relación directa, estrecha y especial que existe entre el sujeto activo del delito y el bien o los bienes jurídicamente protegidos en el mismo. Deriva de un entendimiento de que el derecho penal prohíbe causar daño y nos ordena evitar ponernos en situación de causarlo. Esa calidad de garante, que deriva de la previa posición de garantía, en que se encuentra implicado el posible sujeto activo del delito por el haber frente al resto de los integrantes de la comunidad social, no es solamente un mero deber de acción, sino también, y de manera muy relevante, un deber de evitación del resultado tipificado.

- d) Calidad específica, constituida por el conjunto de cualidades caracterizadoras del sujeto activo del delito, señaladas en el tipo, y que acotan las personas a quienes va dirigido el concreto deber jurídico penal. Sería el caso de los delitos cometidos por los servidores públicos. El legislador, en algunos tipos legales, reduce drásticamente la posibilidad de autoría delictiva, circunscribiéndola a ciertas personas, ya que el deber jurídico-penal únicamente se dirige a ellas. “Tal y como se desprende de la gran mayoría de las representaciones típicas, estas de manera constante encabezan la descripción legal, enlazando al sujeto activo con el verbo típico rector mediante el artículo que corresponda, por ejemplo *el que se apodera...; El que por sí o...; Toda persona que habitual...; A quien cometa...; Al que por medio de la*

violencia...; Al que prive...; lo que verifica su ubicación sistemática dentro del tipo objetivo. En estos supuestos, cualquier persona puede ser sujeto activo, son ilícitos denominados doctrinalmente como de *delictiva comunia*, en contraste con ciertas descripciones que se ocupan de características especiales del activo, dando lugar a los denominados de *delictia propria*". ³⁵

- e) Pluralidad específica, en otros tipos penales el legislador exige la presencia de una *autoría material necesariamente múltiple*, ejemplos como la asociación delictuosa, la delincuencia organizada, la coalición de servidores públicos, la rebelión, la sedición. Se trata de tipos penales, en los que el carácter de plural del sujeto activo resulta ineludible, necesario y debe de ser legalmente suficiente para concretar la posibilidad de la facticidad de la lesión del bien jurídico. Son distinguibles de aquellos otros como el robo, homicidio, violación, en los que el proceder volitivo descrito en el tipo solo exige la concurrencia de una persona física, aunque con la posibilidad de la intervención de varias en el supuesto material específico y nos encontraríamos en presencia de una *autoría eventual múltiple*.

Sujeto Pasivo: este se vincula con el ofendido o titular del bien jurídicamente tutelado, el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito, sobre el repercuten las consecuencias de la conducta típica, razón por la que también se le identifica bajo las expresiones de *victima u ofendido*. "En la práctica, el sujeto pasivo es en términos abstractos el particular que resiente el daño o lesión, sin que deba de negarse que también pueden ser las personas morales cuando la acción típica afecta su patrimonio o bien, la sociedad o el Estado, la humanidad, la familia". ³⁶

³⁵ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 145

³⁶ Ídem

El contenido semántico del sujeto pasivo se encuentra en directa relación con la propia semántica del bien o de los bienes jurídicamente tutelados y –en algunos tipos concretos- queda puesto de manifiesto a través de la calidad y de la pluralidad específica. Todo delito constituye una alteración de la convivencia social, pero es precisamente en el sujeto pasivo donde queda específicamente concretada la ofensa inferida a la comunidad.

Existen supuestos en los cuales resulta difícil identificar al sujeto pasivo, verbigracia, aquellas hipótesis en que determinada persona resiente el daño físico, y un tercero es el afectado en cuanto al bien jurídicamente tutelado, por lo que la doctrina habla de sujeto pasivo del daño y sujeto pasivo del delito. Así el chofer que diariamente labora en un taxi, pagando determinada cuota de alquiler al propietario de la unidad, y es despojado de la misma mediante un asalto, es doctrinariamente considerado sujeto pasivo del daño o conducta por haber resentido directamente la acción típica del sujeto activo; en tanto que el dueño y arrendador del vehículo, el titular del bien jurídico tutelado es denominado sujeto pasivo del delito, debido a que ha sido, justamente este, quien sufrió la afectación en el bien jurídicamente tutelado, consistente en su patrimonio.

La ONU ha señalado: “Se entenderá por víctima a las personas naturales o jurídicas que, de una manera individual o colectiva hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo substancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación vigente de los Estados miembros, incluyendo la que proscribe el abuso del poder”.³⁷

En la legislación para el Distrito Federal no son equivalentes la víctima y el ofendido, según se desprende del artículo 45 del CPDF, así como del numeral 51 del mismo ordenamiento, del que se infiere que: el ofendido es el titular del bien jurídico tutelado, que tiene derecho a la relación del daño.

³⁷ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 (Convención de Milán)

Por su parte, la Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito para el Distrito Federal puntualiza los conceptos aludidos al señalar:

Artículo 7.- Se entiende por víctima a la persona que haya sufrido daño, como consecuencia de acciones u omisiones realizadas en su contra, tipificadas como delito y sancionadas por la legislación penal.

Artículo 8.- Se entiende por ofendido al titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro que asume la condición de sujeto pasivo del delito.

Artículo 9.- La calidad de víctima o de ofendido, es independiente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al responsable del delito y de cualquier relación de parentesco que exista con él; por tanto, la víctima o el ofendido gozarán sin distinción alguna, de las mismas garantías, derechos, protección, asistencia, atención y demás que esta ley señale.

Artículo 10.- Se entiende por daño las lesiones, físicas o mentales, o la pérdida patrimonial de cualquier naturaleza, como consecuencia de un delito.

“Al igual que el sujeto activo del delito, aunque con menor frecuencia, la descripción legislativa también puede hacer referencia al número y calidad del pasivo. Por ejemplo, por lo que se refiere al número de víctimas exigidas por el tipo, encontramos el genocidio,”³⁸ a esto se le conoce como **Pluralidad específica**, “misma que surge cuando en el tipo penal correspondiente, requiere una cierta plurisubjetividad pasiva, como en el caso del aborto impuesto a la mujer embarazada, sin su consentimiento y mediante violencia física o moral, en este supuesto, entran en juego tres bienes: la vida del producto de la concepción, cuya titularidad corresponde al propio producto, el derecho a la maternidad, titularizado por la mamá, y la integridad corporal de la mujer, cuya titularidad corresponde a la embarazada”.³⁹

³⁸ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 147

³⁹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, parte general, p. 211.

“La calidad de la víctima se requiere en algunos tipos, como los delitos cometidos contra servidores públicos, el ilícito de estupro que exige que el pasivo sea *persona mayor de doce años y menor de dieciocho*, la corrupción de menores, o de incapaces; o lenocinio de menores de dieciocho años; el delito de violencia familiar –que se debe dirigir en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma-“⁴⁰ a esto se le conoce como **calidad específica**, “entendida como el conjunto de calidades específicas concretizadoras del sujeto pasivo, en conexión directa con la naturaleza del bien o de los bienes jurídicamente tutelados.”⁴¹ Quienes definitivamente no pueden ser sujetos pasivos del delito son las personas que han fallecido, pues un cadáver no es titular de ningún bien.

Objeto Jurídico y material: “todo ilícito contempla uno o varios bienes jurídicamente tutelados, mismos que representan el objeto fundamental de protección de las normas penales contra las acciones humanas dirigidas a lesionarlos. Acorde al bien jurídico tutelado, el legislador ha realizado la clasificación legal de los delitos según se desprende del CPF.”⁴²

El objeto jurídico corresponde al bien jurídico tutelado, son sinónimos desde el punto de vista penal. Verbigracia, en el delito de lesiones, el objeto jurídico es la integridad corporal; en el fraude, es el patrimonio. Incluso, puede presentarse en delitos con un objeto incorpóreo, como en el caso de delitos de mera actividad, como en el supuesto de falso testimonio.

El objeto material: “es la cosa o persona que se ha agraviado o puesto en peligro mediante la conducta típica del agente; es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo. Dicho objeto material puede coincidir con el jurídico, empero, en la mayoría de ocasiones no concuerdan estos.”⁴³ Por ejemplo, en el delito de daño en propiedad ajena cometido en contra de un vehículo, este es el objeto material, la unidad automotriz en sí, pero el bien

⁴⁰ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 147

⁴¹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal, parte general, p. 213

⁴² UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 147

⁴³ *Ibíd*em, p. 148

jurídicamente tutelado es el patrimonio del ofendido. Lo mismo sucede en el delito de robo o abuso de confianza ya que será *la cosa mueble ajena* el objeto material, y el jurídico, el patrimonio de los pasivos. En el delito de estupro, el objeto material será la mujer menor de dieciocho años y mayor de doce, siendo el bien jurídico tutelado la libertad y el normal desarrollo psicosexual

1.2.2 ATIPICIDAD

Las causas de atipicidad implican que la conducta no es típica y, por tanto, es lícita, en este sentido, no se debe confundir a las causas de atipicidad con las causas de justificación, porque las primeras excluyen la prohibición debido a que falta alguno de los tres elementos de la conducta típica: objetivo, normativo o subjetivo, al paso que en las segundas, la conducta sigue siendo prohibida en general, pero las especiales circunstancias que concurren en el hecho ilícito dan lugar a la justificación. “Solo después de analizar los tres elementos de la conducta típica podremos determinar su atipicidad, pues la valoración de solo uno o dos elementos podría llevarnos a juicios equivocados de exclusión de la prohibición.”⁴⁴

Dicho elemento negativo se encuentra en nuestra legislación nacional en el Código Penal Federal, mismo que señala:

CAPITULO IV

Causas de exclusión del delito

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

...

II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

⁴⁴ DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 109.

- A) *Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o*
 B) *...*

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código;

X. El resultado típico se produce por caso fortuito

1.2.2.1 ELEMENTOS DE LA CONDUCTA TIPICA EXLUIDOS

A continuación expondremos y ejemplificaremos que elemento de la conducta típica queda excluido con cada una de las citadas fracciones.

1.2.2.1.1 Exclusión del elemento objetivo

El binomio conducta y resultado unidos por el nexos causal característico de los delitos de acción, nos proporciona dos grandes criterios para determinar la atipicidad de la conducta: falta de acción y falta de nexos causal o del resultado.

1.2.2.1.1.1 Por falta de acción

“La conducta puede quedar excluida porque simplemente no existió o porque es anulada por ser involuntaria. Estaríamos en la primera hipótesis, por ejemplo, cuando no fue el sujeto activo quien causo el resultado, sino un tercero con el cual ni siquiera participo o coopero para su comisión; esta afirmación será válida para las conductas de acción, pero no en las de omisión, ya que el nexos causal será sustituido por el nexos de imputación normativa a que anteriormente ya hicimos alusión.”⁴⁵

También quedara anulado el elemento objetivo de la conducta típica cuando haya ausencia de voluntad, es decir, cuando el sujeto activo no tenía el dominio físico de su cuerpo; este supuesto es el contenido de la fracción I del artículo 15 del Código Penal Federal. “Pese a que dicho precepto no enumera cuales son las causas por las cuales el sujeto pierde el control sobre su cuerpo y funciona como si fuera una masa mecánica, sin que el espíritu y la psique hayan participado de

⁴⁵ *Vid supra* capítulo 1, inciso 1.1.1.2.1, del resultado de la omisión, p.7

algún modo o hayan tenido oportunidad de intervenir en el suceso,”⁴⁶ la doctrina y la jurisprudencia han identificado como causas de ausencia de voluntad: la fuerza física externa (*vis absoluta* y *vis mayor*), actos reflejos, hipnosis, sonambulismo y crisis epilépticas.

1.2.2.1.1.1.1 Fuerza física irresistible.

La fuerza física irresistible puede tener dos modalidades: *vis absoluta* y *vis mayor*.

Vis absoluta.- “Se entiende que el sujeto actúo en virtud de una fuerza física exterior irresistible. En los supuestos de vis absoluta un hombre impone su fuerza física a otro y anula su posibilidad para dominar su movimiento;”⁴⁷ por ejemplo, si Juan empuja a Pedro contra el cristal de un aparador y lo rompe. Aunque Pedro fue quien rompió el cristal al impactarlo con su cuerpo, su conducta no se puede considerar voluntaria, ya que Juan anuló su facultad para autodeterminar su movimiento corporal. En este supuesto la conducta de Pedro fue involuntaria y, en consecuencia, no pueda ser considerada como típica del delito de daños, el delito sigue subsistiendo, pero el probable responsable será Juan.

Vis mayor.- Cuando el sujeto realiza una acción u omisión, coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza. No hay voluntad del sujeto. Cuando el movimiento del hombre está determinado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza: ciclón tropical, terremoto, aluvión, etc.

1.2.2.1.1.1.2 Movimientos reflejos

El sujeto responde ante un estímulo externo sin que pueda controlar su reacción; en otras palabras: son procesos en que el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello sin la intervención primaria de la conciencia.

1.2.2.1.1.1.3 Hipnosis

En los supuestos de hipnosis el sujeto actúa aparentemente despierto (trance) obedeciendo las órdenes del hipnotizador. “Aunque científicamente es

⁴⁶ ROXIN, Claus, Derecho Penal parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 261

⁴⁷ DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 110

cuestionada su credibilidad, y su aplicación, está dirigida básicamente a tratamientos terapéuticos para dejar de fumar, si estuviéramos ante un supuesto en que el hipnotizador ordena al hipnotizado que prive de la vida a determinada persona, primero tendríamos que demostrar científicamente que el hipnotizado efectivamente estaba en trance al momento de ejecutar las ordenes o sugerencias del hipnotizador, solo entonces quería anulada la voluntad de la conducta del hipnotizado y se atribuiría el resultado de muerte al hipnotizador.”⁴⁸

1.2.2.1.1.1.4 Sonambulismo

“El sonambulismo desarrolla actividades motoras automáticas (inconscientes) que pueden ser sencillas o complejas, sobre todo quienes padecen *terrones nocturnos* pueden realizar actos que lesionan gravemente bienes jurídicos fundamentales. Aun no se puede determinar las causas que lo provocan ni el tratamiento eficaz para eliminarlo, por lo cual no se considera un trastorno mental, pero como el sonámbulo no tiene consciencia de su actuar, su voluntad esta anulada al momento de producir y se excluye el delito.”⁴⁹

1.2.2.1.1.1.5 Epilepsia

“Durante el aura de los ataques epilépticos la persona pierde la conciencia, y por ello un sector de la doctrina y en varias tesis de la jurisprudencia mexicana se considera como una alteración psíquica que excluye la imputabilidad y por tanto, su análisis corresponde a la culpabilidad. Sin embargo, para nosotros, como también para autores como Franz Von Liszt, Jescheck y Roxin se trata de una excluyente de la voluntad de la conducta, dado que el sujeto pierde el dominio sobre su cuerpo.”⁵⁰

1.2.2.1.1.2 Por falta de nexo causal y resultado

La SCJN, por lo que respecta al nexo causal, ha sostenido:

RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL. El hecho delictuoso, en su plano material, se integra tanto con la conducta como por el resultado y el nexo de causalidad

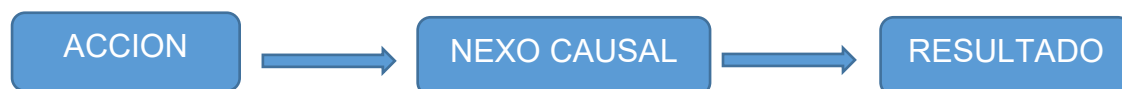
⁴⁸ Ibídem, p. 114

⁴⁹ Ibídem, p. 115

⁵⁰ Ibídem, p. 116

entre ambos. La conducta, por su parte puede expresarse en forma de acción (actividad voluntaria o involuntaria) y de omisión, comprendiendo esta última la llamada omisión simple y la comisión por omisión. La teoría generalmente aceptada sobre el nexo de causalidad no es otra que la denominada de la conditio sine qua non o de la equivalencia de las condiciones, la cual se enuncia diciendo qué causa es el conjunto de condiciones positivas o negativas concurrentes en la producción de un resultado; y siendo las condiciones equivalentes, es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. Basta pues suponer hipotéticamente suprimida la actividad del acusado para comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues si se hubiera negado a realizar la maniobra prohibida, evidentemente el resultado no se hubiera producido; lo anterior sólo constituye un medio de comprobación de la operación de la teoría de la conditio sine qua non, sin que sea preciso aludir aquí a los correctivos elaborados para evitar los excesos de la aplicación de tal criterio, tales como el de la culpabilidad y de la prohibición del retroceso, pues colocado el problema dentro del aspecto objetivo del delito, únicamente en éste debe encontrar solución, sin involucrar el planteamiento de una cuestión que pertenece al aspecto subjetivo del delito, o sea la culpabilidad. ⁵¹

Recordemos que el concepto causal de la conducta se sustentó en la estructura básica siguiente:



El conocido refrán las apariencias engañan, nos indica que nuestros sentidos se pueden equivocar al apreciar algo, y ello sucede muchas veces con los testigos de un hecho, sobre todo en delitos de alto impacto, pues resulta muy difícil

⁵¹ Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época, Volumen XXVI, Segunda Parte, Pág. 134, Primera Sala. RESPONSABILIDAD PENAL. NEXO CAUSAL Amparo directo 6619/58. Baldomero Berino Rangel. 18 de agosto de 1959. Cinco votos. Ponente: Carlos Franco Sodi.

encontrar la objetividad que se requiere en un proceso penal acusatorio. Por ello se insiste en que no basta con que el testigo señale al acusado como aquel que causo el resultado, sino que es necesario respaldar su dicho con pruebas científicas o periciales. "Por ello, la falta de nexo causal entre la acción y el resultado dará lugar a la exclusión de la conducta típica, salvo en aquellos supuestos de omisión en los que podemos imputar normativamente el resultado a la conducta del autor." ⁵² "Cuando falte la prueba científico-natural del nexo causal, no puede ser sustituida por una convicción subjetiva del Juez por la vía de la libre valoración de la prueba". ⁵³

También la falta de resultado excluye la conducta típica consumada. Ello queda muy claro en casos de homicidio en los que se demuestra que el sujeto pasivo sigue vivo, en el mismo sentido, no puede haber violación consumada si no hubo copula ni lesiones realizadas, sin alteración a la salud.

1.2.2.1.2 Exclusión del elemento normativo

La atipicidad por falta de elementos normativos se puede derivar de la ausencia del elemento normativo cultural requerido por el tipo. "Al efecto recordemos que no se puede configurar la conducta típica de corrupción de personas menores de dieciocho años cuando la imagen difundida no es considerada pornográfica, o que no se integra la conducta típica del hostigamiento sexual cuando las manifestaciones del sujeto activo no se pueden considerar como un asedio. Así mismo la falta del elemento normativo jurídico expreso, como la ausencia de la ajenidad de la cosa, excluirá la conducta típica de robo, que ocurre, por ejemplo cuando me llevo el auto que acabo de comprar. Aunado a ello, y citando otro ejemplo, tenemos la conducta del particular que se enriquece sin poder acreditar la licitud de su incremento patrimonial porque el tipo requiere la calidad de servidor público para su integración, de ahí que falte un elemento normativo jurídico expreso y provocando que sea atípico." ⁵⁴

⁵² DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 117

⁵³ ROXIN, Claus, Derecho Penal parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 352

⁵⁴ DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 117

La exclusión de la conducta típica por la falta de los elementos normativos, también encuadra en lo previsto en la fracción II del artículo 15 del CPF como causa de excluyente del delito.

1.2.2.1.3 Exclusión del elemento subjetivo

Los elementos subjetivos del tipo se dividen en dos grandes apartados: específicos y genéricos.

1.2.2.1.3.1 Falta de elementos subjetivos específicos

Como se ha señalado, determinados tipos requieren para su integración de específicos ánimos, fines o intenciones, cuya ausencia excluye la tipicidad de la conducta. Además de la ausencia de los elementos subjetivos específicos que excluyen el elemento subjetivo de la conducta típica también genera tal efecto la ausencia de dolo, lo cual ocurre en los llamados supuestos de error de tipo.

1.2.2.1.3.2 Ausencia de elementos subjetivos genéricos

1.2.2.1.3.2.1 Error de tipo

Si el aspecto cognitivo del dolo se conforma con el conocimiento de las circunstancias en las que el sujeto realiza su conducta típica, entonces la falsa percepción de alguna de las circunstancias esenciales de esa realidad da lugar al error de tipo.

“La percepción errónea puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos de la conducta típica o sobre alguno de los elementos normativos. Recordemos que los primeros son aquellos que se perciban a través de los sentidos, porque se manifiestan en el mundo real, mientras que los elementos normativos solo se pueden identificar a través de una comprensión intelectual.”⁵⁵

Clases: Invencible y vencible

El error de tipo puede ser invencible o vencible. En el invencible el sujeto no habría podido salir de su error ni aunque hubiese puesto su mayor diligencia y atención al actuar. Conforme a lo dispuesto en el inciso a), fracción VIII, del

⁵⁵ *Ibíd*em, p. 120

artículo 15 del CPF, el error de tipo invencible no solo elimina el dolo, sino también la culpa, eliminando el elemento subjetivo de la conducta típica y, en consecuencia, excluyendo el delito por atipicidad de la conducta, pues recordemos que el artículo 8° del CPF solo considera como conductas delictivas las cometidas dolosa o culposamente, y como la conducta realizada bajo un error de tipo invencible no puede revestir ninguno de esos títulos de comisión, tendría que quedar fuera de lo prohibido y sería impune.

“Pero si con un mínimo de atención el sujeto hubiese salido de su equivocación y darse cuenta de lo que realmente sucedía, entonces estaremos en los terrenos del error de tipo vencible, el cual elimina el dolo, pero deja subsistente la imprudencia, que se sustenta en la falta de diligencia al actuar; pero faltara verificar si dicha conducta acepta su tipicidad imprudente, para lo cual tendremos que acudir al listado del *numerus clausus*, pues en caso de que la conducta no sea de las que están allí contempladas, tampoco podremos sostener su tipicidad, según se fundamenta en los artículos 15, fracción VIII, inciso a) y su párrafo final, 66 y 60 párrafo segundo, todos del CPF. Recordemos que la conducta será atípica si no está prevista en el último precepto citado.”⁵⁶

Cabe adelantar que la creencia errónea de obrar justificadamente o ilícitamente se analiza en la culpabilidad y su fundamento se encuentra en el inciso b) del artículo 15 del Código Penal Federal.

1.2.2.1.3.2.2 Caso fortuito

La ausencia de dolo y de imprudencia da lugar al caso fortuito como excluyente del delito, previsto en la fracción X del artículo 15 del CPF. “Sin embargo la ubicación en la que se encuentra prevista la excluyente es una reminiscencia de las teorías que ubicaron al dolo y la culpa en la culpabilidad, lo cual se ha rechazado al colocar ambos elementos subjetivos genéricos en la conducta típica, lo que implica desechar el dolo en los supuestos de error de tipo invencible y vencible, así como la imprudencia (culpa) cuando el tipo no admite dicho título de comisión o no se le puede atribuir el resultado a la conducta por falta de

⁵⁶ *Ibidem*, p. 121.

fundamento jurídico para sustentar el deber legal de actuar o la conducta sale del radio de prohibición de la norma, todo lo cual se determina al analizar coordinadamente los tres elementos de la conducta típica: objetivos, normativos y subjetivos.”⁵⁷

1.3 ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En el ámbito jurídico, frecuentemente se utilizan las palabras *antijurídico*, *ilícito* e *injusto* indistintamente, lo que origina, en algunos casos, cierta confusión de conceptos. Se trata de un problema semántico, pero que puede tener implicaciones conceptuales. Según Jiménez de Asúa, “la ilicitud tiene mayor amplitud que la antijuricidad, lo ilícito es lo opuesto a la moral y también al derecho; por consiguiente, el círculo ético es de mayor radio que el Jurídico, y al decir acto ilícito, en vez de acto antijurídico, como juristas estamos separándonos de toda exactitud en nuestro lenguaje, nos desviamos de la precisión exigible y necesaria en nuestra materia, y vamos a caer en la imprecisión del lenguaje vulgar o por lo menos corriente.”⁵⁸

1.3.1 ANTIJURICIDAD

Provisionalmente puede decirse que la antijuricidad es lo contrario al Derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho. Esta definición provisional de lo antijurídico solo nos sirve de punto de partida. Pero nada nos dice, porque seguimos sin saber lo que es contrario al Derecho. “Siguiendo la evolución del concepto de la antijuricidad, hallamos que esa definición nominal insuficiente se completa por negaciones; es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por escritores y leyes. Según este sistema negativo, será antijurídico

⁵⁷ *Ibíd*em, p. 124.

⁵⁸ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, parte general, p. 193.

todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso.”⁵⁹

Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad. Los conceptos sistemáticos penales de la “antijuridicidad” y del injusto se distinguen en que la antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del derecho penal, mientras que por injusto se entiende la propia acción típica, y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor. “En el concepto del injusto se reúnen las tres categorías delictivas de la acción, tipicidad y antijuridicidad.”⁶⁰ El injusto penal, dado que presupone un tipo penal, es siempre una materia específicamente jurídicopenal; junto al mismo hay también injusto civil, injusto administrativo. En cambio, la categoría de la antijuridicidad o de la juridicidad o conformidad a Derecho, aunque puede estar limitada también al derecho penal, por regla general va mucho más allá.

La acción típica ha de ser antijurídica, o sea prohibida, por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. “Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, si el agente judicial entra coactivamente en la casa del deudor, habrá un allanamiento de morada típico; pero el mismo estará justificado por las facultades del derecho de ejecución. Pero también se contienen causas de justificación, como la legítima defensa y el estado de necesidad justificante. Ante una acción típica y antijurídica se habla de *injusto* penal, concepto que comprende por tanto las tres primeras categorías.”⁶¹

⁵⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, la ley y el delito, p. 267

⁶⁰ ROXIN, Claus, Derecho Penal parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 557

⁶¹ *Ibíd.*, p. 195

“Lo antijurídico es objetivo: liga el acto con el Estado. Por eso, como veremos, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, **SINO EL DEBER DE NO VIOLAR LAS NORMAS**. En el aspecto objetivo la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva. Ejemplificando su avance sería: Lo primero es el concepto natural, con independencia de valor (acto). Luego, es la comparación cognoscitiva con lo descrito, sin valorar (tipicidad). Ahora, la valoración objetiva con la norma (antijuricidad). Por último, el juicio de reproche (culpabilidad).”⁶² Por lo general se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho; pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado. Las leyes no surgen por generación espontánea si no que tienen unos presupuestos previos que integran el bagaje cultural de una comunidad. Las normas de cultura constituyen los principios fundamentales de la convivencia social, que el derecho regula como manifestación de una conducta. La antijurídica radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, es decir, aquilatar la estimación entre esa conducta y la escala de valores del Estado.

“Es derecho penal es garantizador, sancionador, tiene una función de protección y tutela de los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente lo subjetivo (que, desde luego, es terreno propio de la culpabilidad), puede afirmarse que la antijuridicidad es fundamentalmente objetiva, está enfocada a la conducta externa.”⁶³ “El ilustre jurista se define en favor de la utilización indistinta de los términos antijurídico e injusto. De ahí, una vez fijada esa identificación entre lo antijurídico y lo injusto (aunque reconociendo

⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 279

⁶³ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, parte general, p. 195

que se trata de conceptos ius-filosoficos distintos) que afirme que si lo antijurídico hubiera de expresarse en un término no tautológico, se deberá optar por una palabra contraria a la norma.”⁶⁴

El acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por tanto, una lesión o riesgo de un bien jurídico. La protección de los intereses vitales es el primer deber de las normas jurídicas. Pero, por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales (que son elevados a bienes jurídicos por la protección que el Derecho les otorga), no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana (garantizar la consecución de la cual es el último y principal deber del orden jurídico) exige que en un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. “De aquí resulta que la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al Derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana.”⁶⁵

“El tipo guarda respecto de la antijuricidad la misma relación que el humo con el fuego: El humo no es fuego ni contiene fuego, pero mientras no se pruebe lo contrario indica la existencia de fuego.”⁶⁶ Solo después de haber confirmado que la conducta es típica y, por tanto, penalmente prohibida, podemos seguir adelante con su análisis para determinar si también contraviene a todo el orden jurídico en general o si, por el contrario, existe alguna causa que la justifique. “Si después de dicho análisis confirmamos que la conducta es típica y antijurídica, entonces estaremos ante la presencia de un injusto, pero si hay causa que justifique la

⁶⁴ *Ibíd*em, p.194

⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Op. Cit.* p. 278

⁶⁶ ROXIN, Claus, *Teoría del Tipo Penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 61

conducta típica (ilícita o prohibida), entonces quedara excluida su antijuridicidad y será imposible considerarla como delito, dado que solo se concretó el primer elemento (conducta típica) y falta el segundo (antijuridicidad) y ya no podemos pasar a la culpabilidad. La conducta típica justificada se debe considerar como un ilícito justificado.”⁶⁷ Es fácil percibir que la mayoría de conductas-típicas solo en pocas ocasiones estarán amparadas por una causa de justificación, por lo cual también se ha dicho que la tipicidad es el indicio de la antijuridicidad.

“El delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto ajustado a lo previsto en la ley penal. Se infringe la norma (lo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico), que está en plano superior y de basamento de la ley. El código penal no dice: *no mataras*, sino que señala la sanción para el que comete un homicidio; si se mata se vulnera la norma, pero no la ley, que lo que hace es sancionar. De ahí la afirmación de que la norma crea los antijurídicos, en tanto que la ley crea la acción punible; la norma valoriza, y la ley describe.”⁶⁸

La antijuridicidad tiene un aspecto material y otro formal. “La antijuridicidad formal está constituida por la conducta opuesta a la norma en tanto que la antijuridicidad material se halla integrada por la lesión o peligro para bienes jurídicos. Normalmente, ambos aspectos suelen coincidir.”⁶⁹

El delito, en cuanto constituye un acto injusto, es como la infracción civil, un acto culpable contrario al Derecho. “El delito es, pues, contrario al Derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: Primero, el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.”⁷⁰

⁶⁷ DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 125

⁶⁸ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, parte general, p. 196

⁶⁹ *Ibíd*em, p. 195

⁷⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 273

1.3.1.1 FORMAL

Si la conducta-típica y antijurídica es aquella que no solo está prohibida por el derecho penal, sino que además contraviene a todo el sistema jurídico en su conjunto, entonces podemos sostener que formalmente estamos ante *injusto*.

Para adentrarse en la concepción de la antijuridicidad es menester recordar que el orden jurídico se conforma de diversas leyes, como son las de carácter civil, laboral, fiscal, penal. Cada una de esas leyes regula una materia en particular, pero entre ellas debe existir una relación sistemática que evite formalmente la contradicción de principios. “De ahí que la valoración de un hecho puede realizarse conforme a una rama del derecho y, posteriormente, conforme a todo el orden jurídico. De esa guisa, el derecho penal es el encargado de determinar cuáles son las conductas prohibidas en particular, pero existen hechos en los que una conducta prohibida se desarrolla en tales circunstancias que hacen concurrir a otras normas jurídicas que dan lugar a su justificación frente al orden jurídico en general.”⁷¹

La antijuridicidad formal es una consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones criminales; donde dicho principio está vigente; solo cuando no esté vigente este criterio de legalidad, prevalecerá la antijuridicidad material (como en el caso de la Alemania Nazi, con el sano sentimiento popular y la analogía, fuente de aberraciones y abusos sin medida. En el Derecho mexicano, el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege* está consagrado en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional que señala:

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

⁷¹ DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 127

1.3.1.2 MATERIAL

La antijuridicidad material implica que la conducta-típica genere una lesión o puesta en peligro del bien fundamental para la vida en sociedad. “Esa lesión al bien se considera antijurídica cuando se realizó en tales circunstancias que no solo es valorada socialmente como nociva, sino también como injustificada, y por ello también es injusta.”⁷²

Los hechos prohibidos o exigidos por las normas penales suelen ser nocivos o peligrosos socialmente, pero, aun cuando no lo fueran, siempre serían antijurídicos por contravenir lo mandado por la norma. Los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material), no previstos por la norma penal, solo serán antijurídicos cuando una ley los sancione. “La antijuridicidad material sin la antijuridicidad formal no tiene trascendencia penal. La percepción de estos dos aspectos, sin afectar para nada el concepto unitario de la antijuridicidad es perfectamente posible.”⁷³

La antijuridicidad formal y material pueden coincidir, pero también discrepar. No es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva; pero no es imposible. Caso de que exista, el juez está ligado por la ley; “la rectificación del Derecho está más allá de los límites de su misión.”⁷⁴

Sin embargo, “frente al Derecho positivo y frente a la terminología basada en él, sólo es posible expresar en forma negativa este criterio de la antijuridicidad. A saber: no existe antijuridicidad cuando la acción de que se trata se caracteriza como justificada según el criterio del principio formal antes indicado. Ahora bien; para hallar la definición positiva de la antijuridicidad no es posible, naturalmente, invertir la fórmula diciendo: toda acción que no es medio justo al fin justo es

⁷² *Ibíd*em, p. 128

⁷³ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, parte general, p. 197

⁷⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 278

antijurídica. Pues, respecto a que el orden jurídico prohíba toda clase de estas acciones, no existe la menor sombra de prueba; lo contrario es en cambio evidente. Sabemos que el Derecho muchas veces recibe en sí sólo el mínimo de los deberes que de manera justa son exigibles a los ciudadanos, que sobre todo hoy sólo en casos muy raros exige una actividad en interés de la comunidad social, satisfaciéndose generalmente con prohibir las intervenciones productoras de lesión. Y en este respecto constituye, sin duda, el tipo firmemente determinado en los diferentes parágrafos del Código, una Magna Carta del delincuente, en tanto que establece neta y de modo inalterable los límites hasta los que también el actuar antisocial es impune o permanece sin sanción jurídica alguna y los límites a partir de los cuales comienza la reacción estatal. Así se comprueba que el tipo del delito y el carácter antijurídico del mismo se completan recíprocamente, y en verdad de tal suerte, que el último aparece condicionado por la realización del tipo y a su vez éste por aquél.”⁷⁵

1.3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACION

“Las causas de justificación cumplen una función político-criminal, pues a través de ellas el legislador pretende solucionar aquellos supuestos en que las circunstancias obligan a justificar una conducta prohibida que lesiona a un bien jurídico tutelado (conducta-típica). “Por ello, las causas de justificación siempre deberá estar plasmadas en la ley, y su aplicación requiere de la constatación de todos y cada uno de los elementos indicados por el legislador, por lo cual no son admisibles las llamadas causas de justificación supralegales (aquellas no reconocidas expresamente en el orden jurídico) o la inclusión o exclusión de elementos no contemplados en la regulación de la causa de justificación.”⁷⁶ “Cuando falta la antijuricidad podemos decir que no hay delito, que el hecho se justifica, es decir, que hay una causa de justificación.”⁷⁷

⁷⁵ *Ibíd*em, p. 274

⁷⁶ DIAZ ARANDA, Enrique, *Op. Cit.* p. 126

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Op. Cit.* p. 280

En vez de causas de justificación también se puede hablar de "causas de exclusión del injusto", en lo que no hay una diferencia de significado. Concretamente, la admisión de una causa de justificación no implica afirmar que la conducta justificada deba valorarse positivamente. Dicha conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y con ello es aceptada por éste, pero la emisión de ulteriores juicios de valor positivos no pertenece a los cometidos del Derecho penal. Así por ejemplo el castigo moderado de un niño por sus padres es reconocido por el ordenamiento jurídico como emanación del derecho de educación paterno; pero con ello no se toma posición alguna en la polémica pedagógica sobre el valor o desvalor de los castigos corporales." ⁷⁸

Lo antes expuesto nos lleva a excluir aspectos subjetivos del autor como requisitos para justificar la conducta, los cuales han sido denominados como elementos subjetivos del injusto. Debemos recordar que en el análisis de la antijuricidad estamos realizando un juicio sobre la conducta-típica frente al orden jurídico, por lo cual los motivos que guían al sujeto que obra justificadamente solo serían relevantes si la causa de justificación los contempla expresamente, pero si no forman parte de los requisitos enunciados por el legislador para justificar el ilícito, no podemos incluirlos, ya que el único facultado para determinar cuándo se justifica una conducta prohibida es el mismo legislador.

1.3.2.1 CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

A pesar de que las causas de justificación son conocidísimas desde antiguo en alguna de sus especies (valga la legítima defensa como ejemplo), sólo en estos últimos años adquieren exacta significación técnica

Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que

⁷⁸ ROXIN, Claus, Derecho Penal parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 557

revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen. “Las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al Derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuricidad, estudiada antes. Ya veremos luego cómo el moderno concepto de la antijuricidad ha variado el alcance de las justificaciones, que hoy no se agota, como antes, en fórmulas tasadas y casuísticas, sino que pueden existir aun cuando los Códigos no las marquen.”⁷⁹

1.3.2.2 FUNDAMENTACIÓN

Ahora ya no se busca para cada una de las especies justificantes una base propia, como Carrara lo hacía con la legítima defensa, sino que se edifica un sistema como los que nos han ofrecido Mayer y Mezger.

Para el primero, las denominadas causas de justificación se basan, o en la lucha contra lo injusto o en el valor del interés protegido, añadiendo, además, los privilegios conforme al cuadro siguiente:

- A) La lucha contra lo injusto:
 - I. El deber jurídico.
 - II. La legítima defensa.
 - III. La ayuda propia.
- B) El reconocimiento del interés protegido:
 - I. Norma general. (Lo que no se opone a la norma de cultura.)
 - II. La esfera de libertad que se deja por el Estado.
 - 1) El consentimiento de la víctima.
 - 2) La actividad curativa del médico.
 - III. La corrección.

⁷⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 284

C) Privilegios.

Según Edmundo Mezger, las causas de justificación se basan, o en la falta de antijuricidad, según el principio de la ausencia de) interés, o por preponderancia de aquél, conforme a este esquema:

- a) Ausencia de antijuricidad según el principio de la ausencia del interés:
 - I. Consentimiento del ofendido.
 - II. Consentimiento presunto.
- b) Ausencia de antijuricidad según el principio del interés preponderante:
 - I. La acción especialmente debida.
 - II. La acción realizada en virtud de especiales derechos, en particular el *Notrecht* (derecho de necesidad).
 - III. El principio de la valuación de los bienes jurídicos.

1.3.2.3 ESPECIES

1.3.2.3.1 Consentimiento

La palabra consentimiento proviene del verbo latino *consentiré* (*cum* = con y *sentire* = sentir), compartir el sentimiento o parecer; licencia, autorización, permiso que se concede. Es el Permitir una cosa o condescender a que se haga

El consentimiento según la Real Academia Española es:

1. Masculino. Acción y efecto de consentir.
2. Masculino. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.
3. Masculino. Derecho. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

Jurídicamente, la inclusión expresa del consentimiento del sujeto pasivo en nuestro sistema jurídico, es producto de la reforma de 1994⁸⁰ del Código Penal Federal, lo cual se realizó en los términos siguientes:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

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

- a) Que el bien jurídico sea disponible;*
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;*

El legislador mexicano siguió una vía distinta al legislador penal español que optó por otorgar relevancia al consentimiento exclusivamente en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (artículo 156 del Código Penal español).

Cabe advertir que en el CPF se emplea la denominación “consentimiento del bien jurídico tutelado”, mientras que en la fracción I del artículo 405 del CNPP solo quedó contemplado el consentimiento presunto como causa de justificación para dictar sentencia absolutoria, pues señala:

Artículo 405. Sentencia absolutoria

En la sentencia absolutoria, el Tribunal de enjuiciamiento ordenará que se tome nota del levantamiento de las medidas cautelares, en todo índice o registro público y policial en el que figuren, y será ejecutable inmediatamente.

⁸⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de enero de 1994

En su sentencia absolutoria el Tribunal de enjuiciamiento determinará la causa de exclusión del delito, para lo cual podrá tomar como referencia, en su caso, las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad, bajo los rubros siguientes:

*I. Son causas de atipicidad: la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, **el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible**, el error de tipo vencible que recaiga sobre algún elemento del tipo penal que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable, así como el error de tipo invencible;*

*II. Son causas de justificación: **el consentimiento presunto**, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, o*

III. Son causas de inculpabilidad: el error de prohibición invencible, el estado de necesidad disculpante, la inimputabilidad, y la inexigibilidad de otra conducta.

Dichas circunstancias sin contemplar el consentimiento expreso y el tácito, lo cual es una falla legislativa que deberá corregirse.

“Pero los problemas de la inclusión del consentimiento en la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal inician al tratar de determinar si el consentimiento excluye al delito porque se le considera causa de exclusión de la tipicidad de la conducta, o si el delito queda excluido porque dicho consentimiento justifica la conducta del sujeto activo. Lo anterior no ha sido aclarado por el legislador penal. Pues en ninguna de las diez fracciones del citado artículo se establece si estamos, por ejemplo, ante una causa de justificación o de

inculpabilidad; solo se refiere, en general, a la causa de exclusión del delito. Dicha tarea corresponde precisamente a la dogmática.”⁸¹

1.3.2.3.1.1 Naturaleza del consentimiento contenido en la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal

La interrogante a resolver es si se trata de una causa de exclusión de la tipicidad o es una causa de justificación. Según Enrique Díaz Aranda es una causa de justificación.

Para comprender lo anterior es necesario recordar que dentro de la variedad de conductas del ser humano, solo algunas, las menos, están prohibidas por el legislador penal. Entre dichas conductas encontramos aquellas que se han descrito en un tipo penal porque van en contra del interés del titular del bien jurídico para disponer de este libremente, como sucede, por ejemplo, con el allanamiento de morada o el robo, en los cuales la prohibición radica en la contravención al interés del titular del bien para disponer libremente del mismo. De esta suerte, si el titular del bien consiente o permite voluntariamente que un tercero penetre en su casa o se apodere de su reloj, esa conducta no constituye una lesión a la libre disponibilidad del titular y estaremos ante una conducta atípica. A pesar de una realización formal del tipo penal falta materialmente una lesión antijurídica del bien jurídico, porque el verdadero bien jurídico no es el mantenimiento del objeto en cuestión, sino la libertad de disposición individual.

De esta forma, en los supuestos en los cuales el consentimiento excluye su tipicidad, podemos hablar de un hecho irrelevante para el derecho penal; se trata de un suceso normal de la vida social que no lesiona al bien jurídico tutelado. La doctrina alemana ha convenido en denominar a estos supuestos como casos de *acuerdo*, también traducido como *conformidad del afectado*.

En resumen, el consentimiento tiene plena eficacia, porque en ellos el legislador quiere proteger, única y exclusivamente, la libre disposición del titular de un bien

⁸¹ DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 132

jurídico y evitar aquellas conductas que atentan contra su voluntad, sin importar el objeto en sí mismo.

Así, quedará excluida la tipicidad de la conducta cuando concurre el consentimiento en los supuestos de robo, abuso de confianza, violación, allanamiento de morada, privación ilegal de la libertad, etc.

Por otra parte, la falta de consentimiento puede estar prevista en el tipo de forma expresa o tácita. Por ejemplo, se hace referencia a la falta de consentimiento en los tipos de robo y allanamiento de morada. En forma implícita: la violación, el abuso de confianza, la difamación y la privación ilegal de la libertad. En todos los supuestos anteriores, el consentimiento será una causa de atipicidad a la cual se refiere la fracción II del artículo 15 del CPF y no la de la fracción III.

En conclusión, el legislador penal mexicano no incluyó al consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, porque no se necesitaba una reforma para incorporar algo que ya estaba previsto en la fracción II del artículo 15. “Lo anterior se confirma con lo dispuesto en la fracción I del artículo 405 del Código Nacional de Procedimientos Penales al contemplar el *consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico disponible*, como causa de atipicidad que excluye el delito y sustenta la sentencia absolutoria.”⁸²

“Lo único criticable de la expresión *consentimiento de la víctima* radica en su contradicción, pues no se puede considerar como víctima a quien ejerce su derecho para disponer de su propio bien, aunque existe un sector de la doctrina que también utiliza dicha denominación.”⁸³

Antes de seguir avanzando en el tema del consentimiento, conviene tener presente la diferencia entre el consentimiento y asentimiento, pues el primero implica un “**querer**” mientras que el segundo responde a un “**tolerar**” o resignarse. Así, por ejemplo, quien entrega su cadena de oro al ladrón que lo amenaza, no está consintiendo ni queriendo deshacerse del objeto, sino que se

⁸² *Ibíd*em, p. 133

⁸³ *Ídem*

resigna a ser privado del bien. En este sentido, solo el consentimiento es eficaz para excluir la tipicidad de la conducta del sujeto activo y no el asentimiento.

Por otra parte, el consentimiento puede formar parte de la descripción típica e implicar una reducción de la pena, como en el aborto consentido (artículo 300 del Código Penal Federal), el estupro (artículo 262 del CPF), el auxilio ejecutivo al suicidio (artículo 312 del CPF), en los cuales el consentimiento ni hace irrelevante el hecho para el derecho penal ni justifica la conducta del sujeto activo, pero, como mencionamos, su concurrencia si da lugar a la aplicación de una pena menor. En los dos primeros supuestos, el tipo hace mención expresa al consentimiento del sujeto pasivo, mientras que en el tercero, el homicidio consentido, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se encuentra implícito.

Hasta aquí hemos analizado el consentimiento en sede de tipicidad, ahora corresponde su estudio como causa de justificación en sede de antijuricidad. “La complejidad del consentimiento como causa de justificación radica en que la conducta del sujeto activo lesiona efectivamente el bien jurídico e integra el conjunto de elementos que permiten ubicar la conducta en el tipo y, en consecuencia, no podemos hablar de un suceso normal de la vida social, pues están en contraposición el desinterés del titular del bien y el interés general de la sociedad.”⁸⁴

1.3.2.3.1.2 Consideraciones sobre el consentimiento

Vamos a hacer unas breves consideraciones sobre el consentimiento. Parecía ser *communis opinio* que, puesto que nuestra disciplina es de índole pública, ninguna voluntad privada puede destruir la índole delictiva de una acción u omisión. “Era inútil que se invocara el viejo apotegma *volenti non fit iniuria*, de que habló Feuerbach; pero ahora, el Profesor Edmundo Mezger incluye, según hemos visto, en el primer grupo de causas de justificación, con arreglo al principio de ausencia de interés, el consentimiento. A nuestro juicio, yerra Mezger al

⁸⁴ *Ibíd*em, p. 134

anunciar en general lo que sólo particular y excepcionalmente puede ser resuelto, como él mismo confiesa.”⁸⁵

Para decidir el problema es poco menos que imprescindible retomar a la ya traspasada división de derechos alienables o inalienables. El propio Mezger distingue en el bien jurídico el poseedor del objeto de la acción (cuerpo en el homicidio), del poseedor del objeto de protección (sociedad en el homicidio), creyendo que en tales casos el consentimiento no actúa. Por su parte, Sebastián Soler, que acepta el consentimiento como causa de justificación, nos habla de la naturaleza del bien tutelado y dice que para saber si el consentimiento actúa o no, hay que atender, sobre todo, a los motivos de la tutela. Sólo en lo que constituye un derecho subjetivo es aceptable el consentimiento, pero no en los bienes jurídicos protegidos bajo la forma de interés jurídico.

Si las causas de justificación tienen como importantísimo carácter ser generales a todas las especies de delitos, y actúan en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellas, ya que hasta los partidarios de darle tan descollante papel confiesan que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse. Por lo demás, el consentimiento lo que hace es destruir el tipo. “Sí entramos en una casa con permiso del dueño, sería ridículo decir que hay una violación de domicilio consentida, puesto que lo que existe, en realidad, es una visita. Del mismo modo, si permitimos que otro tome nuestro reloj, no hay un hurto consentido, sino otra figura que en el Derecho civil se denomina donación.”⁸⁶

1.3.2.3.1.3 El consentimiento como causa de justificación en el Derecho penal mexicano

Si nos hacemos la pregunta: ¿el consentimiento del sujeto pasivo es una causa de justificación en el Derecho Penal mexicano? La respuesta es desde luego: Sí, si es una causa de justificación.

⁸⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 286

⁸⁶ *Ibíd*em, p. 287

“Históricamente la eficacia del consentimiento ha variado en función de la concepción material del delito. Así, se ha dicho que en el Derecho romano tenía plena relevancia. La teoría iusracionalista lo excluía cuando se trataba de derechos inalienables, es decir, con marcado interés público. La escuela histórica le negó toda eficacia, pues, partió de la base que el Derecho penal solo puede atender al interés colectivo. En cambio, la filosofía Hegeliana le dio eficacia al considerar que la voluntad subjetiva individual no contravenía la voluntad objetiva de la comunidad. La escuela sociológica del Derecho considera que al faltar el interés de la persona, la conducta del sujeto activo no puede ser antijurídica, incluso en delitos contra la vida. Hoy en día en Alemania la jurisprudencia y la doctrina dominante sostienen el criterio de que quien consiente, renuncia, mediante el abandono de sus intereses, a la protección penal.

“En términos generales la Doctrina entiende que el consentimiento concurre cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento. En efecto, en ciertos supuestos de hecho el consentimiento del sujeto pasivo excluye su tipicidad y podemos hablar de un hecho irrelevante para el Derecho penal debido a que se considera un suceso normal de la vida social que no lesiona al bien jurídico tutelado. A estas figuras la doctrina alemana ha convenido en denominarlos casos de acuerdo. En dichos supuestos el consentimiento tiene plena eficacia, pues en ello el legislador quiere proteger, única y exclusivamente, la libre disposición del titular de un bien jurídico y evitar aquellas conductas que atentan contra su voluntad, sin importa el objeto en sí mismo.

“Lo anterior no implica que el Derecho penal pierda su naturaleza pública para proteger solamente el interés del particular. Pero el interés colectivo aparece cuando la voluntad del particular ha sido transgredida. Solo así, como afirmo Quintano Ripolles, puede explicarse la intervención del Derecho penal como protector de intereses colectivos, confluyendo en estos supuestos la víctima inmediata privada y la mediata ideal estatal, en otras palabras, el interés público

está detrás del interés particular y ante la ausencia de este último sucede lo mismo con el primero.”⁸⁷

“Por otra parte, la falta de consentimiento puede estar prevista en el tipo de forma expresa o tácita. Así, por ejemplo, se hace referencia a la falta de consentimiento en los tipos de robo y allanamiento de morada. En forma implícita: la violación; el abuso de confianza; la difamación y la privación ilegal de la libertad.

“En contrapartida, en delitos como el aborto consentido; el estupro y, el auxilio ejecutivo al suicidio, el consentimiento ni hace irrelevante el hecho para el Derecho penal ni justifica la conducta del sujeto activo, pero si da lugar a la aplicación de una pena menor. En los dos primeros supuestos el tipo hace mención expresa al consentimiento del sujeto pasivo, mientras que en el de homicidio consentido, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se encuentra implícitamente.”⁸⁸

La complejidad del consentimiento como causa de justificación radica en que la conducta del sujeto activo lesiona efectivamente el bien jurídico e integra el conjunto de elementos que fundamentan positivamente al tipo, y en consecuencia, no podemos hablar de un suceso normal de la vida social, pues están en contraposición el desinterés del titular del bien y el interés social en preservarlo y evitar su lesión.

Una vez estudiado lo anterior, para adentrarnos al consentimiento en el derecho penal mexicano es importante realizar un acercamiento histórico al problema:

Existe una confusión entre el consentimiento y el perdón del ofendido. En el código penal mexicano vigente hasta 1931 negaba relevancia al consentimiento, pues rezaba:

Artículo 9º la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

⁸⁷ DIAZ ARANDA, Enrique, El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 1006

⁸⁸ Ibidem, p.1009

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

VI. Que obro con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93.

Y hasta antes de la reforma de 13 de enero de 1984, el citado artículo 93 establecía:

Perdón y consentimiento del ofendido

Artículo 93. El perdón o el consentimiento del ofendido extinguen la acción penal, cuando concurren estos requisitos:

I. Que el delito no se pueda perseguir sin previa querrela.

II. Que el perdón se conceda antes de formularse conclusiones por el Ministerio Público; y

III. Que se otorgue por el ofendido o por la persona que reconozca este ante la autoridad como legítimo representante o por quien acredite legalmente serlo, o en su defecto, por tutor especial que designe el juez que conoce del delito

De lo anterior se colige una deficiente redacción por parte del legislador, pues conllevó a utilizar como sinónimos dos conceptos de naturaleza distinta: el consentimiento del sujeto pasivo (sustantiva) y el perdón del ofendido (adjetiva).

“Pese a lo anterior, la confusión derivada de la ley al considerar como sinónimos al consentimiento del sujeto pasivo con el perdón del ofendido y que posteriormente lleva a la jurisprudencia a utilizar de forma indistinta dichos términos, fue puramente terminológica. De ahí que al referirse al artículo 9 del Código Penal se dijera: realmente no se sabe que andará haciendo el consentimiento del ofendido en los problemas de intencionalidad del agente, ni por qué habría de pensarse que se eliminara esta por aquel, si sus factores son el conocimiento de los elementos típicos del acto y la determinación propia sobre

ese conocimiento”⁸⁹ Lo cual resulta relevante pues más adelante la jurisprudencia y la doctrina distinguieron entre el consentimiento cuando se empleaba como sinónimo de perdón del ofendido y cuando se trataba del consentimiento ubicado a nivel de tipo, como excluyente de la tipicidad o como atenuante de la punibilidad.

La confusión referida feneció con la reforma de 13 de enero de 1984, pues en su artículo 9º del CPF se reconoce el principio de culpabilidad en sentido amplio y se omite cualquier referencia al consentimiento.

La doctrina mexicana ha tenido clara la diferencia conceptual entre consentimiento y perdón, ello al manifestar: “el consentimiento del ofendido no es medio extintivo de la responsabilidad penal, sino, como ya vimos, causa excluyente de incriminación, a título de atipicidad o de licitud, quo impide, *ab initio*, la integración del delito”⁹⁰ mientras que “el perdón es un acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, por el cual el ofendido o legitimado hace remisión del agravio o manifiesta su voluntad de que no se inicie, no se continúe el procedimiento o no se ejecute la sentencia en primera instancia, o sea antes de que se pronuncie está en segunda instancia.”⁹¹

La concepción del consentimiento estaba claramente delimitada en la jurisprudencia de epígrafe:

CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO. Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último

⁸⁹ Ibidem p. 1013

⁹⁰ Ibidem p.1014

⁹¹ Idem

*es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica.*⁹²

Dado la anterior jurisprudencia, su relevancia quedo de manifiesto de forma reiterada en aquellos delitos en los cuales su existencia excluye la tipicidad de la conducta del sujeto activo, por ejemplo, Si bien el delito de robo se persigue de oficio, aunque el agraviado no tenga interés en el castigo del delincuente, para que exista dicho delito se necesita que el ladrón se apodere del objeto robado sin el consentimiento de la persona que puede disponer de él, y si el dueño de los bienes manifestó claramente que estuvo conforme con el hecho de que el acusado se haya apoderado de los objetos, es decir, manifestó su conformidad con lo que hizo, esta conformidad debe considerarse como consentimiento, y por lo mismo, no se tipifica el delito de robo .

Y en contrapartida, cuando su ausencia adecua dicha conducta al tipo, como sucede, por ejemplo, en los delitos de violación (el cual se caracteriza porque hay ausencia del consentimiento de la ofendida) y robo, como se cita en la tesis de rubro:

***ROBO.** El delito de robo consiste en el apoderamiento de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin el consentimiento de la persona que puede disponer de ella, con arreglo a la ley; de modo que si la cosa que se dice robada, está en poder de aquel a quien se imputa el robo, por algunas razones de orden legal, falta uno de los elementos esenciales, para que exista el delito.*⁹³

⁹² Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXXII, Pág. 1348, Sala Auxiliar, CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO, Amparo penal directo 4699/52. Scolari Llaguno Humberto y coagraviado. 22 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Rafael Matos Escobedo. La publicación no menciona el nombre del ponente

⁹³ Apéndice de 1995, Quinta Época, Tomo II, parte HO, Tesis 993, Pág. 622, Primera Sala, ROBO, Amparo en revisión 2334/22. Aca Apolinar y coag. 18 de mayo de 1926. Unanimidad de diez

También se tuvo claro que en ciertos delitos, la mediación del consentimiento del sujeto pasivo conlleva a la atenuación de la punibilidad, como sucede en el homicidio consentido o en aquellos supuestos en los que la ausencia del consentimiento da lugar a un delito distinto, como sucede en la relación estupro y violación. Para mayor precisión citamos las tesis de título:

SUICIDIO. HOMICIDIO SOLICITADO.- El suicidio "acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida", no es delito, ni cuando se consuma ni cuando se frustra, pero la participación de otros en el suicidio ajeno, sí lo es. Así pues, analizando la parte final del artículo 312 del Código Penal, en el sentido de que la participación material tan completa que realiza una persona hasta el punto de causar la muerte de otro, determina la represión penal, a virtud de que nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que, con arreglo a la doctrina -la que por cierto sustentan otras legislaciones-, el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés, a virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida, hasta el punto de que el agente participe realice materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, a virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona.⁹⁴

votos. Amparo en revisión 2534/24. Malpica Francisco. 6 de diciembre de 1926. Mayoría de siete votos. Amparo directo 4408/25. Echenique Rivas Juan. 20 de agosto de 1929. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 103/29. Fraire Salvador. 19 de noviembre de 1929. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 3753/27. Peña Ocampo Alvaro. 27 de marzo de 1930. Cinco votos.
⁹⁴ Apéndice 2000, Sexta Época, Tomo II, Penal, P.R. SCJN, Tesis 3043, Pág. 1418, Primera Sala, SUICIDIO. HOMICIDIO SOLICITADO. Amparo directo 1926/57.-Honorio Ruiz Alba.-22 de agosto de 1958.-Unanimidad de cuatro votos.-Ponente: Luis Chico Goerne. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XIV, Segunda Parte, página 219, Primera Sala.

*ESTUPRO. CUANDO NO SE CONFIGURA. Este delito no se configura, cuando hay ausencia de los elementos "consentimiento" y "seducción" o "engaño". Y si el acto erótico sexual ejecutado por el delincuente, tuvo lugar mediante la violencia física, y sin consentimiento de la ofendida, esto configura un delito diverso.*⁹⁵

Con lo hasta aquí expresado es posible llegar a dos conclusiones: La primera es que la confusión entre consentimiento y perdón del ofendido fue puramente terminológica a nivel legislativo y jurisprudencial y termino con la reforma de 1984. La segunda conclusión, la función del consentimiento del sujeto pasivo cuando se ubicaba a nivel de tipo ha estado clara tanto en la jurisprudencia como en la doctrinal mexicana. En otras palabras, los supuestos, llamados por la doctrina alemana, de "acuerdo" han sido claramente identificados desde antiguo en México.

1.3.2.3.1.4 ¿Se ha llegado a considerar al consentimiento como causa de justificación en México?

Hasta antes de la reforma de 1994, la doctrina se pronunció en contra del consentimiento como causa de justificación, al manifestar:

“Incidentalmente la afirmación de que lo antijurídico lesiona o pone en peligro intereses protegidos, obliga a insistir en que se trata de intereses sociales y no individuales, pues la inadvertencia de tal distinción hizo creer que el consentimiento de la persona directamente afectada por el delito, o la falta de interés de esa persona en mantener el bien jurídico que se le garantiza, hará desaparecer la antijurídica del acto. El homicidio consentido, por ejemplo, no sería antijurídico si tal consentimiento demostrara que no había en el caso intereses por la conservación de aquella vida, o interés que pudiera ser objeto de

⁹⁵ Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XVII, Segunda parte, Pág. 20, Primera Sala, ESTUPRO. CUANDO NO SE CONFIGURA. Amparo directo 6581/62. José Inés Espiricueta Miramontes. 5 de junio de 1963. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Alberto R. Vela.

lesión... Nuestra Ley Penal quiso prevenir aquel error de dar a todo consentimiento de los ofendidos el carácter de excluyente de antijuricidad.”⁹⁶

Sin embargo, después de la reforma ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado del problema. Lo anterior podría hacernos pensar que el legislador mexicano ha querido dejar bien clara la función del consentimiento como excluyente de la tipicidad y no como causa de justificación. Empero, se pueden formular más objeciones a dicha afirmación.

“El primer reparo es de carácter práctico, pues, la jurisprudencia ya se había referido en diversas ocasiones a los requisitos contenidos en la fracción III del artículo 15 del Código Penal: bienes disponibles, capacidad jurídica, formas de manifestación y ausencia de vicios. Tampoco desde una interpretación sistemática del Código Penal mexicano se encontraría razón de ser a la inclusión del consentimiento como excluyente de la tipicidad, porque la misma reforma de 1994 dispuso en la fracción II del artículo 15 que el delito se excluye cuando: falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate. Por tanto, en aquellos delitos en que el tipo requiere la realización de la conducta sin el consentimiento del sujeto pasivo, su mediación supone la exclusión prevista en la citada fracción segunda.

“En conclusión, el legislador penal mexicano no incluyó al consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, porque no se necesitaba una reforma para aclarar algo que ya estaba suficientemente delimitado en la ley, la jurisprudencia y la doctrina mexicana. Además, desde una interpretación sistemática del Código Penal, cuyo respaldo se encuentra en diversas normas supremas contenidas en tratados Internacionales firmados y ratificados por México, se puede deducir que a partir de las reformas de 1994 el consentimiento es, también, una causa de justificación en el Derecho Penal mexicano.”⁹⁷

⁹⁶ DIAZ ARANDA, Enrique, El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano” p. 1018

⁹⁷ *Idibem*, p. 1019

1.3.2.3.2 Legítima Defensa

La legítima defensa está reconocida en la fracción IV del artículo 15 del CPF, en los siguientes términos:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

Se debe hacer precisión que todas las causas previstas en las diferentes fracciones del artículo 15 del CPF excluyen al delito como última consecuencia y que corresponde al jurista determinar cuál de los tres elementos del delito queda excluido. Una formulación Jurídico penal completa sería: reunidos todos los requisitos de la legítima defensa, previstos en la fracción IV del artículo 15 del CPF, se puede concluir que la conducta típica se justifica quedando excluida la antijuridicidad y, en consecuencia, el delito. Conforme a lo anterior, las conductas amparadas por la legítima defensa ni pueden ser consideradas licias y no se encuentran amparadas por una causa de exculpación, las cuales corresponden a la culpabilidad. “Por ello es necesario recalcar que la legítima defensa es una conducta- típica, pero justificada, por lo que dichos supuestos se resuelven en sede de la antijuridicidad y ello supone que el delito queda excluido por faltar su segundo elemento, siendo inaceptable pasar a la culpabilidad.”⁹⁸

⁹⁸ DIAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, Op. Cit. p. 136

La legítima defensa se sustenta en dos principios fundamentales: la protección del derecho individual y la defensa del orden jurídico o el prevalecimiento del derecho. “La *protección del derecho individual* significa que *la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien individual*. Respecto al bien individual defendido, es importante hacer notar que nuestro legislador no ha establecido que este deba ser de mayor valía en relación con el bien que se lesiona, y por esa razón se justifica que el dueño de la casa mate al ladrón que ha penetrado en su morada; ello es así a pesar de que la vida del ladrón, en principio, vale más que todos los bienes muebles que pudiera haber en el interior del hogar, aunque para sostener debidamente este criterio es necesario unirlo al de la defensa del orden jurídico.”⁹⁹

Ahora bien, la razón por la que se excluye la legítima defensa de bienes colectivos radica en que esa función está reservada al Estado, y los ciudadanos no deben asumir ese rol debido al alto riesgo de desestabilización social que supondría convertir a todos los ciudadanos en policías sin control, de allí que sean tan cuestionadas, entre otras cosas, las acciones de las autodefensas. Por esta razón, quien tiene conocimiento de la agresión a bienes públicos debería acudir a los órganos de policía competentes.

Respecto a la defensa del orden jurídico, en principio es el Estado el encargado de vigilar y hacer prevalecer el derecho en la sociedad. Pero es imposible garantizar por completo la inviolabilidad del orden jurídico; por esa razón, el Estado se ve en la necesidad de permitir al ciudadano proteger y defender sus derechos en situaciones extremas a través de la repulsa de una agresión ilegítima, pues se debe considerar que la actitud del agresor supone un desafío y una contravención a lo dispuesto en el orden jurídico, mientras que el defensor trata de hacerlo valer. Con lo anterior se busca resguardar el derecho y mandar al delincuente un mensaje señalándole que la agresión contra los bienes de los particulares no solo se puede tratar de evitar a través de los órganos de policía,

⁹⁹ *Ibíd*em, p. 137

sino también otorgando al ciudadano el derecho a defenderse. Así, el reconocimiento de la legítima defensa obedece a una política criminal del Estado, guiada por un fin preventivo general que busca evitar la comisión de conductas típicas y antijurídicas; no obstante el Estado debe utilizar todos los medios a su alcance para evitar que el ciudadano se vea en la necesidad de llegar al extremo de la autodefensa.

1.3.2.3.2.1 Elementos

Para que la justificación de una conducta por legítima defensa es necesario que concurren todas las circunstancias previstas por el legislador, ya que en caso contrario habrá un exceso en la legítima defensa, que ya no justifica la conducta y confirma la antijuridicidad, aunque la pena a imponer se reduzca.

1. Repeler.- La defensa real es una de las más antiguas e importantes justificantes reconocidas desde el antiguo derecho canónico. “La más elemental noción sobre la defensa legítima se relaciona con un contra-ataque, una repulsa a una lesión antijurídica proveniente de un ser humano, pues la defensa frente a animales no es abarcada por la excluyente, sino por el estado de necesidad.”¹⁰⁰ “Repeler” significa rechazar la agresión, motivo por el cual la conducta del agredido solo puede justificarse frente al agresor y no frente a un tercero ajeno al ataque injusto.
2. Agresión: Una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana. Aunque nuevamente se observa la falta de precisión sistemática al considerar que estamos ante una causa de exculpación y no una de justificación, como propiamente lo es, en este criterio se confirma la necesidad de la amenaza material que presupone la agresión, la cual puede provenir de otra persona o de un instrumento que sea utilizado para el ataque. “Ahora bien, la procedencia de la legítima defensa

¹⁰⁰ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 199

contra una conducta de omisión, debemos señalar que en el mundo real solo existen conductas activas, por lo que la omisión tendrá que consistir en el impedimento del garante para que otro evite la lesión que en principio debía proteger.”¹⁰¹ “Cabrá la defensa contra toda agresión y es susceptible de agresión el que es capaz de realizar actos. El loco tiene voluntad y motivación, aunque sean anormales; por eso, su acto es agresivo y nos constituye en defensores legítimos cuando le repelemos. En cambio, el sugestionado no es capaz de acción; por tanto, no cabe legítima defensa contra sus aparentes agresiones.”¹⁰²

3. Real.- Lo real es lo que existe en el mundo físico, y ello nos lleva a confirmar que la valoración ordenada por el legislador en la legítima defensa debe sustentarse en el hecho y no en el sujeto que se defiende. “No se deben resolver en la antijuridicidad supuestos como el de la legítima defensa putativa, en los cuales el autor cree falsamente que está justificada su conducta pero en la realidad no se verifican todos los requisitos, pues en ellos el problema no radica en los hechos reales (dada la inexistencia de una agresión real), sino en la falsa percepción del sujeto sobre esas circunstancias, cuyo análisis es propio de la culpabilidad, específicamente en el error sobre la justificación.”¹⁰³
4. Actual o inminente.- La palabra actual deriva del latín *actualis*, de *actus*, y significa presente, en sincronía con el acto de defensa, excluye que la misma sea remota o futura. “En efecto, una defensa previa no justifica la reacción agresiva, a menos que existan datos suficientes para presumir que el ataque era obvio o próximo, cercano, pues de ser la acción defensiva alejada del supuesto embate o tratándose de actos preparatorios, no quedara justificada la conducta.”¹⁰⁴

¹⁰¹ DIAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, Op. Cit. p. 139

¹⁰² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 294

¹⁰³ DIAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, Op. Cit. p. 140

¹⁰⁴ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 200

Con dichos términos “actual o inminente” se establece la vigencia temporal para obrar en legítima defensa, la cual solo procede cuando la agresión está a punto de suceder o está sucediendo. Es por ello que cuando la agresión ha cesado ya no se justifica la conducta. El legislador faculta al particular para defenderse sin tener que esperar a que inicie la lesión del bien jurídico; a eso se refiere con el término *Inminente*.

“Cuando la agresión cesa deja de operar la legítima defensa, porque se excluye el requisito de actualidad previsto por el legislador, teniendo como consecuencia: Primero, los resultados posteriores a la cesación de la agresión no se justifican y serán considerados como injustos; segundo: las conductas posteriores a la cesación de la agresión se deben considerar como actos de venganza constitutivos de delito.”¹⁰⁵

5. Sin derecho.- La actuación con derecho puede excluir la tipicidad de la conducta. La legítima defensa solo procede contra una agresión injusta (conducta-típica y antijurídica), por lo cual no se justifican las conductas para repeler conductas típicas amparadas por una causa de justificación. Tampoco procede legítima defensa contra conductas lícitas, ni aquellas que pudiendo parecer típicas pero resultan ser atípicas, por faltar alguno de los elementos objetivos, normativos o subjetivos de la conducta-típica.
6. Bienes propios o ajenos.- Quien se defiende solo podrá actuar para proteger bienes propios o de otro que así lo quiera. Por tanto, no están amparadas por esta causa de justificación ni la defensa de bienes colectivos ni de los bienes de otro que no acepta la defensa;
7. Necesidad de defensa.- La legítima defensa solo procede cuando no hay ninguna autoridad del Estado que pueda resguardar el bien, pues en caso contrario no estará justificada la conducta. “Con este criterio no solo se confirma la improcedencia de la legítima defensa cuando existen medios

¹⁰⁵ DIAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, Op. Cit. p. 146

legales y autoridades presentes para defender al ciudadano, sino también se reafirma el principio general de nadie debe hacerse justicia por propia mano”¹⁰⁶

8. Proporcionalidad.-La proporcionalidad se mide de acuerdo con la equivalencia de la agresión con la repulsa.

Para la valoración entre la equivalencia del medio empleado para repeler la agresión, será nuevamente útil la perspectiva ex ante, colocándonos hipotéticamente en la situación del agredido en el momento previo del ataque y podremos valorar si era proporcional el medio empleado para la defensa. En una valoración ex post nos podría indicar que el agredido se equivocó y utilizó un medio desproporcionado para la resulta, lo cual podría excluir la legítima defensa como causa de justificación, pero todavía faltaría analizar si la falsa percepción encuadra en el error sobre la justificación que se analiza en la culpabilidad.

9. Ausencia de provocación.- Quien inicia la situación antijurídica de conflicto entre bienes no podrá justificar sus conductas posteriores acudiendo a la legítima defensa.

Dicha causa de justificación, legítima defensa, es la más común de todas, es la que está constituida por actos legítimos, ejecutados conforme a la norma expresa y en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio. “Así, cuando un abogado, alegando en estrados, pone de manifiesto los vicios o defectos de la parte contraria, porque le es imprescindible hacerlo para defender a su cliente, no comete acto alguno delictivo ni puede ser acusado de injuria, ya que esas expresiones las ha vertido en el ejercicio legítimo de su derecho de defensor y de su profesión de abogado.” ¹⁰⁷

¹⁰⁶ ídem

¹⁰⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 286

1.3.2.3.3 Estado de necesidad justificante

El CPF al respecto señala al estado de necesidad en los siguientes términos:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

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

“Dicha fracción contempla el conflicto entre bienes de distinto valor y el que se verifica entre bienes iguales; en el primero se salva el bien que vale más en detrimento del menos valioso y por ello podemos sostener que la conducta típica se justifica por un estado de necesidad, lo cual no podríamos afirmar cuando los bienes tenían el mismo valor; por ello, se considera que en dicha fracción se contempla una causa de justificación cuando el bien salvado es de mayor valía (estado de necesidad justificante) y una causal de exclusión de la culpabilidad cuando los bienes son de igual valor (estado de necesidad exculpante), aunque ambos excluyen el delito, su análisis y argumentación son distintos; en este apartado solo analizaremos el primero y dejaremos para la culpabilidad el análisis del segundo supuesto.”¹⁰⁸

“El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos.”¹⁰⁹ Hay que dividir dicha cuestión en dos partes: extensión en cuanto a los bienes y en cuanto a las personas.

1.3.2.3.3.1 En cuanto a los bienes

“Todos los derechos son salvaguardables, como todos los derechos son defendibles en la defensa legítima: vida, integridad corporal, libertad, pudor,

¹⁰⁸ DIAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, Op. Cit. p. 158

¹⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 302

honor, propiedad. Imaginemos a un hombre que tiene que romper la medianería de una casa para salvar un cuadro que pertenece a famosísimo pintor y que es, en verdad, una pieza del Tesoro artístico del país. Ahí no se salva la persona sino el bien jurídico patrimonial y se sacrifica la medianería, que es de la propiedad ajena. Más aún: puesto que sólo hay agresión cuando puede haber acción humana, en el caso de que una mujer vea atacado su pudor por un individuo en sugestión hipnótica, salvaguardaría su bien jurídico honestidad en estado necesario. He aquí dos ejemplos en que no es sólo la vida la que se salva mediante una acción de necesidad.”¹¹⁰

1.3.2.3.3.2 Auxilio a tercero

Lo mismo que en la legítima defensa, existe el derecho de salvaguardar la propia persona o la de otro. Para que un tercero pueda ejercer el auxilio necesario, que exista "identidad de persona", lo que sería ir demasiado lejos. “Ahora bien; puesto que el estado de necesidad no está, como la legítima defensa, causado por un interés bastardo, debe ponerse mayor escrúpulo en el permiso otorgado a terceros para decidir el conflicto que ninguno de los necesitados provoco; sobre todo, si se trata de bienes iguales y, principalmente, de dos vidas. El tercero puede resolver el apuro cuando un bien jurídico es superior a otro; pero sólo influirá en el desenlace, cuando dos vidas humanas colisionen, si una de ellas es la de su pariente, amigo íntimo, etc.”¹¹¹

1.3.2.3.3.3 Condiciones

- a) Peligro grave e inminente: a diferencia de la legítima defensa, en el cual la agresión solo podía provenir de otra persona, en el estado de necesidad justificante el peligro puede provenir tanto de otra persona como de sucesos naturales o de movimientos o ataques de animales no racionales. Por otra parte, para confirmar el peligro no es necesario que sea muy elevado el riesgo, bastara que desde una perspectiva ex ante se confirme que cualquiera hubiera considerado que había peligro para que se

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 310

¹¹¹ *Ídem*

confirme dicho requisito. “No solo se justifica la actuación por estado de necesidad cuando el peligro está presente (actual), sino desde que está a punto de presentarse y puede causar la lesión al bien (inminente). La imprevisibilidad del peligro al que se enfrenta quien actúa en estado de necesidad implica que no existan otros medios para solucionar el conflicto y conlleven al autor de la conducta típica a lesionar el mismo el bien de menor valor, por lo cual el legislador ha incluido como requisito que el peligro sea inevitable por otros medios.” ¹¹²

b) No causado intencionalmente

Se provoca voluntariamente una situación peligrosa cuando de propósito la creamos, como cuando pusimos en la sentina del viejo vapor el aparato explosivo para destruir la nave y cobrar la prima del seguro, si luego, inesperadamente, y por haber sido tardía o anticipada la explosión del artefacto, nos hallamos en peligro. No podría, en tal caso, alegarse un estado de necesidad, para arrojar de la tabla capaz para uno solo al primer náufrago que en ella se amparó. En cambio, no se nos inhabilita el estado de necesidad si culposamente originamos la situación. “La frase no haber *provocado intencionalmente* la necesidad, e incluso la de *no haber dado voluntariamente causa* a ella, debe entenderse en sentido intencional de creación del conflicto y no ofrece duda cuanto acabamos de decir.” ¹¹³

c) Inevitabilidad y proporción

Debe exigirse la condición de que el necesitado no pueda evitar el peligro de otro modo. La proporción también ha de exigirse. En los Códigos que la consignan, expresando la superioridad del bien que se salva, aquélla no es discutible y la preponderancia del bien que se protege engendra la índole *justa* de esta exigente; es decir, su naturaleza de causa de justificación. Pero tampoco

¹¹² DIAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, Op. Cit. p. 162

¹¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 311

podemos desconocerla, pues aunque no se exija la superioridad del bien salvaguardado, es obvio que éste no puede ser notoriamente inferior al que se sacrifica. No puede autorizarse que un comerciante que viaja a bordo del buque que amenaza naufragar, trate de salvar sus mercancías arrojando al agua pasajeros de la nave, para aliviar el peso, evitando que se hunda. El trato del exceso no difiere aquí del que hemos expuesto al hablar de la legítima defensa.

1.3.2.3.4 Cumplimiento del deber

Es importante señalar lo que dispone el CPF:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

La justificación de la conducta típica a causa del cumplimiento de un deber se ha convertido en uno de los temas más importantes en nuestro país en los últimos supuestos de las detenciones realizadas por policías, no solo por las posibles conductas típicas del uniformado, sino también por la posible violación de los derechos humanos del detenido. En los casos en los que el policía ministerial cumple la orden de aprehensión librada por el juez y enfrenta la resistencia o la fuga de la persona siendo necesaria la fuerza física para detenerlo, nada impide la justificación de su comportamiento por el cumplimiento de un deber al haber empleado todos los medios necesarios autorizados en la ley.

Es importante recordar que la aplicación de las causas de justificación está condicionada al cumplimiento de todos los requisitos que la integran. Por ende, el cumplimiento de un deber está condicionado a la existencia de ese deber en una norma jurídica, y ello nos conlleva a los supuestos de obediencia jerárquica, en los cuales solo quedara justificada la conducta del subordinado cuando la orden del superior era lícita.

1.3.2.3.5 Ejercicio de un derecho

El ejercicio de un derecho puede ser causa de atipicidad de la conducta, como sucede en el supuesto del apoderamiento de una cosa propia, en el cual se aplica la fracción II del artículo 15 del CPF, pero la fracción VI del mismo precepto se reserva para aquellos casos en los que hemos constatado la tipicidad de la conducta y existe en el orden jurídico un derecho que le asiste al sujeto activo para realizarla. Una conducta prohibida en general por el derecho penal encuentra una justificación prevista en otra rama del orden jurídico.

Cabe diferenciar el ejercicio de un derecho con el abuso del derecho, ya que este último no justifica la conducta. El supuesto más representativo es la copula que impone el marido a la mujer por medio de la fuerza física, pues durante la primera mitad del siglo XX se consideró que el marido tenía el derecho a copular con su esposa aunque ella se opusiera (débito carnal o conyugal), y por tanto la conducta típica de violación realizada por el cónyuge estaba justificada por el ejercicio de un derecho. Fue hasta 1994 cuando la SCJN dejó claro que el contrato de matrimonio no anula la libertad sexual de ninguno de los cónyuges, por lo cual estos supuestos deben considerarse como injusto de violación.

“A diferencia de las otras causas de justificación, el legislador ha incluido un elemento subjetivo en el ejercicio de un derecho, por lo cual, para poder justificar la conducta típica, será necesario que esta no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.”¹¹⁴

1.4 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

La imputabilidad y la imputación son conceptos esencialísimos, indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad. Esta lleva implícito un juicio de reprobación, mas 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 afirma que alguno es culpable; el otro es un juicio que tiene por contenido una posibilidad,

¹¹⁴ DÍAZ ARANDA, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, Op. Cit. p. 171

en cuanto afirma que alguno está en condiciones de ser declarado culpable; en aquél, se juzga al hombre como *sujeto real*; en éste, como *sujeto posible*.”¹¹⁵

Si la imputabilidad, según el criterio más generalizado, es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho o determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, “la inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.”¹¹⁶

1.4.1 IMPUTABILIDAD

En relación a la imputabilidad, dice el numeral 15, fracción VII del CPF, señala:

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 hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

*Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.*¹¹⁷

¹¹⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Mexicano, parte general, p. 450

¹¹⁶ Ibidem, p. 454

¹¹⁷ Haciendo referencia al Código Penal Federal, mismo que en su numeral 69 bis señala: Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

La culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. “Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de la culpabilidad. “ ¹¹⁸

La imputabilidad es el mínimo de capacidad y desarrollo intelectual exigido para que la persona responda penalmente de su conducta. Para estimar a un individuo culpable es fundamental que se trate de un ser imputable al momento de realizar el hecho típico o durante el desarrollo del mismo, no previamente ni después. Se exige que la persona tenga la capacidad *de comprender el carácter ilícito* del hecho típico, es decir, la posibilidad de conocer la antijuridicidad de la conducta *de conducirse de acuerdo con esa comprensión*. Comprender el carácter ilícito es tener la facultad intelectual para asumir que la conducta realizada es contraria al derecho; la posibilidad de dilucidar que determinado comportamiento es ilícito, percatarse del carácter ilegítimo de la acción.

La imputación ligase íntimamente al juicio de culpabilidad, dado que imputar equivale a poner algo a cargo de alguien: *imputación es un juicio sobre un hecho ya sucedido*, en tanto imputabilidad, es un puro concepto, *la contemplación de una idea*, lo cual lleva necesariamente a considerar que, si únicamente el hombre es imputable, “la imputabilidad es la expresión técnica para denotar su personalidad, la subjetividad, la capacidad penal.” ¹¹⁹

Verbigracia, **la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer**. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizado, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce; luego la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. La imputabilidad, concluye, “es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

¹¹⁸ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 221

¹¹⁹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Mexicano, parte general, p. 450

Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho punitivo que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción." ¹²⁰

“Los escritores alemanes acostumbran a tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad *sensu stricto*, bajo la rúbrica común de culpabilidad, que, en sentido amplio, abarca todos los problemas atinentes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad. El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Como ya hemos dicho, al definir el delito, nosotros damos vida propia a la imputabilidad, como requisito del crimen, a fin de poder ilustrar mejor la base de la culpabilidad.” ¹²¹

“Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.

“El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral. La imputabilidad criminal no es cosa distinta de la

¹²⁰ Ídem

¹²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 327

imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, como el *conjunto de condiciones necesaria para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre*. Pero al llegar a este punto surge el problema metafísico: se trata de saber si la voluntad humana es libre o determinada.”¹²²

“La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito; como un elemento integral del mismo, o bien como el presupuesto de la culpabilidad”¹²³. “La imputabilidad, en todo su volumen, corresponde a la parte del delincuente más que a la consagrada al delito, pero es indispensable aludir a ella en una construcción técnico-jurídica del crimen.”¹²⁴

1.4.1.1 EL MOMENTO DE LA IMPUTABILIDAD (*ACTIO LIBERA IN CAUSA*)

Citamos lo señalado por el artículo 15, fracción VII del CPF:

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 hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

De ello podemos dilucidar que las acciones libres en su causa corresponden a aparentes casos de excepción a la regla de la imputabilidad respecto del momento preciso de producción del resultado típico. Conforme al texto legal, se sanciona tanto al que de manera premeditada se coloca en estado de inimputabilidad para cometer un ilícito, es decir, aquel que se auto-instiga para actuar ilícitamente, como sería el caso de quien para darse valor se droga para golpear a su enemigo; como quien de manera imprudencial se emborracha y comete un resultado típico; calificándose de manera dolosa o culposa,

¹²² *Ibidem*, p. 328

¹²³ PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Op. Cit.*, 224

¹²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Op. Cit.* p. 206

respectivamente. “La legislación establece que la conducta previa a la infracción penal sea de manera dolosa o culposa, solo será atribuible al agente *siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible*, pues un individuo al enviciarse puede medianamente pronosticar de manera gradual su comportamiento al estarse intoxicando, y en ese entorno prever la disminución severa de sus funciones motoras, empero, si la incapacidad es impredecible por tratarse de una ingestión accidental e involuntaria impedirá la recriminación de la conducta.”¹²⁵

Podemos afirmar, como exigencia ineludible, que la imputabilidad debe existir en el momento del acto, y también la culpabilidad que tiene aquélla como presupuesto.

“Es decisivo en la imputabilidad el momento en que ha tenido lugar la manifestación de voluntad, siendo indiferente el estado mental del sujeto en el instante en que se produce el resultado. No tenemos más que aplicar lógicamente esta regla general para zanjar la célebre cuestión escolástica sobre la apreciación de las llamadas acciones *liberae in causa (seu ad libertatem relatae)*. Éstas se presentan cuando se produce un resultado contrario al Derecho, por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo cometido en estado de imputabilidad. Ejemplos: El guardaguasas que se embriaga con la intención de no hacer el cambio de agujas a la llegada del tren expreso; la madre que sabiendo que se agita intranquila durante el sueño coloca, por imprudencia, a su hijo junto a ella en la cama y le aplasta. De ordinario, aunque no exclusivamente, son las omisiones las que pueden ser cometidas en esta forma; más raros son los delitos culposos de omisión; y rarísimos y muy dudosos serán los casos en que una comisión dolosa se presente como *actio libera in causa*. Sin embargo, esto tampoco es imposible; así como nosotros podemos utilizar a los locos y a los ebrios como instrumentos para nuestros fines, porque en ellos la facultad de determinarse por medio de representaciones, aunque irregular, no es imposible, así también podemos utilizarnos a nosotros mismos, en estado de perturbación

¹²⁵ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 226

mental o de embriaguez, para la ejecución de planes preconcebidos. Si la relación causal y la culpabilidad se dan en el resultado, en el caso concreto, la apreciación jurídica no ofrece ninguna otra dificultad. En el momento decisivo (y éste no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado para que la cadena causal se desarrolle) existía la imputabilidad. El guarda no estaba ebrio y la madre estaba despierta cuando pusieron la causa del resultado producido. El acto ha sido cometido en este momento y, por tanto, imputable al autor.”¹²⁶

“Este criterio se ha sustentado, en lo fundamental, por *Binding, Hálschner, Frank, ven Bar, Meyer-Allfeld, Olshausen, Alimena*. Sin embargo, de esta *communis opinio* se han desviado y se desvían algunos que, como *Tissot*, creen necesaria la presencia del dolo, aun en el momento en que el delito se ejecuta materialmente, o que piensan, como *Kleinschrod y Katzenstein*, que el propósito nunca es punible, ni como tentativa, y que es absurdo pensar que pueda dar origen a un delito ejecutado durante una situación de inimputabilidad.”¹²⁷

1.4.2 INIMPUTABILIDAD

Se consideran inimputables las personas que en el momento de la comisión del injusto tenían menos de 18 años de edad, así como a quienes obraron padeciendo un trastorno mental permanente o transitorio

“La inimputabilidad surge cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. La doctrina para fundamentar el concepto de inimputabilidad acude al criterio biológico, psicológico, mixto y jurídico.”¹²⁸

¹²⁶ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., p. 337

¹²⁷ Idem

¹²⁸ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 222

“El criterio biológico se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionadas con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto. Los códigos, apoyados en dicho criterio, señalan determinada edad que ordinariamente fluctúa entre los 16 y los 18 años, para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables. El psiquiátrico elabora la noción de inimputabilidad en función del trastorno mental, sea éste transitorio o permanente, en cuyo último caso se le designa comúnmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicosomática permanente. El criterio psicológico, se apoya en el concepto que desde tal punto de vista merece el sujeto, calificándolo de inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos genéricos comprende la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico, y toda clase de alteraciones o traumas psíquicos *que afectan la esfera intelectual de la personalidad o constriñen su voluntad, o alteraciones más o menos profundas del biosiquismo en la medida en que disminuyan su capacidad de comprensión y de actuación*. El mixto permite el empleo de las anteriores combinaciones, siendo las más comunes la biológica-psiquiátrica, la psicológica-psiquiátrica y biosociológica.”¹²⁹

El jurídico, concretado a la valoración hecha por el juez respecto a la capacidad del sujeto para comprender el carácter ilícito de su comportamiento o para determinarse conforme dicha comprensión, de manera que la inimputabilidad es una consecuencia de dicha valoración al considerarse al sujeto incapaz de tal conocimiento o comprensión, o de mover libremente su voluntad de acuerdo a la citada comprensión del hecho. La ley mexicana adopta un sistema biopsicológico psiquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológica (minoría de edad) como psicopsiquiátricas (estados de inconsciencia y enfermedades mentales).

¹²⁹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., pp. 454 y 455

1.5 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

“Solamente en aquellas hipótesis en que se presenten todas y cada una de las características que nos proporciona la teoría del delito, podrá una conducta ser considerada delictiva. En decir, aun reduciendo el estudio teórico del delito a su máxima expresión, es indebido afirmar que toda infracción penal plasmada en la ley, y contraria a las normas permisivas contempladas por esta, deba ser considerada ilícita, ya que para afirmar la existencia del delito, es indispensable que junto a la tipicidad y la antijuridicidad (el injusto penal) se constate otra categoría dogmática denominada *culpabilidad*.”¹³⁰

La esencia de la culpabilidad puede encontrarse dogmáticamente en nuestro ordenamiento penal, mediante el análisis a *contrario sensu* de la novena fracción del artículo 15 del CPF, mismo que afirma (de acuerdo a la interpretación precitada) la existencia del delito, cuando atenta las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizo, en virtud de haberse podido determinar o actuar conforme a derecho, lo que la convierte en reprochable.

Este concepto de culpabilidad nos remite a la noción estrictamente normativa de la misma, propia de la teoría final del delito, pues es indiscutible que en esta subyace el juicio de reproche al agente, representado legislativamente por la exigibilidad de otra conducta como su fundamento.

1.5.1 CULPABILIDAD

La acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, ha de poderse hacer responsable de ella el autor, la misma se le ha de poder, como mayoritariamente se dice, *reprochar*. Para ello es presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y la ausencia de causas de exculpación.

¹³⁰ UROSA RAMIREZ, Gerardo Armando. Op. Cit. p. 220

Como se ha mencionado 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 él no es posible concebir su existencia. “Esta verdad quedó apuntada 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 reprobabilidad personal de la conducta antijurídica*, comprendiendo por ello a la imputabilidad, mientras en sentido estricto, culpabilidad es reprobabilidad, calidad específica de desvalora que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.”¹³¹

“La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida.”¹³²

La culpabilidad se sustenta en el reproche que se hace a quien realizó o participó en el injusto, dado que pudiéndose comportar conforme a derecho decidió contravenirlo. “Se trata de un juicio personalísimo, de ahí que si el injusto lo cometieron o participaron varios en su comisión, cada uno de ellos valorado por separado y de esta manera se podrá individualizar la pena dentro del mínimo y el máximo previsto en la ley.”¹³³

Para realizar el juicio de culpabilidad, se deben tener en cuenta todos los factores que previamente condicionaron al autor del injusto para determinar en qué medida podía ser motivado por el orden jurídico para evitar contravenirlo, es por ello que el CPF dispone:

¹³¹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., pp. 438

¹³² ROXIN, Claus, Derecho Penal parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito, p. 195

¹³³ DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 173

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Así las fracciones V y VII ofrecen los lineamientos para realizar el juicio de culpabilidad al que nos referimos, el cual inicia con la imputabilidad basada en la edad. No pasa desapercibida la jurisprudencia sostenida por la primera sala de la SCJN que señala lo siguiente:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL DEL ACTO PROHÍBE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS ANTECEDENTES PENALES, ENTENDIDOS EN SENTIDO AMPLIO, SEAN CONSIDERADOS POR EL JUZGADOR PARA GRADUAR LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA SENTENCIADA. *La Primera Sala de la*

Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis jurisprudenciales 1a./J. 19/2014 (10a.), de rubro: "DERECHO PENAL DEL AUTOR Y DERECHO PENAL DEL ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS." y 1a./J. 21/2014 (10a.), de rubro: "DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO).", explicó las razones por las cuales -a partir de una interpretación sistemática de diversos principios constitucionales- es posible concluir que cuando los juzgadores se encuentran en condiciones de hacer uso de su prudente arbitrio para individualizar la pena, deben rechazar la posibilidad de ponderar la supuesta peligrosidad de la persona, así como cualquier prejuicio sobre alguna supuesta proclividad al delito, bajo la idea de que la persona cuenta con antecedentes penales. Las personas solamente pueden ser sancionadas por la comisión de conductas penales establecidas previamente en la ley; nunca con apoyo en juicios de valor sobre su personalidad. Sin embargo, el término "antecedentes penales", entendido en sentido amplio -y que aplica para esta clase de valoraciones constitucionalmente vedadas- debe distinguirse del concepto de "reincidencia", mismo que el legislador puede utilizar expresamente como criterio para elevar el parámetro de punibilidad de acuerdo con la jurisprudencia 1a./J. 80/2013 (10a.), de rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. LOS ANTECEDENTES PENALES DEL SENTENCIADO QUE LLEVEN A CONSIDERARLO COMO REINCIDENTE, DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA FIJAR LA PUNIBILIDAD."¹³⁴

Misma que podemos resumir bajo la idea de: *juzgar al sujeto que realizó el hecho delictivo o juzgar lo que dicho sujeto realizó.*

¹³⁴ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 30, Mayo de 2016, Primera Sala, p. 925. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PENAL DEL ACTO PROHÍBE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS ANTECEDENTES PENALES, ENTENDIDOS EN SENTIDO AMPLIO, SEAN CONSIDERADOS POR EL JUZGADOR PARA GRADUAR LA CULPABILIDAD DE LA PERSONA SENTENCIADA

El principio de culpabilidad es reconocido por doctrina y jurisprudencia, aunque no posee una proclamación expresa de rango constitucional. Sin embargo, como quiera que su fundamento radica en la idea general de libertad, normalmente se entiende contenido o derivado del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.

El contenido del principio penal de culpabilidad comporta dos consecuencias fundamentales: *no hay pena sin culpabilidad y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad*. Es decir, no puede castigarse a nadie si no es responsable personalmente de su conducta. Y segundo, la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad.

El concepto de culpabilidad, tradicionalmente, se distingue entre un concepto formal de culpabilidad y un concepto material de culpabilidad. “El concepto formal de culpabilidad comprende todas las características del ánimo o intención, que un determinado ordenamiento jurídico requiere para imputar subjetivamente una conducta a una persona. Por su parte, el concepto material de culpabilidad se configura generalmente sobre bases éticas, o de prevención (fines de la pena), o de la actitud interna jurídicamente desaprobada, o desde la idea de libertad individual. Es decir, el concepto material de culpabilidad apela al fundamento desde el cual declaramos a una persona responsable de un hecho y puede coincidir con el fundamento que posea en la legislación. En última instancia puede decirse que se trata de un concepto plenamente asentado en nuestra tradición cultural, llegando a formar parte de nuestro modelo de convivencia.”¹³⁵

En cualquier caso, la esencia de la idea de culpabilidad es puramente normativa, pues expresa el reproche que el Derecho atribuye a una persona por haber infringido las normas jurídicas. En este sentido la culpabilidad consiste fundamentalmente en la infracción de las obligaciones personales impuestas por el Derecho. Y de forma muy especial, se refiere a la trasgresión del deber de cumplir las normas, en cuanto normas objetivas que imponen el respeto a los

¹³⁵ ORTS BERENGUER, Enrique, MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL, CAJ/FIU-USAID, NICARAGUA, 2004, p. 111.

valores que protegen. La culpabilidad que aquí estudiamos es culpabilidad jurídica, y no una culpabilidad moral, ética, religiosa o política. La culpabilidad en derecho penal es culpabilidad por el *acto* aislado, y se reprocha al individuo exclusivamente el haber infringido una norma jurídica. Ergo, se le imputa la comisión de un hecho delictivo, haciéndole personalmente responsable del ataque típico y antijurídico a un bien jurídico protegido. “En primer lugar se analiza la imputabilidad (la capacidad de entender y valorar las conductas y su significado jurídico); después el dolo y la imprudencia (que son las formas de imputar el hecho), y por último la exigibilidad (para determinar si era jurídicamente debido un comportamiento distinto). Ya señalaremos las diferentes causas de ausencia de culpabilidad (eximentes basadas en la inculpabilidad o excusas), analizadas por este mismo orden; es decir, agrupadas según afecten a la imputabilidad (las llamadas causas de *inimputabilidad*), al dolo o a la imprudencia (el error y el caso fortuito), o a la exigibilidad (las causas de inexigibilidad).”¹³⁶

1.5.1.1 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Dentro del concepto de culpabilidad encontramos sus elementos, a saber:

- I. La imputabilidad, tratada por nosotros en este mismo capítulo,
- II. Las formas de culpabilidad, dolo y culpa, consideradas por algunos, como partes integrantes de la culpabilidad, que constituyen la referencia psíquica entre la conducta o hecho y su autor, y
- III. La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad, pues de existir una de ellas desaparecería la culpabilidad del sujeto.

1.5.1.2 CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD

El contenido del juicio de culpabilidad, al *acto de voluntad*; a los *motivos del autor* y a las *referencias de la acción a la total personalidad del autor*. Al *acto de*

¹³⁶ ORTS BERENGUER, Enrique, Op. Cit., p. 118

voluntad por ser la *referencia psicológica inmediata del autor a la acción injusta* (parte psicológica de la culpabilidad). A los *motivos del autor*, por ser importante no sólo para la imputabilidad y el dolo y la culpa, sino fundamentalmente en el campo de las causas de exclusión de la culpabilidad (parte motivadora de la culpabilidad). A las *referencias de la acción a la total personalidad del autor* porque el acto debe ser adecuado a la *personalidad* de quien lo causa (parte caracterológica de la culpabilidad).

1.5.1.3 FORMAS DE LA CULPABILIDAD

Se han aceptado, como formas de culpabilidad, al dolo y a la culpa.

1.5.1.3.1 Dolo

El dolo, la principal forma de la culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues en la elaboración de su concepto unos apoyan al elemento psicológico en la voluntad, mientras otros lo hacen en la representación, en tanto el elemento ético se pretende fundamentar en el conocimiento de la tipicidad del hecho, o de su antijuridicidad o bien en la conciencia del quebrantamiento del deber, lo cual viene a poner de relieve la existencia de diversas teorías en la formulación de su concepto.

El dolo es “*la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley*, destacando de ella como elemento del dolo los siguientes: conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho e intención de realizarlo.”¹³⁷

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado:

DOLO DIRECTO Y DOLO EVENTUAL. DIFERENCIAS. Del artículo 8o. del Código Penal Federal, se desprende que los delitos pueden ser dolosos o culposos. El dolo significa la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Por ello, un delito tiene este carácter, cuando el sujeto activo lo comete conociendo los

¹³⁷ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., p. 438

*elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico y, aun así, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. El dolo, a su vez, admite dos modalidades: directo y eventual. El primero se puede asimilar a la intención, lo que el sujeto persigue directamente y abarca todas las consecuencias que, aunque no las persiga, prevé que se producirán con seguridad; mientras que el dolo eventual se presenta cuando el sujeto activo no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.*¹³⁸

Por su parte el CPF señala:

Artículo 9o.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó 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.

1.5.1.3.2 Culpa

La experiencia diaria nos demuestra cómo en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un daño, lo origina causalmente. “En tales situaciones afirmase la existencia de culpa cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas,

¹³⁸ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, Marzo de 2006, p. 207. Primera Sala, DOLO DIRECTO Y DOLO EVENTUAL. DIFERENCIAS, Contradicción de tesis 68/2005-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

órdenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.”¹³⁹ Se dice que una persona tiene culpa cuando “obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previo o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo, pero al describir los elementos de la culpa destaca que la realización de aquello que hace al acto típicamente antijurídico, se debe a negligencia o imprudencia, puesto que los demás términos empleados en la definición (como falta de atención, reflexión, de precauciones) no tienen un contenido autónomo por constituir formas mediante las cuales se manifiesta la negligencia o la imprudencia.”¹⁴⁰

Los elementos de la culpa son:

- a) Una *conducta voluntaria* (acción u omisión), reconocida unánimemente, pues sólo del hecho producido por la acción u omisión voluntarias puede originarse un juicio de culpabilidad.
- b) Un resultado típico y antijurídico. Al referirnos a la culpabilidad dejamos establecido que el juicio en que se hace consistir el elemento subjetivo del delito, presupone necesariamente un hecho típico y antijurídico, lo cual significa que el acontecimiento sobrevenido, en nexo causal con la acción u omisión, se adecúa perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal y que el mismo resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración.
- c) Nexo causal entre la conducta y el resultado. No puede prescindirse de este elemento en la formulación del concepto de la culpa. Para poder atribuir el resultado al agente se precisa la relación causal de la conducta con aquél, problema tratado con la debida amplitud al examinar el primer elemento del delito.

¹³⁹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., p. 501

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 504

- d) Naturaleza previsible y evitable del evento. Sólo tomando en cuenta la previsibilidad y evitabilidad del resultado puede fundamentarse la violación de los deberes de cuidado impuestos por la ley y la sana razón, pues a nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible e inevitable.
- e) Ausencia de voluntad del resultado. Sin discusión alguna, el delito culposo excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado. En él no existe intención delictiva, ya por falta de previsión o por la esperanza de que el mismo no sobrevendría.
- f) Violación de los deberes de cuidado. La obligación del sujeto de cumplir con el deber de cuidado genera, al realizar la conducta contraria que implica su violación, la responsabilidad culposa cuando con ello se produce el resultado.

1.5.2 INCULPABILIDAD

“La definición más usual consiste en decir que tales causas de exculpación son las que excluyen la culpabilidad, evidente tautología, que sin superarla del todo aclaráramos al decir que son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.

“La diferencia entre ellas y las de inimputabilidad es palmaria: el inimputable es psicológicamente incapaz. Y lo es para toda clase de acciones, ora de un modo perdurable, como el enajenado, bien transitoriamente, pero durante todo su trastorno, en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez. En cambio, el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve. Mas para todas las otras acciones su capacidad es plena. Si el que yerra purgando a su niño y, sin querer, le envenena, perpetra al mismo tiempo contra un criado una injuria u otra cualquier infracción, le será ésta imputada, aunque el error esencial le absuelva por el filicidio.”¹⁴¹

¹⁴¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 339

1.5.2.1 TIPOS DE INIMPUTABILIDAD

La culpabilidad quedara excluida por inimputabilidad o por inexigibilidad de otra conducta en los supuestos de miedo grave, temor fundado, estado de necesidad exculpante, error sobre la justificación y error de prohibición.

Inexigibilidad de otra conducta: “Quedará excluida la culpabilidad si al analizar las circunstancias en se cometió el injusto concluimos que cualquiera habría hecho lo mismo, por lo cual no se le puede exigir al sujeto otro comportamiento y, en consecuencia, el delito se excluye por faltar su tercer categoría.”¹⁴²

Las causas por las cuales es inexigible otra conducta son: temor fundado, estado de necesidad exculpante, error de justificación y error de prohibición.

- a) Temor fundado: el artículo 15, fracción XI del CPF, contempla el miedo grave como causa de inimputabilidad por un trastorno mental transitorio, y el temor fundado como causa de inexigibilidad de otra conducta. Quien actúa por temor fundado mantiene su capacidad para comprender las implicaciones de su injusto, pero las circunstancias lo orillan a tomar la decisión de contravenir el orden jurídico.
- b) Estado de Necesidad Exculpante: la fracción V del artículo 15 del CPF lo contempla, y dice que se presenta cuando hay un conflicto entre dos bienes del mismo valor y solo uno de ellos puede salvarse a costa del otro.

El recalcar el conflicto entre bienes del mismo valor, lo cual no es una cuestión de Perogrullo, pues cuando se sacrifica un bien de menor valía para salvar uno de más valor, el hecho se justifica, pero en el supuesto donde los bienes son del mismo valor (por ejemplo el caso donde nazca una siamesa y se tenga que elegir entre salvar la vida de una u otra, es tan injusto privar la vida de una o de otra) por lo cual no se puede justificar la conducta típica y solo se puede eximir del reproche de los autores y partícipes que cometieron el injusto.

¹⁴² DIAZ ARANDA, Enrique, Op. Cit. p. 188

c) Error de prohibición: de acuerdo con lo dispuesto en el CPF:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) ...

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

La sistemática empleada por el legislador mexicano en la redacción de la citada fracción nos permite formular varios criterios, a saber:

- a) La separación de la fracción VIII en dos incisos se debe a que cada uno elimina una categoría del delito, el a) la conducta típica y el b) la culpabilidad.
- b) El inciso b) contempla dos clases de error, el de prohibición y el de justificación, los cuales describe de manera distinta.
- c) Por tanto, las reglas y argumentos para aplicar el error de prohibición o el error de justificación son diferentes.

Quien actúa bajo un error de prohibición conoce las circunstancias fundamentales al momento de actuar y tiene la intención de realizar la conducta, por lo cual obra con dolo, pero lo que no sabe es que su comportamiento está prohibido por el derecho penal, de allí que crea que está obrando lícitamente. Tal sería el caso de la mujer de nacionalidad inglesa que llega al territorio nacional de vacaciones y descubre que está embarazada (elemento cognitivo del dolo), por lo cual decide abortar (intención de la conducta dolosa) y acude a una clínica para tal efecto creyendo que ello está permitido como en su país (error de prohibición),

siendo que durante el proceso penal es cuando se entera que dicha conducta está prohibida en México.

“Con la denominación de error de prohibición se deja claro que el sujeto se equivoca al creer que su comportamiento es lícito cuando en realidad está prohibido por el derecho penal, con lo cual se evitan las ambigüedades de la antigua denominación de error de derecho, lo cual abarca tanto los supuestos de error de prohibición como los de error de tipo sobre uno de los elementos normativos jurídicos, tal y como sucedía con quien toma el abrigo del perchero creyendo que es suyo, supuesto en el que el sujeto tiene una falsa percepción sobre el derecho de disponer de la cosa, es decir, desconoce una de las circunstancias esenciales: la ajenidad, recayendo el error sobre un elemento normativo de la conducta típica que anula el dolo (error de tipo) pero que no implica que el sujeto desconociera que está prohibido robar.

“El error de prohibición puede ser vencible cuando con un mínimo de cuidado el sujeto habría podido conocer la ilicitud de su proceder y será invencible cuando las circunstancias hacían imposible dicho conocimiento previo a su comportamiento. El efecto del error de prohibición vencible es la reducción de la pena, mientras que el invencible anulara la exigencia de otro comportamiento quedando excluida la culpabilidad y el delito.”¹⁴³

Hasta hace unas décadas se consideraba que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, principio general del derecho regulado en el artículo 21 del CCF, el cual ha sido reformado para quedar como sigue:

Artículo 21.- La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de

¹⁴³ *Ibidem*, p. 192

cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Si en una materia del derecho privado se ha reconocido que no pueden ser juzgados con el mismo baremo quienes conocen la ley respecto de aquellas personas cuyas condiciones socioeconómicas no les permitieron dicho aprendizaje, con mucho mayor razón ello se debe tomar en cuenta al analizar la culpabilidad del sujeto que cometió el injusto para determinar si se le puede o no exigir un comportamiento distinto. La importancia de este tema radica en la diversidad étnica de nuestro país; en particular, las comunidades indígenas se rigen por ciertas reglas de la conducta que en algunas ocasiones están prohibidas en nuestro sistema jurídico.

“Ergo, no basta con que el sujeto manifieste el desconocimiento de la ley para aplicar el error de prohibición, pues ello deberá estar respaldado por otros elementos que nos ayuden a determinar si efectivamente las condiciones del sujeto le impidieron adquirir dicho conocimiento.”¹⁴⁴

- d) Error de justificación: el obrar doloso del autor se sustenta en el conocimiento de las circunstancias y la intención, lo cual se analiza a nivel de la conducta típica, mientras que el análisis del conocimiento de la prohibición se realiza a nivel de la culpabilidad. Por ende, el error de justificación se configura cuando el sujeto actúa dolosamente con conocimiento de la prohibición general de su comportamiento, pero creyendo erróneamente que las circunstancias lo justifican.

“Fue con la reforma de 10 de enero de 1994 cuando se incorporó el error sobre la justificación en la parte final del inciso b) de la fracción VIII del artículo 15 del CPF, el cual dispone la exclusión del delito cuando la acción u omisión se realizan bajo un error invencible *porque el autor crea que esta justificada su conducta*. Serán las circunstancias en las que obró el sujeto

¹⁴⁴ Ídem

las que nos indiquen si su error sobre la justificación era vencible o invencible; en el primero de los supuesto el reproche se atenuara y también la sanción, mientras que en el segundo quedara anulada la culpabilidad y el delito.”¹⁴⁵

El supuesto más socorrido de error de justificación es el de la legítima defensa putativa, el cual se puede ejemplificar cuando el sujeto mata con una roca al asaltante armado con una pistola, pero posteriormente resulta que el arma era de plástico, supuesto en el cual podemos confirmar la conducta típica doloso del autor, cuyo comportamiento no podemos justificar dada la desproporción del medio empleado, quedando subsistente la afirmación, sin embargo él no sabía y las circunstancias no le permitían saber que la pistola era de plástico porque era idéntica a una de verdad, por lo cual debemos resolver el problema en sede de culpabilidad, dado que no se le podía exigir otra conducta cuando él y cualquier otro hubieran creído que estaban obrando de manera justificada, de ahí que proceda aplicar el error de justificación invencible.

1.6 CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS

Las condiciones objetivas de penalidad surgen como excepción del parágrafo 59 del Código Penal alemán. Veremos cuan inconstante es su esencia y qué diversas son las opiniones de los autores, que están en radical desacuerdo al explorar su naturaleza y al clasificarlas.

Por su parte Jiménez de Asúa señala: “no podemos considerar que las condiciones extrínsecas de penalidad constituyan uno de los caracteres del delito. La esencia de ellos, como de todas las partes de una definición, estriba en su generalidad, en que sean aplicables a todas o a la inmensa mayoría de las infracciones delictivas. No ocurre así con las denominadas condiciones objetivas

¹⁴⁵ Ibidem, p. 196

de penalidad. Son de naturaleza dudosa y de muy escaso número, mucho más para aquellos que, como nosotros, las dejamos reducidas a mínima expresión. Por lo que respecta al último de los caracteres enunciados —la penalidad— también se polemiza sobre ella, y hay muchos autores modernos que piensan que, en vez de una característica del delito, es una consecuencia. Ya lo veremos en su momento oportuno, anticipándose ahora que para nosotros, no sólo es un carácter del delito, sino el que mejor define su especificidad.”¹⁴⁶

1.6.1 CONDICIONALIDAD OBJETIVA

“Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de los elementos del delito ocupan el sexto lugar; según se dice, las *sextas condiciones de punibilidad*, y, sin embargo, se las suele denominar más comúnmente como *segundas condiciones de punibilidad*. Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo de delito, en que aquéllas no son circunstancias que pertenezcan al tipo, por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se las suele denominar frecuentemente *condiciones objetivas o extrínsecas*.”¹⁴⁷ “Son las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción.”¹⁴⁸ Todos los caracteres del delito son condiciones de punibilidad: los requisitos de acto típico, antijurídico y culpable resultan, en última instancia, presupuestos o condiciones para que se aplique una pena.

La existencia misma de las *condiciones objetivas de punibilidad* ha sido materia de amplio debate en la doctrina penal, pues mientras unos la niegan otros la

¹⁴⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 417

¹⁴⁷ Ibidem, p. 418

¹⁴⁸ Idem

afirman con convicción, otorgándole un lugar destacado en la dogmática del delito. “Todo lo relacionado con ellas es motivo de controversia e incluso su concepto y la función que desempeñan es objeto de investigación en el momento actual de la dogmática penal, aunque en algunos países se le acepte al parecer mayoritariamente como ocurre; por ejemplo, en Alemania, Italia y España. Se ha venido sosteniendo, en la doctrina, que con independencia de los diversos elementos que conforman el tipo penal, sean sólo objetivos, normativos o subjetivos, la ley en ocasiones subordina la operancia de la pena a la satisfacción o cumplimiento de determinados requisitos de variada índole cuya naturaleza se ha particularizado como objetiva y jurídicamente extrínsecos a la acción.”¹⁴⁹

En ciertas figuras delictivas se encuentran agregados no referidos a los elementos básicos de las mismas; lo que ocurre, en su decir, es porque la ley, además de los elementos comunes, incluye en la figura determinadas circunstancias exteriores *que actúan como condiciones objetivas de punibilidad*, o bien porque la misma ley *se niega* a ser aplicada en ciertos casos por razones extrañas a la pura ilicitud culpable de la acción: excusas absolutorias.

“En términos generales puede afirmarse que dichas condiciones constituyen verdaderos presupuestos de la pena y su carácter objetivo elimina toda vinculación con elementos subjetivos referidos a la ilicitud de la acción o a la culpabilidad del autor.”¹⁵⁰ A nuestro entender, las más genuinas condiciones objetivas son los presupuestos procesales a que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras de delito, como la calificación de la quiebra.

La moderna dogmática, que acepta lo anterior tratándose de las consideradas auténticas condiciones objetivas de punibilidad, les otorga a éstas un carácter jurídico material, en tanto a las condiciones o requisitos de procedibilidad les reconoce naturaleza jurídica formal, siendo por otra parte diversos los efectos que producen unas y otras. Mientras las condiciones objetivas de punibilidad son de orden jurídico sustantivo porque pertenecen al Derecho sustantivo penal, las

¹⁴⁹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., p. 580

¹⁵⁰ Ibidem, p. 582

condiciones o requisitos de procedibilidad son de carácter procesal y pertenecen al ámbito jurídico procesal. Por otra parte, las primeras deben concurrir para que el hecho típico, antijurídico y culpable sea punible, en tanto las segundas tienen influencia decisiva para la persecución del delito.

1.6.2 FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS

Ya mencionamos que las condiciones objetivas y extrínsecas de punibilidad que mencionan los autores, no son propiamente tales, sino elementos valorativos y, más comúnmente, modalidades del tipo. En caso de ausencia funcionarán como formas atípicas que destruyen la tipicidad.

Sólo importa aquí esclarecer los particulares efectos de su ausencia. “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 reproduce la denuncia, o la querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adverso la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad, las por nosotros estimadas como más propias, permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable.”¹⁵¹ Las consecuencias de lo injusto culpable pueden ser indemnizaciones civiles o penas. En este último caso surge el delito. Adviértase que esas consecuencias no se excluyen, y por ende, pueden ir juntas en concretos casos:

- a) A veces, sólo siguen a lo injusto consecuencias civiles, como reparaciones e indemnizaciones pecuniarias. Como en el incumplimiento del contrato.
- b) A menudo, son secuela de lo injusto, tanto la responsabilidad penal, que se concreta en la pena, como la responsabilidad civil, que asume la forma de reparaciones o indemnizaciones, como acaece en caso de homicidio.

¹⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 425

- c) En otras hipótesis lo injusto sólo acarrea consecuencia penal, como en los meros delitos de peligro, en la tentativa estricta y hasta en ciertas infracciones de puro resultado moral, como la injuria.

Lo que, en último término, caracteriza al delito es ser punible. Por ende, la punibilidad es el carácter específico del crimen. “En efecto: acto es toda conducta humana; típica es, en cierto modo, toda acción que se ha definido en la ley para sacar de ella consecuencias juristas; antijurídico es todo lo que viola el derecho y en tal sentido lo es el quebrantamiento de un contrato; imputable y culpable es la conducta dolosa de un contratante. Sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena. El delito es, por tanto, el *ataque a los intereses jurídicamente protegidos, especialmente peligroso, a juicio del legislador, para el orden jurídico existente.*”¹⁵² La ausencia de condiciones objetivas de penalidad actúan, ya que están ínsitas en la descripción, pero no forman parte del tipo que el autor ha de concretar en su dolo, lo mismo que la ausencia de elementos típicos, y cuando se trata de condiciones de perseguibilidad tienen la característica de ser subsanable su falta.

1.7 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Al definir el delito expresamos que un concepto sustancial del mismo solo puede obtenerse, dogmáticamente del total jurídico y de éste se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Dimos por tanto a la punibilidad, el tratamiento de carácter fundamental. El concepto del delito, puede deducirse a la conducta punible acto u omisión que sanciona las leyes penales, según lo determina en el artículo 7º del CPF.

1.7.1 PUNIBILIDAD

“Por punibilidad entendemos, en consecuencia, la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en la más jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”¹⁵³

¹⁵² Ibidem, p. 426

¹⁵³ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., p. 569

Franz von Liszt, al definir el delito, “lo estima un acto culpable contra al Derecho y sancionado con una pena, precisando lo constituyen cuatro caracteres esenciales, siendo el último de todos (sancionado con una pena) el que le otorga su carácter específico. El legislador, aduce, no asocia la pena como consecuencia jurídica a toda infracción, pues de los actos culpables selecciona algunos para formar hechos constitutivos de delitos sancionados con penas.”¹⁵⁴

“La punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues desde el primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento con cuanto al segundo, porque el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, menos puede ser considerada la punibilidad como elemento integral dado que la imposición de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo. *Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica delictuosas, pero no adquieren este carácter porque se les sanciona penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y la conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente, mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles.* El segundo se encarga de hacer hincapié en que el delito es oposición al orden jurídico, tanto objetiva (antijuricidad) como subjetiva (culpabilidad), mientras la pena es la reacción de la Sociedad y por ello externa a aquel, constituyendo su consecuencia ordinaria, terminando por afirmar que un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque no es punible, invocado la existencia de delitos no punibles conforme a la ley, cuando esta otorga una excusa absolutoria.”¹⁵⁵ Reiteramos, el Derecho penal, es el ordenamiento jurídico que se ocupa del delito, del delincuente y de las penas y medidas de seguridad, constituye el objeto de la Ciencia del Derecho penal.

¹⁵⁴ Idem

¹⁵⁵ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., p. 571

1.7.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

“Las llamadas en España *excusas absolutorias* se reconocen por los escritores alemanes, aunque no las den este nombre y varíe su repertorio. Franz von Liszt las denomina *causas personales que liberan de la pena*, Wachenfeld, M. E. Mayer y Kóhler las nombran, de consuno, *causas personales que excluyen la pena*.”¹⁵⁶

Según Jiménez de Asua, “son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública; es decir, que son motivos de impunidad.”¹⁵⁷

Las excusas absolutorias, es decir, las que lo son realmente según el deslinde que antes hicimos, puesto que no suprimen ni la antijuricidad ni la culpabilidad de la conducta dan lugar a responsabilidad civil.

La diferencia que existente entre las condiciones objetivas de punibilidad y las por algunos denominadas excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la pena, pues si bien ambas tienen ciertas características comunes, se distinguen perfectamente para sus efectos. Las condiciones objetivas de punibilidad, como se ha destacado, constituyen circunstancias de exclusión de la pena de orden material-sustantivo y su ausencia elimina la punibilidad del hecho delictivo para todo el mundo a pesar del carácter antijurídico y culpable del hecho realizado. Las excusas absolutorias son causas estrictamente personales que excluyen las penas al reunir las condiciones que la ley señala, pero no para el resto de quienes intervengan en el delito o delitos cometidos. En el derecho punitivo mexicano constituyen causas personales excluyentes de la pena las hipótesis de encubrimiento previstas en las fracciones III y IV del artículo 400 del Código penal Federal, cuando los autores del hecho sean los ascendientes y descendientes o afines del responsable de un delito; el cónyuge, la concubina, él

¹⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 433

¹⁵⁷ Ibidem, p. 434

concubinario y los parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo del mismo, y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles, en los casos en que se oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los objetos o instrumentos del mismo, o se impida que se investigue.

“Como una síntesis de lo expuesto, hemos de admitir que las condiciones objetivas de punibilidad propias o auténticas son circunstancias completamente ajenas a los elementos del delito, que la ley consigna como necesarias para que la conducta o el hecho realizado, con las características propias de un delito, sea punible. Lo anterior no ignora que en ocasiones la ley condiciona la punibilidad del hecho o la agravación de la pena a circunstancias o condiciones que en alguna forma se vinculan a la ilicitud o a la culpabilidad y que en la doctrina alemana han sido denominadas condiciones objetivas impropias, cuya ubicación sistemática ha sido controvertida, pues se le estudia en el tipo del injusto o fuera de él, pero reconociéndose que algunas de ellas se encuentran próximas a los elementos del tipo.”¹⁵⁸ Son aquellos requisitos señalados en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito, terminando de ello por afirmar que de ahí que el presentarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito sino secundarios. Como insistentemente hemos señalado, las propias o auténticas condiciones objetivas de punibilidad no influyen en la perfección del hecho delictivo que reúne todos sus elementos, ni tampoco en su gravedad punitiva; no constituyen *parte* del hecho que ya por sí reúne sus características de ser antijurídico y culpable, dado que constituyen presupuestos de la pena cuya exigencia en la ley precisa su satisfacción para hacer operante la pena correspondiente.

¹⁵⁸ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., p. 584

CAPITULO SEGUNDO
TRATA DE PERSONAS

CAPITULO SEGUNDO

TRATA DE PERSONAS

En este capítulo entraremos al estudio ponderado del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, para lo cual nos apoyaremos en lo plasmado en el primer capítulo, por ser éste la base y soporte dogmático al presente tema de investigación; así mismo nos auxiliaremos de diversas fuentes jurisdiccionales y de la ley de la materia misma, pues es de explorado derecho, que la ley no necesita ser probada.

Antes de iniciar este capítulo, hacemos algunas observaciones: comenzaremos por analizar la legislación donde se encuentra descrito el delito de trata de personas, así mismo realizaremos el análisis del delito en comento y su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, para finalmente realizar un estudio del delito en relación con los elementos que estudiamos en el primer capítulo y que, reiteramos, representan el soporte a este trabajo de investigación.

2.1 LEY GENERAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LOS DELITOS EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS Y PARA LA PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE ESTOS DELITOS

El delito de trata de personas se encuentra contemplado en diversas legislaciones, por citar algunos ejemplos: en el artículo 188 Bis del Código penal de la Ciudad de México dentro del título sexto llamado *delitos contra el libre desarrollo de la personalidad cometidos en contra de las personas mayores y menores de dieciocho años de edad o personas que no tengan capacidad para comprender el significado del hecho o personas que no tengan la capacidad de resistir la conducta*; también se encuentra regulado por los artículos 268 bis y 268 bis 1 del Código Penal para el Estado de México; así mismo se encontraba

regulado en el artículo 207 del Código Penal Federal dentro del título octavo denominado *delitos contra el libre desarrollo de la personalidad*, sin embargo ha sido derogado.

Concatenado a lo anterior, y de acuerdo al concurso aparente de normas y los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad, mismos que se encuentran regulados en el artículo 13 del Código Penal para la Ciudad de México, y el artículo 5 del Código Penal para el Estado de México, y en atención al artículo 3° de los transitorios del Código Penal Federal, es que se concluye que la ley encargada de regular el delito en materia de trata de personas lo es la *Ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos*

Dicha legislación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012, promulgada por el entonces presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, y entró en vigor al día siguiente al de su publicación en el DOF, abrogando la Ley para Prevenir y Sancionar la trata de Personas, publicada en el DOF el día 27 de noviembre de 2007. Lo anterior se colige de la LGPSEDMTP, en su noveno transitorio, al señalar:

Noveno.- La presente Ley deroga los delitos objeto de la misma, en el Código Penal Federal y Leyes Federales.

La última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación es del 19 de marzo del año 2014.

El decreto a través del cual se creaba la legislación en comento se titulaba: *se expide la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos; y aboga la ley para prevenir y sancionar la trata de personas; y reforma diversas disposiciones de la ley federal contra la delincuencia organizada; del código federal de procedimientos penales; del código penal federal; de la ley orgánica del poder judicial de la federación; de la ley de la policía federal y de la ley general del sistema nacional de seguridad pública.*

La LGPSEDMTP se estructura de la siguiente manera:

Libro primero, de lo sustantivo

 Titulo primero, disposiciones generales

 Capítulo I, generalidades

 Capítulo II, competencias y facultades en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y ejecución de penas de los delitos previstos en esta Ley

 Titulo segundo, de los delitos en materia de trata de personas

 Capítulo I, de los principios para la investigación, procesamiento e imposición de las sanciones

 Capítulo II, de los delitos en materia de trata de personas

 Capítulo II, reglas comunes para los delitos previstos en esta Ley

 Capítulo III, del resarcimiento y reparación del daño

 Capítulo IV, de las técnicas de investigación

 Titulo tercero, de la protección y asistencia a las víctimas, ofendidos y testigos de los delitos en materia de trata de personas

 Capítulo I, derechos de las víctimas y testigos durante el procedimiento penal y medidas de protección a su favor

 Capítulo II, protección y asistencia a las víctimas

 Capítulo III, de los derechos de las víctimas extranjeras en México y de las víctimas mexicanas en el extranjero

 Capítulo IV, de la protección y asistencia a las víctimas y el fondo

 Capítulo V, del programa de protección a víctimas y testigos

Libro segundo, de la política de estado

Título primero, de la comisión intersecretarial y el programa nacional

Capítulo I, de la comisión intersecretarial

Capítulo II, del programa nacional

Capítulo III, de la evaluación del programa nacional

Título segundo, de la prevención de los delitos previstos en esta ley

Capítulo I, de las políticas y programas de prevención

Capítulo II, atención preventiva a zonas y grupos de alta vulnerabilidad

Capítulo III, de la evaluación de los programas de prevención

Capítulo IV, de la atención a rezagos

Título tercero, facultades y competencias de las autoridades de los tres órdenes de gobierno

Capítulo I, del gobierno federal

Capítulo II, de las autoridades estatales, municipales y del distrito federal

Capítulo III, de la reglamentación del programa

Capítulo IV, del financiamiento a la prevención, sanción y erradicación de los delitos previstos en esta ley y de la asistencia y protección a las víctimas, ofendidos y testigos

De lo anterior citado hacemos la observación de que en el libro primero, título segundo, se repite el capítulo II en dos ocasiones, un error de forma pero que hace suponer la poca atención legislativa al momento de redactar.

No pasa desapercibido que la citada ley es de orden público e interés social, pues así reza el artículo 1° de la misma:

Artículo 1o. La presente Ley es reglamentaria del artículo 73, fracción XXI, párrafo primero, en materia de trata de personas, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y es de orden público e interés social.

Además, en todo lo no previsto en materia de investigación, procedimientos y sanciones de los delitos materia de esta Ley, las autoridades federales, estatales y del Distrito Federal, aplicarán supletoriamente las disposiciones del CPF, del CFPP, de la LFCDO, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley Federal de Extinción de Dominio y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Así quedo señalado en el artículo 9º de la legislación especial.

Véase que la disposición en comento recoge un régimen de supletoriedad directa del CPF y del CFPP, solo para aquellos casos en los que las normas existentes resulten insuficientes (Ley de Trata y legislaciones locales). Esto es, el artículo 9 de ninguna manera determina la existencia de un proceso penal único para investigar y sancionar las conductas típicas previstas en la LGPSEDMTP, que deba llevarse a cabo conforme a las reglas sustantivas y adjetivas de los códigos penales de la Federación.

A lo anterior se suma, que en términos del artículo 2 y 5 de la LGPSEDMTP la autoridad que debe juzgar el hecho estimado como delito puede ser tanto del fuero federal como del local, lo que trae como consecuencia necesaria que el proceso penal se instruya de conformidad con las disposiciones contenidas en los códigos que de acuerdo al fuero de estas correspondan, por ser las normas que rigen su actuar. De esta manera, es que consideramos que es correcto que si el probable responsable fue procesado y condenado con base en las disposiciones aplicables del Código Penal y Código de Procedimientos Penales, ambos de la Ciudad de México, estos se deban aplicar de manera supletoria

2.2 DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Previo al estudio del delito de trata de personas, es importante señalar que nos apegaremos a lo señalado por la Ley general para prevenir, sancionar y erradicar

los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, ello por lo expresado anteriormente.

El delito de trata de personas se encuentra descrito en el artículo 10 de la LGPSEDMTP:

Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

Se entenderá por explotación de una persona a:

- I. La esclavitud, de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley;*
- II. La condición de siervo, de conformidad con el artículo 12 de la presente Ley;*
- III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 13 a 20 de la presente Ley;*
- IV. La explotación laboral, en los términos del artículo 21 de la presente Ley;*
- V. El trabajo o servicios forzados, en los términos del artículo 22 de la presente Ley;*
- VI. La mendicidad forzosa, en los términos del artículo 24 de la presente Ley;*
- VII. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del artículo 25 de la presente Ley;*
- VIII. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los artículos 26 y 27 de la presente Ley;*
- IX. El matrimonio forzoso o servil, en los términos del artículo 28 de la presente Ley, así como la situación prevista en el artículo 29;*
- X. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del artículo 30 de la presente Ley; y*

- XI. *Experimentación biomédica ilícita en seres humanos, en los términos del artículo 31 de la presente Ley.*

De lo transcrito se colige que el tipo penal contempla diversas modalidades, empero, nosotros nos enfocaremos a la modalidad señalada en la fracción III, respecto de *la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual*, modalidad que se encuentra regulada en los artículos 13 a 20 de la LGPSEDMTP. Resulta importante citar desde este momento lo que dichos preceptos legales señalan:

Artículo 13. Será sancionado con pena de 15 a 30 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa, al que se beneficie de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada mediante:

- I. El engaño;*
- II. La violencia física o moral;*
- III. El abuso de poder;*
- IV. El aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad;*
- V. Daño grave o amenaza de daño grave; o*
- VI. La amenaza de denunciarle ante autoridades respecto a su situación migratoria en el país o cualquier otro abuso de la utilización de la ley o procedimientos legales, que provoque que el sujeto pasivo se someta a las exigencias del activo.*

Tratándose de personas menores de edad o personas que no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho no se requerirá la comprobación de los medios a los que hace referencia el presente artículo.

Artículo 14. Será sancionado con pena de 10 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa, al que someta a una persona o se beneficie de someter a una persona para que realice actos pornográficos, o produzca o se beneficie de la producción de

material pornográfico, o engañe o participe en engañar a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos pornográficos.

Artículo 15. *Será sancionado con pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa, al que se beneficie económicamente de la explotación de una persona mediante el comercio, distribución, exposición, circulación u oferta de libros, revistas, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio.*

No se sancionará a quien incurra en estas conductas con material que signifique o tenga como fin la divulgación científica, artística o técnica, o en su caso, la educación sexual o reproductiva. En caso de duda sobre la naturaleza de este material, el juez solicitará dictamen de peritos para evaluar la conducta en cuestión.

Artículo 16. *Se impondrá pena de 15 a 30 años de prisión y de 2 mil a 60 mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, incluyendo la destrucción de los materiales resultantes, al que procure, promueva, obligue, publicite, gestione, facilite o induzca, por cualquier medio, a una persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta, a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal, con fines sexuales, reales o simulados, con el objeto de producir material a través de video grabarlas, audio grabarlas, fotografiarlas, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos, y se beneficie económicamente de la explotación de la persona.*

Si se hiciere uso de la fuerza, el engaño, la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o

cualquier otra circunstancia que disminuya o elimine la voluntad de la víctima para resistirse, la pena prevista en el párrafo anterior se aumentará en una mitad.

Se impondrán las mismas sanciones previstas en el primer párrafo del presente artículo, a quien financie, elabore, reproduzca, almacene, distribuya, comercialice, arriende, exponga, publicite, difunda, adquiera, intercambie o comparta, por cualquier medio, el material a que se refieren las conductas anteriores.

Artículo 17. *Se impondrá pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa al que almacene, adquiera o arriende para sí o para un tercero, el material a que se refiere el artículo anterior, sin fines de comercialización o distribución.*

Artículo 18. *Se impondrá pena de 15 a 25 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa, al que promueva, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio a que una o más personas viajen al interior o exterior del territorio nacional con la finalidad de que realicen cualquier tipo de actos sexuales, reales o simulados, con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, y se beneficie económicamente de ello.*

Artículo 19. *Será sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión y de 4 mil a 30 mil días multa, el que contrate a una persona u oferte un trabajo distinto a los servicios sexuales y la induzca a realizarlos, bajo engaño en cualquiera de las siguientes circunstancias:*

- I. Que el acuerdo o contrato comprende la prestación de servicios sexuales; o*
- II. La naturaleza, frecuencia y condiciones específicas; o*
- III. La medida en que la persona tendrá libertad para abandonar el lugar o la zona a cambio de la realización de esas prácticas; o*
- IV. La medida en que la persona tendrá libertad para dejar el trabajo a cambio de la realización de esas prácticas; o*

- V. *La medida en que la persona tendrá posibilidad de salir de su lugar de residencia a cambio de la realización de esas prácticas; o*
- VI. *Si se alega que la persona ha contraído o contraerá una deuda en relación con el acuerdo: el monto, o la existencia de la suma adeudada o supuestamente adeudada.*

Artículo 20. Será sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión y de 4 mil a 30 mil días multa, el que, obteniendo beneficio económico para sí o para un tercero, contrate aun sea lícitamente, a otra para la prestación de servicios sexuales en las circunstancias de las fracciones II al VI del artículo anterior.

Con lo hasta aquí citado, es justo decir que el tema a desarrollar tiene diferentes supuestos, sin embargo todos ellos tienen como modalidad la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, así mismo tienen como común característica que ninguno de ellos permite que el consentimiento sea una excluyente del delito en comento. Circunstancia que analizamos a continuación.

2.3 EL CONSENTIMIENTO

Como se ha señalado en el primer capítulo ¹⁵⁹ el consentimiento es una causa de justificación, sin embargo el artículo 40 de la LGPSEDMTP, prohíbe radicalmente tal figura jurídica al señalar:

Artículo 40. El consentimiento otorgado por la víctima, cualquiera que sea su edad y en cualquier modalidad de los delitos previstos en esta Ley no constituirá causa excluyente de responsabilidad penal.

Siendo estos dos últimos puntos el eje toral de la investigación. Antes de continuar, queremos precisar que con lo hasta aquí señalado, vamos a realizar el estudio del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, sin embargo para mayor puntualidad abarcaremos el fondo del tema más adelante.

¹⁵⁹ *Vid supra* capítulo 1, inciso 1.3.2.3.1, Consentimiento, p. 41

2.4 ELEMENTOS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

En el presente apartado se realizara un estudio de los elementos del delito en su aspecto positivo y negativo en relación con el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.

2.4.1 CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA

Por cuanto hace a la conducta y la ausencia de conducta, el DTPMPAES podemos señalar: El delito, por cuanto hace a su conducta, puede ser tanto de acción como de omisión, pues así lo señala el artículo 10 de la LGPSEDMTP al indicar en su parte conducente: *Toda acción u omisión.*

El delito, por cuanto hace a la ausencia de conducta, es taxativo que al ser este un delito que permite tanto la acción como la omisión, pueda existir la ausencia de conducta, ya que el hecho se realiza sin intervención de la voluntad del agente, verbigracia, no puede constituirse una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente.

2.4.2 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

Por cuanto hace a este apartado, resulta innecesario transcribir nuevamente los artículos señalados *ut supra*¹⁶⁰, motivo por el cual realizaremos un estudio del tipo penal, es decir, señalaremos la descripción típica de cada precepto:

2.4.2.1 TIPICIDAD

2.4.2.1.1 TRATA DE PERSONAS

Artículo 10:

Tipo penal: *personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación*

¹⁶⁰ *Vid supra* capítulo 2, inciso 2.2, Delito de Trata de Personas, p. 100

Verbo rector: captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir, alojar

2.4.2.1.2 MODALIDADES

ARTICULO 13:

Tipo penal: *al que se beneficie de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada mediante: El engaño; La violencia física o moral; El abuso de poder; El aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad; Daño grave o amenaza de daño grave; o La amenaza de denunciarle ante autoridades respecto a su situación migratoria en el país o cualquier otro abuso de la utilización de la ley o procedimientos legales, que provoque que el sujeto pasivo se someta a las exigencias del activo.*

Verbo rector: beneficiar

ARTICULO 14:

Tipo penal: *al que someta a una persona o se beneficie de someter a una persona para que realice actos pornográficos, o produzca o se beneficie de la producción de material pornográfico, o engañe o participe en engañar a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos pornográficos.*

Verbo rector: someter, beneficie de someter, produzca o se beneficie de la producción, engañe, participe en engañar

ARTICULO 15:

Tipo penal: *al que se beneficie económicamente de la explotación de una persona mediante el comercio, distribución, exposición, circulación u oferta de libros, revistas, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio.*

Verbo rector: beneficie económicamente

ARTICULO 16:

Tipo penal: *al que procure, promueva, obligue, publicite, gestione, facilite o induzca, por cualquier medio, a una persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta, a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal, con fines sexuales, reales o simulados, con el objeto de producir material a través de video grabarlas, audio grabarlas, fotografiarlas, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos, y se beneficie económicamente de la explotación de la persona.*

Si se hiciere uso de la fuerza, el engaño, la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o cualquier otra circunstancia que disminuya o elimine la voluntad de la víctima para resistirse...

...a quien financie, elabore, reproduzca, almacene, distribuya, comercialice, arriende, exponga, publicite, difunda adquiera, intercambie o comparta, por cualquier medio, el material a que se refieren las conductas anteriores.

Verbo rector: procure, promueva, obligue, publicite, gestione, facilite, induzca, financie, elabore, reproduzca, almacene, distribuya, comercialice, arriende, exponga, publicite, difunda, adquiera, intercambie, comparta

ARTICULO 17:

Tipo penal: *al que almacene, adquiera o arriende para sí o para un tercero, el material a que se refiere el artículo anterior, sin fines de comercialización o distribución.*

Verbo rector: almacene, adquiera o arriende

ARTICULO 18:

Tipo penal: *al que promueva, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio a que una o más personas viajen al interior o exterior del territorio nacional con la finalidad de que realicen cualquier tipo de actos sexuales, reales o simulados, con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, y se beneficie económicamente de ello.*

Verbo rector: promueva, publicite, invite, facilite o gestione y se beneficie económicamente de ello.

ARTICULO 19:

Tipo penal: *el que contrate a una persona u oferte un trabajo distinto a los servicios sexuales y la induzca a realizarlos, bajo engaño en cualquiera de las siguientes circunstancias: Que el acuerdo o contrato comprende la prestación de servicios sexuales; o La naturaleza, frecuencia y condiciones específicas; o La medida en que la persona tendrá libertad para abandonar el lugar o la zona a cambio de la realización de esas prácticas; o La medida en que la persona tendrá libertad para dejar el trabajo a cambio de la realización de esas prácticas; o La medida en que la persona tendrá posibilidad de salir de su lugar de residencia a cambio de la realización de esas prácticas; o Si se alega que la persona ha contraído o contraerá una deuda en relación con el acuerdo: el monto, o la existencia de la suma adeudada o supuestamente adeudada.*

Verbo rector: contrate, induzca

ARTICULO 20:

Tipo penal: *el que, obteniendo beneficio económico para sí o para un tercero, contrate aun sea lícitamente, a otra para la prestación de servicios sexuales en las circunstancias de La naturaleza, frecuencia y condiciones específicas; o La medida en que la persona tendrá libertad para abandonar el lugar o la zona a cambio de la realización de esas prácticas; o La medida en que la persona tendrá libertad para dejar el trabajo a cambio de la realización de esas prácticas*

Verbo rector: obteniendo beneficio económico

Cabe recordar que lo anterior hace referencia al tipo legal (descripción legal), en tanto que la tipicidad se realizara cuando se busque encuadrar dicha descripción legal a una conducta concreta, es decir, a través de la interpretación que le asignen los sujetos procesales, se comprobara si la conducta cumple con los elementos o requisitos exigidos por el tipo, verbigracia, se buscara la adecuación de la conducta al tipo penal.

Así mismo no se hace relación con otras leyes para describir por completo el comportamiento ilícito,

2.4.2.1.3 PRESUPUESTOS DEL DELITO

En cuanto a sus elementos constituyentes, hemos de señalar los siguientes:

Deber Jurídico Penal: para no caer en repeticiones y transcribir los artículos previamente citados, hay que señalar que el DTPMPAES, es tanto de acción como de omisión, por lo tanto el deber jurídico penal se traduce a abstenerse de realizar las conductas o bien un mandato de actuar, respectivamente.

Bien Jurídico Penal: en el DTPMPAES lo es el libre desarrollo de la personalidad

Sujeto Activo: en el particular, la legislación en determinadas hipótesis hace el señalamiento de algunas características que debe tener el sujeto activo, estudio que se ejemplifica a continuación:

Art.	Voluntabilidad	Imputabilidad	Calidad garante	Calidad específica	Intervinientes
10	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.

13	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.
14	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.
15	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.
15 párr. 2°	Exclusión del elemento normativo	Exclusión del elemento normativo	Exclusión del elemento normativo	Exclusión del elemento normativo	Exclusión del elemento normativo
16	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.
16 párr. 2°	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia,</i> con	Unisubjetivo con

				excepción a una posición jerárquica o el tener autoridad sobre otra persona	posibilidad de autoría eventual múltiple.
16 párr. 3°	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.
17	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.
18	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.
19	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría

					eventual múltiple.
20	Se requiere	Se requiere	Se requiere	<i>delicta comunia</i>	Unisubjetivo con posibilidad de autoría eventual múltiple.

Sujeto Pasivo: en el particular, la legislación en determinadas hipótesis hace el señalamiento de algunas características que debe tener el sujeto pasivo, estudio que se ejemplifica a continuación:

Artículo	Calidad de la víctima	Numero de pasivos
10	No hay calidad específica de la víctima	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
13	No hay calidad específica de la víctima	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
13 párr. 2°	Personas menores de edad o personas que no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
14	No hay calidad específica de la víctima	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
15	No hay calidad específica de la víctima	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
15 párr. 2°	Exclusión del elemento normativo	Exclusión del elemento normativo
16	Persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas

	significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta,	
16 párr. 2°	No hay calidad específica de la víctima, con excepción a que se encuentre subordinada en una posición jerárquica o que alguien tenga autoridad sobre ella.	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
16 párr. 3°	No hay calidad específica de la víctima	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
17	No hay calidad específica de la víctima	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
18	Nacionales o Extranjeras; personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
19	No hay calidad específica de la víctima	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas
20	No hay calidad específica de la víctima	Unisubjetivo con posibilidad de diversas víctimas

Objeto Jurídico y material:

El objeto jurídico: en el DTPMPAES lo es el libre desarrollo de la personalidad

El objeto material: Es la persona sobre quien recae la conducta del DTPMPAES, en dicho tipo penal puede ser cualquier persona, a excepción de los artículos 13 párrafo segundo, 16, 16 párrafo segundo y 18, mismo que lo podemos plasmar en la siguiente tabla:

Artículo	Objeto Jurídico	Objeto material
10	El libre desarrollo de la personalidad	Cualquier persona
13	El libre desarrollo de la personalidad	Cualquier persona
13 párr. 2°	El libre desarrollo de la personalidad	Personas menores de edad o personas que no tiene la capacidad de comprender el significado del hecho
14	El libre desarrollo de la personalidad	Cualquier persona
15	El libre desarrollo de la personalidad	Cualquier persona
15 párr. 2°	Exclusión del elemento normativo	Exclusión del elemento normativo
16	El libre desarrollo de la personalidad	Persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta,
16 párr. 2°	El libre desarrollo de la personalidad	No hay calidad específica de la víctima, con excepción a que se encuentre subordinada en una posición jerárquica o que alguien tenga autoridad sobre ella.
16 párr. 3°	El libre desarrollo de la personalidad	Cualquier persona
17	El libre desarrollo de la personalidad	Cualquier persona
18	El libre desarrollo de la personalidad personas que no tienen capacidad para	Nacionales o Extranjeras; personas menores de dieciocho años de edad, o con una o

	comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo	varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo
19	El libre desarrollo de la personalidad	Cualquier persona
20	El libre desarrollo de la personalidad	Cualquier persona

2.4.2.2 ATIPICIDAD

Como hemos señalado las causas de atipicidad implican que la conducta no es típica y, por tanto, es lícita, que excluyen la prohibición debido a que falta alguno de los tres elementos de la conducta típica: objetivo, normativo o subjetivo.

2.4.2.2.1 Exclusión del elemento objetivo

2.4.2.2.1.1 Por falta de acción

En el DTPMPAES, es susceptible a encontrarse ante una atipicidad por exclusión del elemento objetivo por falta de acción si se acredita que la conducta como tal no existió o fue anulada por ser involuntaria, por ejemplo si un fue el sujeto activo quien causo el resultado, sino un tercero con el cual ni siquiera participo o copero para su comisión.

No pasa desapercibido que el elemento objetivo puede ser anulado cuando en la conducta típica haya ausencia de voluntad, mismas que se podemos clasificar en: fuerza física externa (*vis absoluta* y *vis mayor*), actos reflejos, hipnosis, sonambulismo y crisis epilépticas, sin embargo a nuestro criterio dichas hipótesis son prácticamente imposibles de adecuarse al DTPMPAES, y excepcionalmente podríamos citar a la hipnosis como una forma de anular el elemento objeto, esto siempre y cuando demostremos científicamente que el hipnotizado efectivamente estaba en trance al momento de ejecutar las ordenes o sugerencias del

hipnotizador, solo entonces quería anulada la voluntad de la conducta del hipnotizado y se atribuiría el resultado del DTPMPAES al hipnotizador.

2.4.2.2.1.2 Por falta de nexo causal y resultado

Falta de nexo causal: mismo que se traduce a que entre la acción y el resultado exista una relación, una conexidad, que el resultado deriva directamente de la acción, por lo cual en el DTPMPAES, debe estar plenamente demostrado el nexo causal, circunstancia sin la cual sería una exclusión del elemento normativo y por consiguiente una exclusión de la conducta típica, recordemos que cuando falte la prueba científico-natural del nexo causal, no puede ser sustituida por una convicción subjetiva del Juez por la vía de la libre valoración de la prueba.

Falta de resultado: en este punto considero oportuno recordar que la falta de resultado está íntimamente relacionado con el bien jurídico penal, toda vez que es este último lo que la ley busca proteger, siendo el caso que si este fue vulnerado derivó de una acción y relacionado con el nexo causal que trae como consecuencia el resultado, nos encontremos ante un hecho constitutivo de delito; sin embargo cuando no existe o ante la falta del resultado nos encontramos ante una causa excluyente de la conducta típica, como hemos citado anteriormente, en el caso de homicidio donde se demuestra que el sujeto pasivo sigue vivo, o en el delito de violación consumada si no hubo copula ni lesiones realizadas, podemos concluir entonces que la falta de resultado se traduce a que el bien jurídico protegido nunca fue vulnerado o puesto en peligro. En el DTPMPAES, el bien jurídico lo es el libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, y para acreditar que realmente existió una vulneración a dicho bien jurídico tutelado debemos acreditar plenamente que *el libre desarrollo de la personalidad* de la víctima sufrió un detrimento o menoscabo, pues solo así se vulneró el bien jurídico tutelado. Verbigracia, en el DTPMPAES, no se encuentra lo que conocemos como *mancha material*, misma que se traduce a que en el mundo factico se provocó un daño a el libre desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo, cuestión que resulta prácticamente imposible de probar puesto que no es

dable entrar a la psique de las personas y determinar que efectivamente se tiene un daño, un detrimento o menoscabo en su libre desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo, ya que son estudios basados en *interpretaciones* los que tratan de demostrar el daño a el libre desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo, sin embargo dichos estudios, y su interpretación, no pueden probar a un grado tal de certeza que dicha lesión al bien jurídico en cita, surge, inicia o tiene su origen cuando son víctimas del DTPMPAES, pudiendo tener el sujeto pasivo la vulneración a su libre desarrollo de la personalidad en otro momento, por otros actos. Así mismo se encuentra la posibilidad en la cual el sujeto pasivo, aun y cuando se le hayan practicado los estudios, no se acredite que sufrió un daño a su bien jurídico tutelado de su libre desarrollo de la personalidad, lo cual también nos coloca en el supuesto planteado de falta de resultado, pues en ningún momento su bien jurídico fue vulnerado.

Con ello reiteramos que no podemos señalar a un grado tal de convicción que la conducta desplegada contra los sujetos pasivos, y relacionada a un nexo causal, tenga como resultado una vulneración al bien jurídico tutelado en el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, mismo que se traduce a el libre desarrollo de la personalidad.

2.4.2.2.2 Exclusión del elemento normativo

A manera de ejemplificar citamos los artículos referentes al DTPMPAES, en los cuales puede existir tal supuesto:

Artículo 10.- Tiene que ser con fines de explotación, y en la especie, entendemos por explotación a la *prostitución ajena u otra forma de explotación sexual*. Por lo cual si se capta, enganche, transporta, transfiere, retiene, entrega, recibe, aloja a una o varias personas pero no tienen como fin la explotación en el supuesto de *prostitución ajena u otra forma de explotación sexual*, es claro que nos encontramos ante una exclusión del elemento normativo.

Artículo 13. Tiene que beneficiarse de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones

públicas o privadas del orden sexual, el turismo sexual, o cualquier otra actividad sexual remunerada. Por lo cual si no existe un beneficio económico, o si la imagen no es considerada como pornografía hay una exclusión del elemento normativo.

Artículo 14. Tiene que someter a una persona o beneficiare de someter a una persona para que realice actos pornográficos o produzca o se beneficie de la producción de material pornográfico, o tiene que engañar o participar en engañar a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos pornográficos. Por lo cual si no somete o se beneficia de someter a una persona para tales actos, así como si no engaña o participa en engañar, será una excluyente del elemento normativo.

Artículo 15.- Se tiene que beneficiar económicamente de la explotación de una persona mediante el comercio, distribución, exposición, circulación u oferta de libros, revistas, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio. Por lo cual si no se beneficia estaremos en presencia de una excluyente del elemento normativo.

Artículo 16. Se tiene que procurar, promover, obligar, publicitar, gestionar, facilitar o inducir, por cualquier medio, a una persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta, a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal, con fines sexuales, reales o simulados, con el objeto de producir material a través de video grabarlas, audio grabarlas, fotografiarlas, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos, y se beneficie económicamente de la explotación de la persona. Por lo cual si no es una persona menor de dieciocho años de edad, o que si tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o que si tenga la capacidad de resistir la conducta; así mismo y si no se realizan actos

sexuales o de exhibicionismo corporal ni la finalidad es sexual (ya sea real o simulado) ni con el objeto de producir material (ya sean videograbaciones, audio grabaciones, fotografías, filmaciones) ni con el objetivo de exhibirlos o distribuyéndolos, estaremos nuevamente ante una excluyente del elemento normativo.

Artículo 16, párrafo segundo. Se debe hacer uso de la fuerza, del engaño, de la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o cualquier otra circunstancia que disminuya o elimine la voluntad de la víctima para resistirse. Por lo cual, si no se hizo uso de la fuerza, del engaño, de la violencia física o psicológica, etc. Con la finalidad de obtener el consentimiento, estaremos en presencia de una excluyente del elemento normativo.

Artículo 16, párrafo tercero. Se debe financiar, elaborar, reproducir, almacenar, distribuir, comercializar, arrendar, exponer, publicitar, difundir, adquirir, intercambiar o compartir, por cualquier medio, el material a que se refieren las conductas anteriores. Por lo cual si se acredita que no se financió, elaboró, almacenó, distribuyó, comercializó, arrendo, expuso, publicitó, difundió, intercambio o compartió, el material a que se refieren las conductas anteriores, estaremos nuevamente ante una excluyente del elemento normativo.

Artículo 17. Se debe almacenar, adquirir o arrendar para sí o para un tercero, el material a que se refiere el artículo anterior, sin fines de comercialización o distribución. Con la lectura se puede colegir que si es con fines de comercialización o distribución encuadra en la hipótesis anterior, mas no en esta, sin embargo si dicha circunstancia acontece, al menos para este precepto, nos coloca en una exclusión del elemento normativo.

Artículo 18. Para encuadrar en el tipo se tiene que promover, publicitar, invitar, facilitar o gestionar por cualquier medio a que una o más personas viajen al interior o exterior del territorio nacional con la finalidad de que realicen cualquier tipo de actos sexuales, reales o simulados, con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, y se beneficie económicamente de ello. Con lo cual, y bajo la misma métrica, si en el particular caso no se tiene como finalidad que se realicen actos sexuales (reales o simulados), o bien si dichos actos sexuales se realizan con personas mayores de dieciocho años de edad, o con personas que si tienen la capacidad para comprender el significado del hecho o que si tienen capacidad para resistirlo, estaríamos ante una exclusión del elemento normativo; situación igual ocurre si no se obtuvo un beneficio económico de ello.

Artículo 19. Para encuadrar en dicho tipo penal se debe contratar a una persona u ofertar un trabajo distinto a los servicios sexuales y la induzca a realizarlos, bajo engaño en cualquiera de las siguientes circunstancias: Que el acuerdo o contrato comprende la prestación de servicios sexuales; o La naturaleza, frecuencia y condiciones específicas; o La medida en que la persona tendrá libertad para abandonar el lugar o la zona a cambio de la realización de esas prácticas; o La medida en que la persona tendrá libertad para dejar el trabajo a cambio de la realización de esas prácticas; o La medida en que la persona tendrá posibilidad de salir de su lugar de residencia a cambio de la realización de esas prácticas; o Si se alega que la persona ha contraído o contraerá una deuda en relación con el acuerdo: el monto, o la existencia de la suma adeudada o supuestamente adeudada. De lo señalado se pueden desprender distintas hipótesis de exclusión del elemento normativo, podemos señalar como hipótesis de atipicidad la oferta de trabajo que si señale los servicios sexuales. En este

precepto en particular comenzamos a observar términos que serán de estudio en los siguientes capitulados.

Artículo 20. Como circunstancia a cubrir para adecuarse al tipo penal tenemos que debe obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, aun y cuando contrate lícitamente a otra para la prestación de servicios sexuales. De lo citado se deduce que si no se obtiene un beneficio económico, estaremos dentro de la exclusión del elemento normativo.

2.4.2.2.3 Exclusión del elemento subjetivo

2.4.2.2.3.1 Falta de elementos subjetivos específicos

En el DTPMPAES, encontramos como elementos subjetivos específicos el ánimo y finalidad de beneficiarse económicamente, pues así queda plasmado en los artículos 13, 14, 15, 16, 18 y 20. Por lo cual, si la finalidad no fuera el beneficio económico, estaríamos ante la falta de un elemento subjetivo específico y consecuentemente ante una atipicidad.

2.4.2.2.3.2 Ausencia de elementos subjetivos genéricos

2.4.2.2.3.2.1 *Error de tipo*

Para mayor comprensión, señalaremos un caso hipotético, sustentando en lo señalado por el artículo 17 de la LGPSEDMTP que señala:

Artículo 17. Se impondrá pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa al que almacene, adquiera o arriende para sí o para un tercero, el material a que se refiere el artículo anterior, sin fines de comercialización o distribución.

En el supuesto que una persona, acostumbrada a bajar pornografía de internet y que *almacena* en su computadora, pero entre dicho material se encuentra un video donde aparecen menores de dieciocho años realizando actos sexuales,

pero el desconoce que se tratan de personas menores de dieciocho años, dado que por las características de las personas parecen de mayor edad, en este supuesto estaremos ante una falsa percepción de un elemento objetivo y por consiguiente un error de tipo. Consecuentemente podemos señalar que estamos en presencia de un error de tipo invencible, ya que difícilmente, y aun teniendo la mayor diligencia y atención al actuar, no se puede salir del error, pues el único elemento que tiene el sujeto activo en ese momento es el material pornográfico y con base en ese material no se puede salir de dicho error, eliminando de esta manera el elemento subjetivo de la conducta típica y, en consecuencia, excluyendo el delito por atipicidad de la conducta, pues recordemos que el artículo 8º del CPF solo considera como conductas delictivas las cometidas dolosa o culposamente, y como la conducta realizada bajo un error de tipo invencible no puede revestir ninguno de esos títulos de comisión, tendría que quedar fuera de lo prohibido y sería impune.

Cuestión contraria sería si dicho sujeto se percatara que el sitio en que descargó el video en comento acostumbra subir material pornográfico con menores de edad, y derivado de ello logra salir de su equivocación y darse cuenta de lo que realmente sucedía, entonces estamos en presencia de un error de tipo vencible, el cual elimina el dolo, pero deja subsistente la imprudencia, que se sustenta en la falta de diligencia al actuar; en tal supuesto vamos a corroborar si la conducta del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, acepta su tipicidad imprudente, para lo cual acudimos al listado del *números clausus*, pues en caso de que la conducta del delito en mención no sea de las que están allí contempladas, tampoco podremos sostener su tipicidad, ello con fundamento en los artículos 15, fracción VIII, inciso a y su párrafo final, 66 y 60, párrafo segundo, todos del CPF que señalan:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

....

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

Artículo 66.- *En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.*

Artículo 60.- *En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquéllos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de tres años de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.*

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

De la interpretación armónica de los preceptos citados se colige que el DTPMPAES, no acepta su tipicidad imprudente, recordemos que el delito de trata de personas estaba contemplado en el artículo 207 del CPF, sin embargo del análisis del artículo anterior se aprecia que dentro del catálogo de delitos culposos que pueden ser sancionados se encuentran diversos hechos, sin embargo no el de trata de personas.

Analicemos ahora si es correcto dicho razonamiento: de acuerdo al principio de especialidad, la legislación especial prevalecerá sobre la general, y como se especificó anteriormente, en el delito de trata de personas en su modalidad de

prostitución ajena u otras formas de explotación sexual prevalecerá la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos sobre el Código Penal Federal, sin embargo, el artículo 9o. de la ley especial en cita establece:

Artículo 9o. En todo lo no previsto en materia de investigación, procedimientos y sanciones de los delitos materia de esta Ley, las autoridades federales, estatales y del Distrito Federal, aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley Federal de Extinción de Dominio y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Con lo cual es factible distinguir que en todo lo no previsto en materia de investigación, procedimiento y sanciones del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual previsto en la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos será aplicable el Código Penal Federal, y este, al señalar los supuestos en que opera la tipicidad imprudente es que concluimos que el delito en mención no acepta dicha figura jurídica.

Por último, y en concordancia a lo anterior, especificamos que la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos no prevé la figura de tipicidad imprudente.

2.4.2.2.3.2.2 Caso fortuito

Podemos citar un supuesto de caso fortuito basándonos en el artículo 10 de la LGPSEDMTP, que entre otros supuestos, se encuentra *el alojar*, en el caso específico de que una persona propietaria de un hotel y llegasen al mismo diversas personas del sexo femenino, quienes alquilan varias habitaciones, y derivado de ello, el propietario registra a las féminas en su base de datos, así

como el importe de la tarifa por hospedarse en dicho establecimiento. Sin embargo las mismas le solicitan que el pago lo realizaran al final de los días, pues esperan a unas personas para poder cubrir los gastos, cuestión que resulta ser lícita pues en términos de los artículos 2666, 2667, 2668 del CCF se encuentra regulado tal acto, así mismo en términos del reglamento de establecimientos de hospedaje, campamentos y paradores de casas rodantes en su artículo 26 menciona las obligaciones de registrar a las personas que contraten el servicio. Sin embargo durante los siguientes días las féminas, ingresan con varios hombres a dicho inmueble a efecto de realizar servicios sexuales recibiendo como compensación una paga, misma paga que utilizarían para pagar el alojamiento en dicho establecimiento. En este supuesto no podemos imputar al propietario del Hotel el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, toda vez que el mismo está ejecutando un hecho lícito, si bien es cierto que generalmente se ingresan salidas e ingresos de las personas en el hotel, también lo es que el propietario del negocio no puede realizar una investigación sobre las personas que visitan y contratan sus servicios dentro de su establecimiento, así mismo el propietario no puede ingresar a las habitaciones a revisar que actos se llevan a cabo, por lo cual no podemos hacerle una imputación directa del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, toda vez se adecua a los requisitos necesarios para que exista dicha eximente, que son:

- a) Que el acto ejecutado sea lícito,
- b) Que se haya ejecutado con la diligencia debida, esto es, empleando las precauciones racionales que no omiten las personas prudentes y previsoras y que a pesar de ello, resulte el mal por mero accidente material, no imputable ni a dolo ni a culpa.

2.4.3 ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Para estudiar este punto de la antijuricidad y sus causas de justificación, y parte toral de la presente investigación, voy a recurrir a ciertos principios generales a efecto de poder acreditar que el delito de trata de personas, en su modalidad de

prostitución ajena y otras formas de explotación sexual, en efecto debe ser considerado como contrario a Derecho, recordemos pues, que el presente tema de investigación se limita a demostrar que el Consentimiento, y de acuerdo al caso concreto, si puede ser una causa de justificación en el delito en comento (*stricto sensu*), mas no que el mismo no cumple el elemento de la antijuricidad en todas las hipótesis (*lato sensu*), verbigracia, buscaremos acreditar que de acuerdo al caso concreto puede establecerse que existe una causa de justificación, en este caso el consentimiento, cuestión que diversos tipos penales contemplan, sin embargo, y como se hizo referencia, el artículo 40 de la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, prohíbe tajante y abiertamente tal causa de justificación, sin que nosotros compartamos dicho razonamiento y lo cual, reiteramos, es el punto central de la investigación: permitir que se contemple **el consentimiento, como causa de exclusión del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, previsto en el artículo 10, fracción III, de la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos.**

2.4.3.1 ANTIJURICIDAD

Como lo citamos en el punto anterior, haremos referencia a algunos principios referentes a la ley, que incluso han sido jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mismos que son:

- a) La ley no necesita ser probada
- b) La ley no es objeto de prueba

Los principios citados siguen vigentes y desde luego tienen su aplicación, pues se hacen cotidianamente, en la gran mayoría de los asuntos en los que se impugna la legalidad de alguna ley.

Con lo anterior reiteramos la idea de que el del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual es

antijurídico, ahora corresponde analizar si existe una causa de justificación que anule dicha antijuridicidad, pues como fue motivo de estudio, y señalado así por varios tratadistas, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, es decir, una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad.

2.4.3.1.1 FORMAL

La antijuridicidad formal es una consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones criminales; donde dicho principio está vigente; solo cuando no esté vigente este criterio de legalidad, prevalecerá la antijuridicidad material. En el Derecho mexicano, el principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege* está consagrado en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional que señala:

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

En el caso específico, en el DTPMPAES, es axiomático que el mismo es antijurídico, y por cuanto hace al aspecto formal, el mismo se adecua en términos de que el mismo se encuentra descrito y sancionado en la LGPSEDMTP, ley que actualmente es vigente, pues hasta la exposición de la presente investigación, no se ha publicado en el DOF reforma que abrogue o derogue el delito en cita.

2.4.3.1.2 MATERIAL

La antijuridicidad material, que como hemos señalado implica que la conducta típica generó una lesión o puesta en peligro del bien fundamental para la vida en sociedad. En el presente caso el bien jurídico tutelado lo es el libre desarrollo de la personalidad; sin embargo recordemos que tal conducta será considerada antijurídica si cumple con los supuestos de ser socialmente nociva y, además, la misma es injustificada, supuestos los cuales una vez cubiertos, acreditan tal conducta como injusta.

Verbigracia, el DTPMPAES, tiene una antijuridicidad formal, por cuanto hace a que se encuentra debidamente descrito y sancionado en una ley; así mismo tiene

una antijuridicidad formal por cuanto hace a ser socialmente nociva y ser esta injustificada, sin embargo, este último aspecto será tema central para acreditar o desvirtuar que el DTPMPAES, puede estar, o no, justificado; justificación que evidentemente estudiaremos acorde a los principios jurídicos y a la Legislación misma.

2.4.3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACION

Consideramos oportuno reiterar que lo antijurídico es objetivo: liga el acto con el Estado. Por eso, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, **SINO EL DEBER DE NO VIOLAR LAS NORMAS.**¹⁶¹

Hasta lo aquí expresado, es justo decir que el DTPMPAES, está debidamente descrito en la norma, es decir, tal conducta se encuentra tipificada, como consecuencia de ello, es penalmente prohibida tal conducta, conviene precisar ahora y determinar si contraviene a todo el orden jurídico en general, o si por el contrario existe alguna causa que la justifique.

Es decir, analizaremos si la conducta descrita en el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, es una conducta típica y antijurídica, es taxativo pensar que con lo hasta aquí manifestado tal conducta es evidentemente típica; ahora bien, corresponde analizar si es antijurídica. Si resulta ser una conducta típica y antijurídica estaremos en presencia de un injusto, más sin embargo, si hay una causa que justifique la conducta típica, consecuentemente quedará excluida su antijuridicidad y no será posible considerarla como delito, cierto, se concretó el primer elemento (conducta típica), sin embargo falto el segundo elemento (antijurídica), consiguientemente no podemos pasar al siguiente elemento que es la culpabilidad. Si acreditamos que la conducta descrita en el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual se encuentra justificada, el ilícito será justificado. Como hemos señalado

¹⁶¹ *Vid supra* capítulo 1, inciso 1.3.1, antijuridicidad, p. 31

las causas de justificación son las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; verbigracia, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, pero en los que falta el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen.

“No obstante, con esto no queda dicho todo al respecto, porque la exclusión del ámbito moral puro de lo jurídico, con el consiguiente reclamo de penar solo afectaciones de bienes jurídicos y para seguridad de los mismos, nos señala el límite de lo jurídico en general, pero no nos marca el límite de la posible injerencia jurídico-penal del Estado. No obstante, hay una tendencia o política penal, que surgirá más explícitamente cuando concluyamos el análisis de la fundamentación política y filosófica del horizonte de proyección de nuestra ciencia, y que se ha tratado de expresar en la llamada "intervención mínima" De ésta se desprende la moderna corriente de "descriminalización" que tiende a reducir el número de disposiciones penales a las que sancionan conductas verdaderamente graves contra bienes jurídicos. Así, en ciertos países se han desincriminado varios delitos sexuales, la tenencia de drogas menores y su tráfico, y, en general, múltiples conductas que pueden pasar a ser injustos administrativos o civiles, sin desmedro de la seguridad jurídica, sino, por el contrario, con fortalecimiento de la misma. Dentro de nuestro sistema positivo no hay un límite expreso a este respecto, pero se desprende de todo el sentido de nuestra Carta fundamental, que la misma está concebida para un estado en el que proliferen las normas penales con la generosidad y el desorden que caracteriza al fenómeno en los últimos lustros. El problema, solo puede ser resuelto a la luz de una adecuada fundamentación antropológica para el derecho penal. “¹⁶²

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, *parte general*, Tomo I, Editorial Ediar, Argentina, 1998, p. 42 y 43

2.4.3.2.1 ESPECIES

2.4.3.2.1.1 Consentimiento

Este apartado resulta ser la parte central de nuestra investigación, pues a nuestro criterio, el consentimiento en el delito de trata de personas, en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, mismo que se encuentra previsto en el artículo 10 fracción III, de la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, debe ser una causa excluyente de responsabilidad penal, y no, como contrariamente lo estableció el legislador en su artículo 40 de la LGPSEDMTP, pues determino que el consentimiento otorgado por la víctima no constituirá causa excluyente de responsabilidad penal.

Empezaremos este apartado bajo la siguiente idea: debe existir un motivo, un razonamiento lógico-jurídico suficiente, por el cual el legislador prohibió tajantemente el consentimiento como causante excluyente en el delito de trata de personas, en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; sin embargo, no existe tal razonamiento lógico-jurídico, simplemente se limita a establecer en su artículo 40 que: “El consentimiento otorgado por la víctima, cualquiera que sea su edad y en cualquier modalidad de los delitos previstos en esta Ley no constituirá causa excluyente de responsabilidad penal.” Lo cual refleja la deplorable técnica jurídica empleada.

Para continuar con el análisis ponderado es importante describir lo que señala la exposición de motivos en el apartado siguiente:

2.4.3.2.1.1.1 Consentimiento en la exposición de motivos de la ley de la materia

Consideramos de vital importancia citar de manera textual la iniciativa de la LGPSEDMTP, pues en la misma se exponen criterios históricos, estadísticos y jurídicos, aunque, desde nuestra perspectiva, con una inadecuada interpretación.

Cabe hacer la observación que en este apartado únicamente se extrae lo que al tema interesa, dejando de manera íntegra la exposición de motivos de la ley de la materia en el apartado denominado como ANEXOS.¹⁶³

Ahora bien, de la lectura de la exposición de motivos de la LGPSEDMTP, podemos observar diversos criterios, desafortunadamente en su mayoría sociales, pero poco o nada jurídicos, entiendo la postura del legislador por querer brindar la mayor protección a las víctimas de estos delitos, incluso es una finalidad del derecho penal, brindar la mayor protección posible; entiendo sobradamente que el delito de trata de personas genera graves problemas a la sociedad, que sus víctimas se encuentran en todo tipo de estatus sociales o posiciones económicas, que las víctimas sin duda alguna, tienen consecuencias gravísimas en su *psique* e incluso físicamente, que la problemática debe resolverse directamente y sin tapujos, que no por nada es de los delitos que más generan riquezas, que las estadísticas muestran un alza en la comisión del delito, que no es solo un problema social a nivel nacional, si no llega a niveles internacionales, ciertamente muy preocupante, teniendo la ciencia del Derecho el compromiso de investigar y castigar estos delitos. Sin embargo, también considero que no podemos utilizar al Derecho como peón que puede resolver, por sí solo, esta problemática, máxime que se pretende hacer de las instituciones del Derecho cualquier modificación que permita endurecer, restringir y menoscabar derechos, instituciones y principios fundamentales del mismo, propiciando así, una serie de contradicciones, que poco o nada, aportan al ámbito jurídico. Es preocupante como el legislador pretende resolver varias cuestiones sociológicas con la Ciencia del Derecho, pero desdeñando, desprestigiando, a sus instituciones; para mayor comprensión, y nuevamente reiterando la exposición de motivos, en la que el legislador estableció:

Respecto al sometimiento y comercio de personas, de “trata de Blancas” el concepto evolucionó al de “trata de Personas”, que el Artículo 5º del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres

¹⁶³ Vid Anexo I

y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, mejor conocido como “Protocolo de Palermo”, firmado en diciembre de 2000 junto con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificados por nuestro país en 2003, define a la trata en los siguientes términos:

a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.”

Por su parte, el legislador en la exposición de motivos de la LGPSEDMTP señaló:

• En ningún caso el Bien Jurídico es disponible para la víctima, por lo que no puede considerarse el consentimiento como excluyente de la conducta delictiva, mucho menos si se trata de una persona menor de edad. Así fue

aceptado por México en la firma del Protocolo de Palermo pero en ningún caso ni en ningún caso las legislaciones lo establecen así.

Verbigracia, del protocolo de Palermo se colige que **el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación, siendo estas, como mínimo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado, siendo estos medios la amenaza, el uso de la fuerza, otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra**

De lo anterior es lógico inferir que el consentimiento, bajo las hipótesis ahí señaladas, no se tendrá en cuenta, pero, ¿Qué sucede cuando el consentimiento se obtenga fuera de las hipótesis señaladas? Pregunta que resuelve la parte torácica de este trabajo de investigación; el legislador Mexicano tuvo a bien, como es su costumbre, a simplemente votar a favor la iniciativa y aprobar el decreto por el cual se **expide la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; y abroga la Ley para Prevenir y Sancionar la trata de Personas; y reforma diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; del Código Federal de Procedimientos Penales; del Código Penal Federal; de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; de la Ley de la Policía Federal y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.** El cual tenía, como punto central respecto del consentimiento, que **en ningún caso el Bien Jurídico es disponible para la víctima, por lo que no puede considerarse el consentimiento como excluyente de la conducta delictiva, mucho menos si se trata de una persona menor de edad. Así fue aceptado por México en la firma del**

Protocolo de Palermo pero en ningún caso las legislaciones lo establecen así. Lo cual no es precisamente correcto, ciertamente el Protocolo de Palermo estableció las hipótesis en las cuales no sería tomado en cuenta el consentimiento, pero nunca estableció que en todos los casos, en todos los supuestos, no sería considerado el consentimiento. Grave error para el legislador Mexicano, pues fue una de sus premisas al momento de reiterar que **Así fue aceptado por México en la firma del Protocolo de Palermo.**

No pasa desapercibido lo señalado por el artículo 15 del Código Penal Federal que señala las condiciones por las que el consentimiento opera, es decir:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

Ante lo cual, aun y cuando la LGPSEDMTP contemplara al consentimiento como causa excluyente de responsabilidad penal, no podría considerarse a la conducta típica de trata de personas excluida por existir consentimiento, si no acreditamos estos tres requisitos, lo cual hacemos bajo los siguientes razonamientos:

Previo a arribar a la conclusión de que el bien jurídico sea disponible, pasamos a analizar lo siguiente:

2.4.3.2.1.1.2 Bien Jurídico Disponible

Debido al soporte que el presente trabajo requiere, se cita de manera textual:

“El Código Penal exime de responsabilidad penal a quien actúa con consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición. Esta eximente trae múltiples cuestionamientos. ¿Qué bienes jurídicos tienen dicha

naturaleza? ¿Acaso todos los bienes jurídicos individuales son de libre disposición? De ser ese el caso, ¿cuál sería el fundamento de ello? ¿El consentimiento del titular implica que la conducta es antijurídica, o estaríamos ante una conducta atípica?

“En el modelo de Estado en que vivimos, los bienes jurídico-penales se protegen porque se busca la autorrealización del individuo. Sobre la base de ello, la autora sostiene que todos los bienes jurídico-penales individuales son disponibles, siendo el consentimiento una causa de atipicidad de la conducta.

“La esencia del bien jurídico-penal se explica en la protección de los intereses o valores que se consideran indispensables para que las personas alcancen la autorrealización personal, lo que vincula intrínsecamente dicho concepto con los de (I) dignidad humana; (II) libre autodeterminación; y, (III) consentimiento (o disponibilidad).

“En lo que sigue, se analizarán las vinculaciones existentes entre estos conceptos y el papel que el consentimiento desempeña en el marco de la teoría del bien jurídico-penal y en el marco constitucional propio de un Estado Constitucional moderno.

“El problema es que el legislador no indica cuáles son los bienes jurídicos que considera de libre disposición, lo que nos hace pensar que es posible distinguir entre (I) bienes jurídicos disponibles; y, (II) bienes jurídicos indisponibles.

“Lo que se pretende, a partir del fundamento ontológico y constitucional que ostenta el consentimiento, es analizar la naturaleza jurídica del mismo, pronunciándonos por la validez o invalidez de esta distinción efectuada por el legislador. Para la determinación de los bienes jurídicos que deben ser protegidos en el ámbito penal y para la tipificación de las conductas más graves que lesionen los mismos, debe situarse la autorrealización del individuo como elemento central del concepto de bien jurídico, sobre todo cuando éste se define como una circunstancia o finalidad útil para el individuo y para su libre desarrollo.

“De esta manera, se descartará la punibilidad de cualquier hecho que, a pesar de generar una disfuncionalidad en el sistema, no afecte las posibilidades de autorrealización del individuo, puesto que una posición contraria “[...] podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o dar cabida a puntos de vista totalitarios. Esta referencia a la autorrealización del individuo, a diferencia de la dañosidad social, es específica de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal, no requiriéndose para el resto de conductas dañosas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, condiciéndose plenamente con lo expresamente regulado en la norma constitucional.

“En esta línea, entiendo por bienes jurídicos a las circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema; es decir, presupuestos necesarios para la autorrealización del individuo a través de una vida digna.

“Ahora bien, en tanto la protección de un bien jurídico penal debe necesariamente responder a la consecución de la autorrealización de las personas, resulta indudable que éste cumple una función de límite al legislador, lo que le hace conformarse como un concepto crítico con la legislación. Así, son ilegítimas las normas penales exclusivamente motivadas por ideologías, o las que exclusivamente sancionan ilicitudes morales, o las que protejan meros sentimientos, o las que protegen meros tabúes, entre otras.

“Esta dimensión crítica del bien jurídico supone también un rechazo al paternalismo estatal injustificado, que implica un exceso en la actuación del Estado que atenta contra la autonomía de la voluntad de sus miembros y que, en lugar de promover o viabilizar la autorrealización del individuo, crea obstáculos para su desarrollo. El paternalismo injustificado desnaturaliza la función que el Estado debe cumplir: propiciar un libre desarrollo de las personas, más aún cuando las mismas se encuentran plenamente capacitadas para autodeterminarse.

“El rechazo a un paternalismo estatal se refleja en el reconocimiento de la garantía de la libertad propia del Estado liberal: la estructura democrática del Estado supone que las personas puedan optar libremente por lo que les beneficia o afecta –posibilidad de manifestarse con total libertad–, decidiendo así, conforme con una ética propia, la manera más idónea para alcanzar su autorrealización.

“Esta visión personalista y liberal del bien jurídico penal parte de la premisa de que el individuo es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y de que debe ser tratado como un fin en sí mismo y no como un medio para alcanzar otros fines – principio de dignidad humana–, sin que ello suponga olvidar que dicha libertad coexiste con la libertad de las demás personas y que se ejerce dentro de una comunidad.

“Por ello, los bienes jurídicos colectivos no podrán entenderse si no ostentan un referente en el individuo, en tanto se protegen en la medida en que viabilizan que el mismo pueda conseguir su libre desarrollo al interior de una comunidad. La protección de un interés colectivo sin referente al individuo, por el mero hecho de serlo, carece de legitimidad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

“En este contexto, debe analizarse el papel que el consentimiento desempeña en el marco de la teoría del bien jurídico penal, sin olvidar los postulados que conlleva un modelo de Estado constitucional moderno.

“La doctrina distingue entre: (I) libertad negativa, la que el individuo ejerce para elegir entre las acciones que requiere para una autorrealización conforme con su ética propia, es decir, la orientada a proteger la libertad de la persona para perseguir su propio plan de vida; (II) libertad positiva, la que busca proporcionar una serie de condiciones mínimas e iguales para que todas las personas puedan elegir un proyecto vital sobre la base de las mismas oportunidades; y, (III) la libertad participativa o libertad como participación, que es el reconocimiento de la autonomía en sentido colectivo y no únicamente individual, es decir, tomando en cuenta que la comunidad política debe valorar los intereses de todos y no sólo

los de unos pocos, lo que también supone un ejercicio de la libertad personal, en respeto de la autorrealización de los demás miembros del entorno social. En la línea de lo expuesto, en tanto la autonomía, la libertad y la posibilidad de elegir que en ella se asientan constituyen el medio para la realización personal, el reconocimiento de la autonomía de los individuos debe excluir, por regla general, las tesis perfeccionistas o paternalistas.

“En sus inicios, en tanto se concebía al Derecho Penal como de carácter público, el consentimiento únicamente era aplicable en algunos tipos penales que protegían bienes jurídicos individuales, quedando básicamente reservado para los casos de injuria. Esto fue modificándose paulatinamente para otorgarle una doble función: (I) como causa de atipicidad de la conducta; y, (II) como causa de justificación. Así, surgió una distinción entre los términos “acuerdo” y “consentimiento”, ambos usados por la doctrina española y alemana

“El primero en distinguir entre estas dos formas de operar del consentimiento fue Quintano Ripollés, al señalar en 1950: en estrictos principios de técnica, el consentimiento tiene diversas formas de operar: unas, excluyendo efectivamente la tipicidad, cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la antijuridicidad de la acción, persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito

“Así, sobre esta distinción, en principio puede decirse lo siguiente: el acuerdo (llamado también asentimiento o conformidad) excluye la tipicidad debido a que elimina de antemano la lesión del bien jurídico protegido por el tipo. Por ello, se aplica en los casos en los que la acción típica presupone conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado, es decir, cuando el tipo penal se dirige directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio; desapareciendo, a partir de la falta de oposición del sujeto pasivo, toda lesividad de la conducta, por no existir lesión del bien jurídico protegido

“En tal sentido, a partir de la distinción entre ambos conceptos –acuerdo y consentimiento–, respecto de la ubicación sistemática del consentimiento podemos distinguir dos líneas doctrinales: (I) una primera, que considera que,

dependiendo del caso, el consentimiento puede conformar una causa de atipicidad o una causa de justificación (teoría diferenciadora); y, (II) una segunda, que, en todos los casos y sin ninguna excepción, entiende al consentimiento como acuerdo, es decir, como una causa de atipicidad (teoría unitaria).

“EL CONSENTIMIENTO CONSTITUYE EN TODOS LOS CASOS UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL TIPO –ATIPICIDAD–, POR NO GENERAR LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO

“Conforme se dejó sentado, la dignidad entraña ineludiblemente la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que le rodea, por lo que son la autonomía, la libertad y la posibilidad de elegir que en ella se asientan el medio para alcanzar la autorrealización personal del ser humano.

“Así, es indispensable para la consecución de la dignidad que el individuo pueda elegir la realización o no de conductas que considere necesarias para su autorrealización, elección que efectuará conforme con su ética propia y dentro de un entorno social.

“De esta manera, todos los bienes jurídico-penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforma, sino también la posibilidad de disposición –elección– por parte del individuo sobre los mismos; es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación, que es presupuesto de la dignidad. Esta libertad de elección es lo que legitima al individuo a disponer de los bienes jurídicos que son protegidos para alcanzar su realización personal, lo que hace que el consentimiento sobre un bien jurídico individual constituya una causa de exclusión del tipo –no existe disvalor de acción, ni disvalor de resultado–, y no una causa de justificación.

“Esta regla no sólo se aplicará a los delitos de encuentro, en los que el tipo penal exige para su configuración de la conformidad de ambas partes, como ocurre en la estafa, sino a todos los tipos penales que protejan un bien jurídico individual –de naturaleza personal–, en tanto el consentimiento eliminará la posibilidad de puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido

“Por tal razón, no tiene mayor sentido distinguir, como hacen quienes siguen la teoría dualista, entre los casos de acuerdo –asentimiento o conformidad– y los casos de consentimiento en sentido estricto. Ello en tanto, a efectos del presente trabajo, en la medida en que el bien jurídico protegido supone no sólo la protección del sustrato material, sino también de la libertad y autonomía que conlleva a su disposición, éste siempre constituirá una causa de exclusión del tipo penal por no lesión ni puesta en peligro del bien jurídico.

“Así, en tanto los bienes jurídicos penales individuales o personales tienen por objeto viabilizar la autorrealización del individuo, se encuentran estrechamente vinculados con el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ello hace que, a efectos de alcanzar la realización personal, el individuo pueda disponer de los mismos, sobre todo en los casos en los que considere que su protección impide el desarrollo de su ética personal.

“Así, el consentimiento sobre un bien jurídico personal excluirá de plano la comisión de un delito, no llegando a ser la conducta siquiera típica, por no haberse afectado interés o valor protegido por el Derecho Penal: sólo se podrá afectar un bien jurídico- penal cuando el titular del mismo considere que existe una afectación o peligro de afectación a su autorrealización; caso contrario, la intervención penal no tendrá mayor sentido.

“En otras palabras, en la medida en que el reconocimiento y la protección de bienes jurídico-penales tienen como objeto viabilizar la autorrealización del individuo –lo que a su vez implica un reconocimiento de su autodeterminación–, éste puede disponer de cualquiera de ellos, por encontrarse en dicha disposición su autorrealización.

“Así, todos los bienes jurídico-penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforma –léase la vida, la integridad, el patrimonio, entre otros–, sino que, además, protegerán la posibilidad de disposición –elección– por parte del individuo sobre los mismos, es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación, que es presupuesto de la dignidad.

“En esta línea, cuando se protege a la integridad como bien jurídico penal, no sólo se está protegiendo la integridad física y mental –salud– del individuo, sino también la posibilidad del mismo de decidir si quiere o no lesionar dicha integridad, deviniendo en totalmente atípica cualquier lesión –léase tatuaje, cicatriz o marca– que el titular del bien jurídico consienta realizarse a sí mismo, conforme con su ética personal y por considerarlo conforme y necesario para su autorrealización.

“En esta línea es que debe interpretarse el artículo 15 del Código Penal Federal, entendiendo que el consentimiento, en tanto causa de atipicidad por no lesión de bien jurídico protegido alguno, puede darse respecto de todos los bienes jurídicos penales individuales, por ser todos disponibles.

“A la luz del modelo de Estado recogido en la Constitución, y tomando en cuenta la posición central que la dignidad ocupa como valor supremo, considero que todos los bienes jurídico-penales individuales son disponibles, por proteger todos no solo el sustrato material que constituye su razón de ser –vida, libertad, patrimonio, entre otros–, sino también la libertad de disposición sobre los mismos a efectos de alcanzar la autorrealización personal.

“Así, la dignidad no se protege en tanto bien jurídico autónomo, sino en tanto constituye el fundamento de todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, lo que a su vez implica que no podrá hablarse de afectación a un bien jurídico penal si éste no supone necesariamente una afectación a la dignidad de la persona. De esta manera, en los casos en los que el titular del bien jurídico penal considere que no existe tal afectación –exista consentimiento válido–, ni siquiera podrá afirmarse la existencia de un delito, dado que no existirá desvalor de acción ni desvalor de resultado que atente contra la autorrealización de dicha persona.

“La sola configuración de la conducta típica no es suficiente para afirmar la existencia de un delito, haciéndose necesaria la vulneración de un bien jurídico penal y, a su vez, la lesión o afectación de la posibilidad de autorrealización de la persona (dignidad). En tal sentido, el consentimiento válido del titular del bien

jurídico, al convertir lo ilícito en lícito, evita que las normas penales se tornen en obstáculos para la autorrealización personal y permite que cada persona alcance la misma conforme con su ética propia y en el marco del entorno social –interés común– que busca proteger el Estado.

“Esto es lo que convierte al consentimiento, en todos los casos, en una causa de atipicidad penal, y lo que hace que todos los bienes jurídicos penales individuales sean disponibles.

“Sobre los bienes jurídicos individuales, la regla general será que el sujeto, titular del bien jurídico protegido, pueda consentir libremente, eligiendo, conforme con su propia ética personal, si realiza o no determinada conducta que pueda afectarlo o ponerlo en peligro, no siendo tolerada ninguna fórmula paternalista por parte del Estado, el que no tendrá justificada su actuación ni podrá imponer “modelos éticos o morales” ajenos para el titular del bien jurídico protegido.

“Esta regla se aplicará en todos los casos en los que el consentimiento sea posible por cumplirse con los requisitos de validez para su emisión, en tanto, de no encontrarse el sujeto en la capacidad de consentir, o de faltar algún requisito o formalidad para la validez del consentimiento, cabrá la aplicación de alguna medida paternalista excepcional orientada hacia la autorrealización del individuo y emitida conforme con el principio de proporcionalidad.”¹⁶⁴

2.4.3.2.1.2 Legítima Defensa

Como se ha señalado, la legítima defensa se sustenta en dos principios fundamentales: la protección del derecho individual y la defensa del orden jurídico o el prevailecimiento del derecho. Así sus elementos: Repeler, Agresión, Real, Actual o inminente, Sin derecho, de Bienes propios o ajenos, Necesidad de defensa, Proporcionalidad y Ausencia de provocación, son necesarios para que se configure plenamente dicha figura, cuestión que podría ocurrir bajo el siguiente

¹⁶⁴ Chang Kcomt Romy “NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO DE BIENES JURÍDICO-PENALES: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN” THEMIS REVISTA DE DERECHO, 67, ISSN: 1810-9934, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Salamanca, 2015. pp. 205-216

esquema: Juan Pérez trabaja como “protector” cuidando a diversas chicas que se prostituyen cerca del centro de la Ciudad de México, chicas que realizan dicha actividad por su voluntad y sin coacción alguna, sin embargo, conscientes del peligro inminentes en que se encuentran, decidieron contratar a Juan Pérez para que las cuide de sujetos que generen algún tipo de violencia en ellas, como contraprestación de dicho servicio las chicas pagan a Juan Pérez la cantidad de \$600 pesos al día; bien podríamos pensar que dicha conducta se adecua al tipo penal de trata de personas en su modalidad de explotación sexual ya que Juan Pérez se beneficia de la prostitución de las chicas, incluso de la literalidad de la LGPSEDMTP se infiere tal razonamiento, sin que desde luego este tesista comparta tal criterio. Bien, por cuanto hace a la legítima defensa, Juan Pérez tiene la obligación de cuidar a las chicas que se prostituyen, pues ese es su trabajo, por lo cual, si un sujeto agrede a alguna de las chicas mientras él se encuentra con ellas (elementos de repeler agresión real, actual e inminente y sin derecho) Juan Pérez tiene la obligación de cuidarlas y protegerlas (Bienes ajenos) máxime al considerar que el sujeto que violenta a las chicas representa físicamente una amenaza (Necesidad de defensa) y es importante que Juan Pérez acuda para defender y evitar que dicho sujeto continúe violentándola (Proporcionalidad y Ausencia de provocación), por lo cual si dicho sujeto comienza a golpear a alguna de las chicas, Juan Pérez podrá repeler dicha conducta de la misma manera, utilizando la fuerza física. Ciertamente estamos en el delito de trata de personas, y en este supuesto pasamos al delito de lesiones, sin embargo fue a raíz de la conducta que describe la LGPSEDMTP que arribamos a este supuesto, y es lo que generalmente sucede en la causa de justificación de legítima defensa.

2.4.3.2.1.3 Estado de necesidad justificante

Como se ha señalado, el estado de necesidad justificante se encuentra en el artículo 15 del CPF. Es oportuno realizar las siguientes preguntas: ¿Qué pasaría si el activo del delito de trata de personas en su modalidad de explotación sexual se beneficia económicamente de las mujeres víctimas del delito para con dichos recursos salvar a su menor hijo que requiere tratamiento médico y que no cuenta

con las capacidades económicas suficientes? Bajo esa idea, ¿nos encontraríamos ante un estado de necesidad justificante? Bien, primeramente la vida de su hijo representa un bien jurídico ajeno, el cual se encuentra ante un peligro real e inminente (muerte) el cual no fue ocasionado por su padre, sin embargo, su padre no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar los gastos médicos del tratamiento, motivo por el cual acude a ser “tratante de personas” para generar recursos y poder costear el tratamiento de su hijo, lesionando así un bien jurídico, pero protegiendo el máximo bien jurídico (la vida) de su hijo, hasta lo aquí narrado nos encontramos ante un estado de necesidad justificante, solo queda por acreditar que el peligro no sea evitable por otros medios, cierto, el padre puede obtener dinero por otros medios, sin embargo y de acuerdo a las estadísticas delictivas, las conductas antijurídicas que más dejan dinero son narcomenudeo, trata de personas y venta ilegal de armas, y, ante la desesperación del padre y la salud de su hijo, este decide dedicarse a la trata de personas, incluso el que se dedique a esta actividad ilícita le permite tratar a tiempo el problema de salud de su hijo, logrando salvar su vida, es decir, no había otro medio que dedicarse a esta actividad para poder mantener con vida a su hijo. Aquí cabe la pregunta ¿estamos ante un verdadero estado de necesidad justificante? A nuestro criterio si reúne las características necesarias, y, bajo la circunstancia de que una vez salvaguardado el bien jurídico (la vida de su hijo) no podrá seguirse considerando justificada su conducta, pues rompe las condiciones de dicha figura.

2.4.3.2.1.4 Cumplimiento del deber

Como hemos señalado la justificación de la conducta típica a causa del cumplimiento de un deber, es necesario que los deberes y derechos estén consignados en la ley.

Dada la ambigüedad de la legislación misma, me permito pensar en el siguiente supuesto: si una sexoservidora contrata a un “guardaespaldas” que cuenta con la autorización de la autoridad competente para desarrollar dicha actividad, y para que este la proteja en todas las visitas que realiza a diversos clientes, o cuando

ella misma se encuentra en la calle ofreciendo sus servicios, ¿Dicha conducta se adecua al delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual? La respuesta es sí, de la interpretación literal de la LGPSEDMTP nos encontramos ante la conducta de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; pero debemos considerar lo establecido en la Ley Federal de Seguridad Privada, ya que en su artículo 15 señala:

Artículo 15.- Es competencia de la Secretaría, por conducto de la Dirección General, autorizar los servicios de Seguridad Privada, cuando estos se presten en dos o más entidades federativas y de acuerdo a las modalidades siguientes:

I. SEGURIDAD PRIVADA A PERSONAS. Consiste en la protección, custodia, salvaguarda, defensa de la vida y de la integridad corporal del prestatario;

De ello se afina que el que guardaespaldas cuide y salvaguarde la integridad corporal a una sexoservidora, y esta le pague por dicha prestación, se adecua por una parte a la conducta delictiva de trata de personas, sin embargo el guardaespaldas no puede dejar de prestar sus servicios porque su cliente sea una sexoservidora, pensar eso sería discriminatorio, por lo cual si este se dedica a su cuidado, a su protección, a la integridad corporal del prestatario, y como se ha señalado todo esto se encuentra debidamente consignada en la ley federal de seguridad privada (derechos y obligaciones), nos encontramos, en este supuesto, en el cumplimiento de un deber. Reiteramos que si es dable dicha causa de justificación en el DTPMPAES, máxime cuando tomamos en cuenta lo señalado en el artículo 5º de nuestro pacto federal.

2.4.3.2.1.5 Ejercicio de un derecho

Como se ha señalado el ejercicio de un derecho puede ser causa de atipicidad de la conducta, y como ejemplo de ello podemos citar el caso hipotético señalado *ut supra*.

2.4.4 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Como hemos mencionado, La imputabilidad y la imputación son conceptos esencialísimos, indispensables para poder fundamentar el juicio de culpabilidad. Recordemos pues que la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho o determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, “la inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.”¹⁶⁵

2.4.4.1 IMPUTABILIDAD

En el caso del DTPMPAES, si no se acredita que el sujeto activo del delito, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta del delito en comento, o que pueda conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, se tendrá por acreditado el DTPMPAES, así mismo la ley especial no hace referencia a que deban cubrirse presupuestos adicionales para confirmar dicha figura jurídica.

Si un sujeto comete la conducta descrita en el DTPMPAES, a través de la imputabilidad se buscara atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, además de que dicho sujeto tenía la capacidad de entender y querer, por eso realizo la conducta; es decir, para hacerse responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable.

Por cuanto hace a la *actio libera in causa*, en relación con el DTPMPAES, señalamos que si se acredita que el sujeto activo cometió el delito en cita mientras se encontraba bajo el influjo de alguna ingestión accidental e involuntaria, dicha cuestión impediría que se le recrimine la conducta, algo un tanto anormal, sin embargo la legislación no hace señalamiento al respecto, por lo que en todo caso, si se acredita tal situación, no se acreditaría la imputabilidad. Podríamos entrar al estudio de fondo, sin embargo no es tema de la investigación.

¹⁶⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Mexicano, parte general, p. 454

2.4.4.2 INIMPUTABILIDAD

En términos prácticos se consideran inimputables las personas que en el momento de la comisión del injusto tenían menos de 18 años de edad, así como a quienes obraron padeciendo un trastorno mental permanente o transitorio. Recordemos que la ley mexicana adopta un sistema biopsicológico psiquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológica (minoría de edad) como psicopsiquiátricas (estados de inconsciencia y enfermedades mentales). Ahora bien, si al activo del delito de trata de personas en su modalidad de explotación sexual, se confirma que es menor de 18 años de edad, o bien, padece de un trastorno mental permanente o transitorio, nos encontraríamos ante la figura de la inimputabilidad, además, partiendo de la idea de que la LGPSEDMTP no menciona nada al respecto de esta figura, y bajo el principio de que donde la ley no distingue no debemos distinguir, es que es viable acreditar la inimputabilidad en estos supuestos.

2.4.5 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

Reiteramos, la esencia de la culpabilidad puede encontrarse dogmáticamente en nuestro ordenamiento penal, mediante el análisis a *contrario sensu* de la novena fracción del artículo 15 del CPF, mismo que afirma (de acuerdo a la interpretación precitada) la existencia del delito, cuando atenta las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de haberse podido determinar o actuar conforme a derecho, lo que la convierte en reprochable.

2.4.5.1 CULPABILIDAD

La culpabilidad se sustenta en el reproche que se hace a quien realizó o participó en el injusto, dado que pudiéndose comportar conforme a derecho decidió contravenirlo. “Se trata de un juicio personalísimo, de ahí que si el injusto lo cometieron o participaron varios en su comisión, cada uno de ellos valorado por

separado y de esta manera se podrá individualizar la pena dentro del mínimo y el máximo previsto en la ley.”¹⁶⁶ Para evitar caer en repeticiones, y saber cómo realizar el juicio de culpabilidad, es importante revisar el capítulo respectivo.¹⁶⁷ El principio penal de culpabilidad comporta dos consecuencias fundamentales: *no hay pena sin culpabilidad y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad*. Es decir, no puede castigarse a nadie si no es responsable personalmente de su conducta, y la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad. Al respecto la LGPSEDMTP señala en sus artículos 42 y 43:

Artículo 42. Las penas previstas en este Título se aumentarán hasta en una mitad cuando:

- I. Exista una relación familiar o tenga parentesco por consanguinidad o civil hasta el tercer grado o hasta el segundo grado por afinidad, o habite en el mismo domicilio, o tenga o haya tenido relación sentimental o de hecho con la víctima. En estos casos la sentencia impondrá la pérdida de los derechos que el sujeto activo tenga respecto de la víctima y sus bienes, incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela, guarda y custodia;*
- II. Se utilice violencia, intimidación, engaño, privación de libertad, fanatismo religioso o tratos crueles, inhumanos o degradantes, salvo en el caso del artículo 13;*
- III. El delito sea cometido parcial o totalmente en dos o más países;*
- IV. El delito ponga en peligro la vida de la víctima deliberadamente o debido a negligencia;*
- V. El delito cause la muerte o el suicidio de la víctima;*
- VI. El delito cause daño o lesiones corporales graves a la víctima y enfermedades psicológicas o físicas, incluido el VIH/SIDA;*

¹⁶⁶ DIAZ ARANDA, Enrique, *El Consentimiento en el Derecho Penal Mexicano* p. 173

¹⁶⁷ *Vid supra* capítulo 1, inciso 1.5.1 Culpabilidad, p. 74

- VII. *El delito sea cometido contra una mujer embarazada, personas con discapacidad física o psicológica, menor de dieciocho años de edad o de la tercera edad que no tengan capacidad de valerse por sí misma;*
- VIII. *Cuando la víctima pertenezca a un grupo indígena y en razón de ello sea objeto de alguna condición de desventaja o tenga una condición de vulnerabilidad;*
- IX. *El delito comprenda más de una víctima;*
- X. *Cuando el autor del delito:*
- a) Sea miembro de la delincuencia organizada;*
 - b) Haya suministrado a la víctima sustancias de las prohibidas por la Ley General de Salud;*
 - c) Tenga una posición de responsabilidad o confianza respecto de la víctima;*
 - d) Tenga posición de autoridad, control o dominio respecto de la víctima menor de 18 años de edad;*
 - e) Sea funcionario público, o*
 - f) Haya sido condenado con anterioridad por el mismo delito, o cualquier otro delito en materia de trata de personas.*

Artículo 43. *La pena se incrementará hasta en dos terceras partes, cuando el responsable del delito realice, además, acciones de dirección o financiamiento a otras personas para que cometan cualquiera de los delitos objeto de esta Ley.*

De lo cual se colige que se adecuan a la culpabilidad: que exista una relación familiar o parentesco por consanguinidad o civil hasta el tercer grado o hasta el segundo grado por afinidad; el sujeto activo habite en el mismo domicilio, o tenga o haya tenido relación sentimental o de hecho con la víctima; que el agente sea miembro de la delincuencia organizada; tenga una posición de responsabilidad o confianza respecto de la víctima; tenga posición de autoridad, control o dominio respecto de la víctima menor de 18 años de edad; Sea funcionario público, o

haya sido condenado con anterioridad por el mismo delito, o cualquier otro delito en materia de trata de personas

2.4.5.1.1 FORMAS DE LA CULPABILIDAD

Tradicionalmente se han aceptado, como formas de culpabilidad, al dolo y a la culpa.

2.4.5.1.1.1 Dolo

Como se ha dicho el dolo es *“la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley,* destacando de ella como elemento del dolo los siguientes: conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho e intención de realizarlo.”¹⁶⁸ Quien realiza la conducta descrita en el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, a sabiendas que es un delito, encuadra en la forma de culpabilidad del dolo.

2.4.5.1.1.2 Culpa

El artículo 10 de la LGPSEDMTP refiere:

Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas

De lo cual se infiere que el legislador no ha considerado a la culpa como una forma de culpabilidad.

2.4.5.2 INCULPABILIDAD

Por lo que se refiere a la inculpabilidad, reiteramos que el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve. Mas para todas las otras acciones su capacidad es plena.”¹⁶⁹

¹⁶⁸ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Mexicano, parte general, p. 438

¹⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, la ley y el delito, p. 339

Como ejemplo de inculpabilidad tenemos el supuesto en el cual un Alemán que viaja a México en compañía de otras mujeres de igual nacionalidad, y que se dedican a la prostitución en su país de origen (elemento cognitivo del dolo),, las cuales son protegidas por dicho sujeto, los cuales estando en territorio mexicano comienzan a dedicarse a la misma actividad que en su país (intención de la conducta doloso): la prostitución dicha conducta se adecua al DTPMPAES, sin embargo dadas las circunstancias se adecua a un error de prohibición, ya que conoce las circunstancias fundamentales al momento de actuar y tiene la intención de realizar la conducta, por lo cual obra con dolo, pero lo que no sabe es que su comportamiento está prohibido por el derecho penal mexicano (error de prohibición), de allí que crea que está obrando lícitamente.

Con lo anterior, apreciamos que el DTPMPAES, de acuerdo al caso en específico, si es susceptible de adecuarse a una inculpabilidad.

2.4.6 CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS

Hay que mencionar que la condicional objetiva no sólo es un carácter del delito, sino el que mejor define su especificidad.”¹⁷⁰

2.4.6.1 CONDICIONALIDAD OBJETIVA

A nuestro entender, las más genuinas condiciones objetivas son los presupuestos procesales a que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras de delito.

En la LGPSEDMTP encontramos en su artículo 13 la condicional objetiva de personas menores de edad o personas que no tienen la capacidad de comprender el significado del hecho, en la cual se establece que en tales personas no se requerirá la comprobación de los medios consistentes al engaño, la violencia física o moral, el abuso de poder, el aprovechamiento de una

¹⁷⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit. p. 417

situación de vulnerabilidad, daño grave o amenaza de daño grave, o la amenaza de denunciarle ante autoridades respecto a su situación migratoria en el país o cualquier otro abuso de la utilización de la ley o procedimientos legales, que provoque que el sujeto pasivo se someta a las exigencias del activo.

2.4.6.2 FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS

En la LGPSEDMTP encontramos en el artículo 15, párrafo segundo:

No se sancionará a quien incurra en estas conductas con material que signifique o tenga como fin la divulgación científica, artística o técnica, o en su caso, la educación sexual o reproductiva. En caso de duda sobre la naturaleza de este material, el juez solicitará dictamen de peritos para evaluar la conducta en cuestión.

Encontrándonos ante una falta de condición objetiva.

2.4.7 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Desde un punto de vista formal el concepto del delito, puede deducirse como lo dejamos precisado antes, a la conducta punible acto u omisión que sanciona las leyes penales, según lo determina en el artículo 7º del Código Penal Federal.

2.4.7.1 PUNIBILIDAD

“Es la amenaza de pena, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”¹⁷¹ En el caso del DTPMPAES, previsto en el artículo 10, fracción III, de la LGPSEDMTP, podemos resumirlo en el siguiente cuadro:

Art.	Tipo penal	Punibilidad
10	Personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación	Pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa

¹⁷¹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit., p. 569

13	Al que se beneficie de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada...	Pena de 15 a 30 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa
14	Al que someta a una persona o se beneficie de someter a una persona para que realice actos pornográficos, o produzca o se beneficie de la producción de material pornográfico, o engañe o participe en engañar a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos pornográficos.	Pena de 10 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa
15	Al que se beneficie económicamente de la explotación de una persona mediante el comercio, distribución, exposición, circulación u oferta de libros, revistas, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio.	Pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa.
16	Al que procure, promueva, obligue, publicite, gestione, facilite o induzca, por cualquier medio, a una persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta, a realizar actos sexuales o de	Pena de 15 a 30 años de prisión y de 2 mil a 60 mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, incluyendo la

	exhibicionismo corporal, con fines sexuales, reales o simulados	destrucción de los materiales resultantes.
16 párr. 2°	Si se hiciera uso de la fuerza, el engaño, la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o cualquier otra circunstancia que disminuya o elimine la voluntad de la víctima para resistirse...	La pena prevista en el párrafo anterior se aumentará en una mitad
16 párr. 3°	...a quien financie, elabore, reproduzca, almacene, distribuya, comercialice, arriende, exponga, publicite, difunda adquiera, intercambie o comparta, por cualquier medio, el material a que se refieren las conductas anteriores.	Las mismas sanciones previstas en el primer párrafo del presente artículo.
17	Al que almacene, adquiera o arriende para sí o para un tercero, el material a que se refiere el artículo anterior, sin fines de comercialización o distribución.	Pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa.
18	Al que promueva, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio a que una o más personas viajen al interior o exterior del territorio nacional con la finalidad de que realicen cualquier tipo de actos	Pena de 15 a 25 años de prisión y de un mil a 20 mil días multa.

	sexuales, reales o simulados, con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, y se beneficie económicamente de ello.	
19	El que contrate a una persona u oferte un trabajo distinto a los servicios sexuales y la induzca a realizarlos, bajo engaño en cualquiera de las siguientes circunstancias: Que el acuerdo o contrato comprende la prestación de servicios sexuales; o La naturaleza, frecuencia y condiciones específicas	Penal de 5 a 10 años de prisión y de 4 mil a 30 mil días multa.
20	El que, obteniendo beneficio económico para sí o para un tercero, contrate aun sea lícitamente, a otra para la prestación de servicios sexuales en las circunstancias de La naturaleza, frecuencia y condiciones específicas	Penal de 5 a 10 años de prisión y de 4 mil a 30 mil días multa, el que, obteniendo beneficio económico para sí o para un

2.4.7.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En el DTPMPAES, encontramos en el artículo 15, segundo párrafo, de la LGPSEDMTP, una excusa absolutoria, ya que señala:

No se sancionará a quien incurra en estas conductas con material que signifique o tenga como fin la divulgación científica, artística o técnica, o en su caso, la educación sexual o reproductiva. En caso de duda sobre la naturaleza de este material, el juez solicitará dictamen de peritos para evaluar la conducta en cuestión.

Como se colige de lo transcrito, existe la causa absolutoria cuando se tenga como fin la divulgación científica, artística o técnica, o en su caso, la educación sexual o reproductiva.

2.5 BIEN JURIDICO LESIONADO EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Respecto al bien jurídico tutelado, de acuerdo a la exposición de motivos establecido en la iniciativa con proyecto de decreto que expide la ley general para prevenir, sancionar y erradicar la trata de personas y delitos relacionados; abroga la ley para prevenir y sancionar la trata de personas y reforma diversas disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código Civil Federal, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad, se estableció la siguiente exposición de motivos, había seis diferentes bienes jurídicos tutelados:

- a) El libre desarrollo de la personalidad (Baja California, Colima, Distrito Federal, Jalisco, Michoacán, Quintana Roo, San Luis Potosí y Tlaxcala);
- b) El desarrollo de las personas menores e incapaces (Guanajuato);
- c) La moral pública (Coahuila, Hidalgo, Puebla, Sinaloa, Tabasco, Veracruz y Yucatán);
- d) La dignidad (Chihuahua);
- e) La libertad personal (Baja California Sur, Guerrero, Estado de México, Morelos, Oaxaca y Querétaro);
- f) La colectividad (Durango).

Compartimos la idea de que los fines que incluye la tipificación muestran una disimilitud en todos los ordenamientos, una carencia de la necesaria ordenación sistémica, que hace común que el operador jurídico identifique trata con explotación sexual, dejando de lado los otros fines que la tipifican.

Además de ello, existe una gran dispersión de los tipos penales. Los marcos jurídicos de Sinaloa y Yucatán solo consideran trata de personas la que tiene como fin la explotación sexual; Coahuila no contempla la extirpación de órganos, tejidos y células de los seres humanos; en San Luis Potosí se considera la explotación laboral, pero sin precisar que se entenderá por ella, con lo cual se corre el riesgo evidente de que cualquier conducta que pudiera argumentarse como explotación laboral podría confundirse con trata de personas, tanto más cuanto menos el operador jurídico conozca la fenomenología de este delito. Que las diferencias entre los instrumentos jurídicos hacen que haya regulaciones, sobre todo en los casos en que solo hay tipo penal en códigos, que no contemplen nada respecto a la prevención del delito y la atención a las víctimas, mientras hay casos, como la Ley de Tlaxcala, que establece la condena del responsable a la reparación del daño en favor de la víctima y sus dependientes e incorpora conceptos como lucro cesante, daño emergente y afectación al proyecto de vida, que no existen en ningún otro ordenamiento.

Con lo anterior expuesto, colegimos que en la LGPSEDMTP, por cuanto hace al delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, el bien jurídico tutelado lo es: **El libre desarrollo de la personalidad**; así como el desarrollo de las personas menores e incapaces en los supuestos en que el tipo exige que la víctima sea menor de edad, como acontece en los artículos 13, segundo párrafo, 16, 17 y 18 de la LGPSEDMTP.

Ahora corresponde definir el bien jurídico tutelado consistente en el libre desarrollo de la personalidad, que en términos simples y prácticos ha sido señalado por el actual Ministro Arturo Zaldívar: *“este derecho realmente, en derecho comparado, ha tenido diferentes denominaciones, por ejemplo en Estados Unidos se habla del derecho a la intimidad y ahí entran muchas cuestiones que nosotros hemos construido en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente no se trata de un derecho que este denominado y establecido así en la constitución, aunque ya lo está aunque referido a un ámbito específico de la materia penal que no voy a referir ahora, pero como lo ha*

construido esa parte la Corte es a partir de ese espacio de libertades que no está determinado de manera expresa por algún otro derecho y que genera esta facultad que tenemos todos los seres humanos con las personas el poder determinar nuestro destino, poder decidir qué queremos hacer con nuestra vida, desde cosas tan sencillas de cómo vestirnos, como peinarnos, a cosas que pueden ser profundas como que religión profesamos, si es que queremos profesar una religión, porque aunque ahí hay un derecho por ejemplo a la libertad de creencia religiosa que está consagrada en nuestra constitución, al final hay una serie de conexiones entre derechos que no los puedes catalogar como un solo derecho, el poder hacer deporte, poder estudiar lo que uno desee, el poder tomar, comer, fumar lo que uno quiera, es decir, una serie de cuestiones que no están necesariamente determinadas por otros derechos pero que implican esta atribución de toda persona de poder decidir cómo quiere vivir, de que forma quiere vivir, no hay un derecho humano a los tatuajes, pero cualquiera se puede poner tatuajes, algunos nos parece la cosa más espantosa del mundo a otros les parece maravilloso, a mí todavía me cuesta trabajo entender por qué pero es una realidad y entonces no podría decir que porque a mí no me gustan los tatuajes entonces nadie se puede tatuar o voy a discriminar a alguien y no le voy a dar trabajo porque tiene tatuajes por ejemplo, o las mujeres, ya se han dado caso en otros países, que tienen que vestirse de determinada forma para trabajar y tienen que usar tacones aunque se le despedacen los pies, porque las mujeres tienen que usar tacones vienen a trabajar y tienen que verse de determinada manera y tienen que usar tacones, otra cosa es que los quieran usar... ese tipo de cosas aparentemente tan sencillas pero que son muy importantes porque es lo que nos definen como queremos vivir, que queremos hacer en nuestra vida, nadie nos puede decir cómo vestirnos, que comer, que fumar, que no fumar, mientras no dañemos a los demás o afectemos el orden público y el interés social, eso es lo que subyace a partir de ahí... el caso de declarar inconstitucional las causales de divorcio, tenemos jurisprudencia donde hemos dicho que establecer las causales de divorcio son inconstitucionales porque están frustrando el libre desarrollo a la personalidad, nadie me puede obligar a estar casado, esto no

*quiere decir que si hay un divorcio no tengas que cumplir todas las obligaciones alimenticias con los hijos si es que los hay, y también con él o la cónyuge en las condiciones y en los supuestos en que la ley lo establezca o que se desprenda de la constitución porque muchas veces se malinterpreta diciendo se está desprotegiendo, normalmente, a la mujer y no es así, ni a los hijos, simplemente no hay la posibilidad constitucional de que el Estado decida que por ley alguien debe seguir en una unión en la cual ya no tiene ningún interés en seguir ahí... el tercer asunto es el de la marihuana derivado de este derecho del libre desarrollo de la personalidad se generó un precedente en el cual se dijo que la prohibición absoluta del consumo de la marihuana para efectos lúdicos es inconstitucional pero todo parte de una construcción de este derecho que todavía estamos en vía de seguirlo fortaleciendo, ahora la corte tiene varios asuntos nuevos de marihuana, habrá que ver si se confirma el criterio o si hay un criterio mayoritario en un sentido distinto.*¹⁷²

Ulteriormente de estudiar este capítulo, hemos comprendido el delito de trata de personas, las modalidades en que este se configura, y sobre todo, el estudio de fondo de la modalidad de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, hemos estudiado la legislación especial donde se describe el delito, así como el origen de dicha legislación, señalando las discrepancias entre una y la otra, el conflicto de derechos que existe, así como hemos manifestado nuestra posición al respecto. Para mayor soporte al trabajo se agregó la exposición de motivos de la legislación nacional, en la cual se apuntan criterios históricos, sociales y económicos.

Comprendimos que diversos autores han señalado que todos los bienes jurídicos tutelados son disponible, que si dicho bien jurídico tutelado no se ve afectado nos encontramos ante una causa de exclusión, convirtiendo así al delito como susceptible para que se le aplique la figura del consentimiento. Citamos opiniones

¹⁷² YouTube, lunes, 29 de mayo de 2017, [en línea] <https://www.youtube.com/watch?v=ppHILoZIDAU> (5 de enero de 2018 10:30 a.m.)

actuales como la del Ministro Zaldívar respecto al bien jurídico tutelado del libre desarrollo de la personalidad, incluso el mismo señaló que están en vías de diversos criterios respecto al mismo, verbigracia, resulta un tema novedoso y del cual aún faltan observar diversas posturas.

Una vez asimilado este capítulo, pasamos a exponer el siguiente denominado Tratados y Legislación Internacional, en el cual hacemos un recorrido por las diferentes legislación, algunas históricas y otras de derecho positivo, en materia de trata de personas, con lo cual veremos que se ha señalado respecto al consentimiento en el delito multicitado.

CAPITULO TERCERO

TRATADOS Y LEGISLACION INTERNACIONAL

CAPITULO TERCERO

TRATADOS Y LEGISLACION INTERNACIONAL

Resulta de vital importancia para esta investigación abordar el tema los “Tratados y Legislación Internacional”, pues nos avocaremos al análisis de los Tratados en que México ha sido parte y que tienen como finalidad el establecer reglas y parámetros respecto del delito de trata de personas, pues realizaremos un estudio de cada uno de ellos y que aspectos jurídicos aporta a nuestro sistema penal mexicano; además, plasmaremos un cuadro comparativo de la Legislación Internacional y de Derecho Comparado en el delito de trata de personas, específicamente en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, lo anterior para delimitar el tema de investigación.

3.1 TRATADOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR MEXICO

México ha celebrado los siguientes tratados internacionales en materia de trata de Personas:

- a) Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)
 - b) Convenio para la Represión de la trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y Protocolo Final
- 3.1.1 Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)

Título:	Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra
---------	--

	la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)
Lugar y fecha de Adopción:	Nueva York, 15 de noviembre de 2000
Categoría:	MULTILATERAL
Estatus:	VIGENTE
Notas:	
Trámite Constitucional:	Firma México: 13 dic 2000 Aprobación Senado: 22 oct 2002 Publicación DOF Aprobación: 27 nov 2002 Vinculación de México: 4 mar 2003 Ratificación Entrada en vigor internacional: 25 dic 2003 Entrada en vigor para México: 25 dic 2003 Publicación DOF Promulgación: 10 abr 2003
Tema:	DELINCUENCIA ORGANIZADA Y DELITOS CONEXOS

Dicho protocolo¹⁷³, por lo que respecta al presente tema de investigación, que en términos prácticos es el consentimiento de la víctima, señalamos:

Dicho tratado define al delito de trata de personas como **la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o**

¹⁷³ Vid anexo I

servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

Además, por cuanto hace al consentimiento dado por la víctima del delito de trata de personas, señala: **El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado**

Conceptos que serán reiterados en el capítulo siguiente.

3.1.2 Convenio para la Represión de la trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y Protocolo Final

Título:	Convenio para la Represión de la trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y Protocolo Final
Lugar y fecha de Adopción:	Lake Success, Nueva York, 21 de marzo de 1950
Categoría:	MULTILATERAL
Estatus:	VIGENTE
Notas:	<p>De conformidad con su Artículo 28 este Convenio aboga, en las relaciones entre las Partes en el mismo, las disposiciones de los siguientes instrumentos, cada uno de los cuales se considerará caducado cuando todas las Partes en el mismo hayan llegado a ser Partes en el presente Convenio:</p> <p>1.- Acuerdo Internacional del 18 de mayo de 1904 para la Represión de la trata de Blancas, modificado por el Protocolo firmado en Lake Success el 4 de mayo de 1949.</p> <p>2.- Convenio Internacional del 4 de mayo de 1910 para la Represión de la trata de Blancas, modificado por el precitado</p>

	<p>Protocolo.</p> <p>3.- Convenio Internacional del 30 de septiembre de 1921 para la Represión de la trata de Mujeres y Niños modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947.</p> <p>4.- Convenio Internacional del 11 de octubre de 1933 para la Represión de la trata de Mujeres Mayores de Edad, modificado por el precitado Protocolo.</p>
Trámite Constitucional:	<p>Aprobación Senado: 29 dic 1954</p> <p>Publicación DOF Aprobación: 28 feb 1955</p> <p>Vinculación de México: 21 feb 1956 Adhesión</p> <p>Entrada en vigor internacional: 25 jul 1951</p> <p>Entrada en vigor para México: 21 may 1956</p> <p>Publicación DOF Promulgación: 19 jun 1956</p>
Tema:	DERECHOS HUMANOS

Dicho protocolo¹⁷⁴, por lo que respecta al tema de investigación, que en términos prácticos es el consentimiento de la víctima, en el mismo se estableció: Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:

- 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona;
- 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona

3.1.3 Convenios históricos

No pasa desapercibido los siguientes instrumentos internacionales:

- 1) Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948,¹⁷⁵

¹⁷⁴ Vid anexo II

¹⁷⁵ Vid anexo III

2) Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificado por el precitado Protocolo, ¹⁷⁶

3) Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947, ¹⁷⁷

4) Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificado por el precitado Protocolo, ¹⁷⁸

De dichos instrumentos internacionales, solo dos hacen referencia al tema central de la investigación, el consentimiento en el delito de trata de personas, siendo el **CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA SUPRESIÓN DEL TRÁFICO DE TRATA DE BLANCAS, FIRMADO EN PARÍS EL 4 DE MAYO DE 1910**, el cual señala:

ARTÍCULO 1

Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya contratado, secuestrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o a una joven menor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la fracción se hayan cometido en países diferentes.

Por su parte, el Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, al respecto menciona:

Artículo 1. Deberá ser castigado quienquiera que, para satisfacer pasiones ajenas, haya conseguido, arrastrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o muchacha mayor de edad para ejercer la prostitución en otro país, aun cuando los diversos actos que sean los elementos constitutivos del delito se haya realizado en distintos países.

¹⁷⁶ Vid anexo IV

¹⁷⁷ Vid anexo V

¹⁷⁸ Vid anexo VI

El conato de delito, y dentro de los límites legales, los actos preparatorios, también serán punibles. Para los fines del presente artículo, el término "país" incluye a las colonias y protectorados de la alta parte contratante interesada, así como los territorios que estén bajo su soberanía y los territorios sobre el cual se haya otorgado un mandato.

Sin embargo tales tratados han sido modificados por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)

3.2 MANUAL SOBRE LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS PARA PROFESIONALES DE LA JUSTICIA PENAL

El citado manual, emitido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2010, resulta de vital importancia, pues nace a partir de una interpretación del Protocolo de Palermo, motivo por el cual hacemos una exposición del mismo.

Como preámbulo mencionamos que es importante distinguir entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes por dos razones:

- 1) Los elementos constitutivos de los respectivos delitos son distintos; y
- 2) La respuesta que tengan que dar las autoridades de su país dependerá del delito.

Las definiciones de trata de personas y de tráfico ilícito de migrantes figuran en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo contra la trata de personas) y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes), respectivamente. Pues por tráfico ilícito de migrantes se entiende la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con

el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Ahora bien, el delito de trata de personas, tiene 3 elementos constitutivos:

- 1) Un acto (lo que se hace)
- 2) Los medios (como se hace)
- 3) La finalidad de explotación (por qué se hace)

Lo cual lo podemos ejemplificar en el siguiente cuadro:

Acto		Los medios		La finalidad	
Captación		Amenaza o uso de la fuerza		Explotación de la prostitución ajena	
Transporte		Otras formas de coacción		Explotación sexual	
Traslado		Rapto		Explotación laboral	
Acogida		Fraude		Esclavitud o situaciones análogas a la esclavitud	
Recepción de personas	+	Engaño	+	Extracción de órganos	= TRATA DE PERSONAS
		Abuso de poder		etc	
		Abuso de una situación de vulnerabilidad			
		Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.			

El artículo 5 obliga además a los países a velar por que las conductas enunciadas en el artículo 3 sean tipificadas como delito en su derecho interno. Es importante

recordar que la definición que figura en el Protocolo contra la trata de personas tiene por objeto lograr un nivel de coherencia y de consenso en todo el mundo acerca del fenómeno de la trata de personas; ahora bien, el derecho interno no tiene por qué seguir al pie de la letra el texto del Protocolo contra la trata de personas. Antes bien, ese derecho interno deberá adaptarse de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional respectivo y dar efecto al sentido y los conceptos enunciados en el Protocolo contra la trata de personas.

3.2.1 Elementos de un caso de trata de personas

El Protocolo contra la trata de personas exige que el delito de trata se defina mediante una combinación de los tres elementos constitutivos y no de los distintos elementos, aunque en algunos casos estos distintos elementos constituyan delitos penales en sí mismos. Por ejemplo, el acto del rapto o la utilización no consensual de la fuerza (agresión) probablemente constituirán delitos penales distintos en virtud de la legislación penal interna.

En términos del derecho penal, estos tres elementos constitutivos pueden describirse también como el *actus reus* — el elemento o elementos materiales o físicos — y el *mens rea* — el elemento subjetivo. No podrá pronunciarse sentencia condenatoria en ausencia de estos dos conceptos de derecho penal, que son fundamentales de los sistemas penales de todo el mundo.

3.2.1.1 Requisitos en materia de *actus reus*

El *actus reus* o los elementos materiales de la trata de personas pueden variar en función de la legislación de su país. En el caso del delito de trata de personas que se define en el Protocolo contra la trata de personas, el requisito de *actus reus* se divide en dos partes.

Requisito en materia de *actus reus*:

El delito debe abarcar cualquiera de los siguientes elementos:

- 1) Captación
- 2) Transporte
- 3) Traslado
- 4) Acogida
- 5) Recepción de una persona

Es probable que algunos de estos términos, o todos ellos, tengan un sentido claramente definido en el ordenamiento jurídico interno de su país.

Requisito en materia de *actus reus*:

Debe contener también al menos uno de los siguientes actos:

- 1) Uso de la fuerza
- 2) Amenaza del uso de la fuerza
- 3) Coacción
- 4) Rapto
- 5) Fraude
- 6) Engaño
- 7) Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad
- 8) Concesión o recepción de beneficios

3.2.1.2 Requisito en materia de *mens rea*

El requisito en materia de *mens rea* refleja el estado de ánimo de una persona acusada de un delito. Solo puede considerarse responsables de un delito penal a las personas con suficiente intención delictiva. En algunas jurisdicciones y en determinados casos, la responsabilidad penal puede ser “causal” (delitos de “responsabilidad causal”).

El requisito en materia de elemento subjetivo que se exige en un caso de trata de personas es que la persona haya cometido el acto o actos materiales con intención de que la víctima sea “explotada” (según lo defina la legislación interna contra la trata de personas del país). Reiteremos que los “fines de explotación”

son un elemento subjetivo de *dolus specialis*: *Dolus specialis* puede definirse como la finalidad pretendida por el autor al cometer los actos materiales del delito. Lo que importa es la finalidad, no el resultado práctico conseguido por el autor. Así pues, para que se cumpla el elemento de *dolus specialis* no es preciso que se consiga realmente la finalidad. Dicho de otro modo, los “actos” y los “medios” del autor deben pretender explotar a la víctima. Por lo tanto, no es necesario que el autor realmente explote a la víctima.

El Protocolo contra la trata de personas no define la explotación, pero enumera una lista exhaustiva de formas de explotación:

Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Una vez más, es importante recordar que la obligación de tipificar como delito la trata de personas que impone el Protocolo contra la trata de personas no exige que la legislación interna siga al pie de la letra el texto contenido en la definición de trata de personas. Antes bien, la legislación interna deberá redactarse de forma compatible con el marco jurídico interno de su país, a condición de que contenga una combinación de los elementos constitutivos que figuran en la definición.

Para que exista un delito de trata de personas, no es necesario que se produzca en realidad la explotación. Como se desprende con claridad del Protocolo contra la trata de personas, no es necesario que se produzca efectivamente la explotación siempre que exista la intención manifiesta de explotar a la persona. Solo es necesario que el acusado haya cometido uno de los actos constitutivos, empleando uno de los medios enunciados con el fin o, dicho de otra forma, con la intención de que la persona fuera explotada.

El elemento subjetivo puede demostrarse de diversas formas. Cabe observar que el Protocolo contra la trata de personas exige que los países tipifiquen la trata de personas como delito únicamente cuando se cometa intencionalmente, conforme al párrafo 1 del artículo 5. Esto se refiere al elemento subjetivo. No obstante, nada impide que los países permitan que el requisito de *mens rea* se establezca conforme a un criterio inferior, como imprudencia temeraria, ofuscación deliberada o incluso negligencia criminal, a reserva de las disposiciones del ordenamiento jurídico interno.

Muchos casos de trata de personas pueden resultar obvios. Una situación en la que se capta a personas, se les transporta a otro país, no se les deja salir nunca de la fábrica y tienen que trabajar a todas horas se corresponde claramente con la definición de trata de personas y esa conducta ha de tipificarse por lo tanto como delito.

Análogamente, los casos que implican a mujeres captadas o acogidas y obligadas a prestar servicios sexuales se ajustan inequívocamente a la definición de trata de personas. No obstante, algunos casos pueden resultar más complicados. Si existen dudas de que una circunstancia concreta cumpla la definición de trata de personas, debe prestarse atención no solo a la definición que figura en el Protocolo contra la trata de personas, sino también a los elementos constitutivos de la trata de personas que determine la legislación de su país. Cuando sea posible, los funcionarios de policía y otras autoridades de represión tal vez deseen consultar con la fiscalía para analizar si un conjunto concreto de hechos cumple la definición de trata de personas recogida en la legislación interna de su país.

3.2.2 La cuestión del consentimiento

El apartado *b)* del artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas enuncia que el consentimiento de una víctima de la trata de personas a la explotación

pretendida no hace al caso si se ha demostrado que se ha recurrido a engaño, coacción, fuerza u otros medios prohibidos. Así pues, el consentimiento no puede invocarse como defensa para absolver a alguien de su responsabilidad penal.

En los casos de trata que afectan a niños, el Protocolo contra la trata de personas estipula que se considera trata de personas con independencia de que se utilicen medios prohibidos.

Estos dos casos se hacen eco de la obviedad de que nadie puede dar su consentimiento a ser explotado, porque en el caso de los adultos, el consentimiento carece de validez al haberse utilizado medios indebidos y, en el caso de los niños, su situación vulnerable les impide de todas maneras dar su consentimiento.

Si el consentimiento se obtiene a través de cualquiera de los medios prohibidos, o sea, amenazas, fuerza, engaño, coacción o abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, el consentimiento no es válido.

Los niños no pueden dar su consentimiento a esa conducta, con independencia de que ese consentimiento se obtuviera indebidamente, porque la ley les otorga una condición jurídica especial por su situación singular de personas vulnerables.

La cuestión del consentimiento es compleja, porque el consentimiento puede revestir muchas formas. Los siguientes ejemplos son ilustrativos de la cuestión del consentimiento.

3.2.2.1 Ejemplo de consentimiento no válido

Anita tiene 23 años y vive en Asia central. Quiere vivir y trabajar en el extranjero y un día responde a un anuncio en la prensa para camareras en el extranjero que exige específicamente que sepa hablar su idioma materno. Anna responde al

anuncio y al llegar al aeropuerto de destino un hombre la lleva a un apartamento en el que se encuentra con otra docena de mujeres. Les pregunta si todas trabajan de camareras en el restaurante. Se ríen de ella y una dice: ¿Restaurante? ¡Tú no vas a trabajar en ningún restaurante! ¡Ya te enterarás esta noche de dónde vas a trabajar!

Los traficantes, que afirman haberla comprado por varios cientos de dólares, retienen a Anna durante seis meses y la prostituyen. Dicen que les debe dinero por el billete de avión, el alojamiento y la comida. La pegan cuando se niega a ir con un cliente.

Bela vive en un país de América del Sur y trabaja de prostituta. Un día, un cliente habitual que la suele visitar cuando está de negocios en su ciudad le dice que podría ganar mucho más dinero en la ciudad de América del Norte en la que vive él. Este cliente, llamado Nick, le dice que, en su ciudad, las prostitutas acuden a los clubs a todas horas, ganan un montón de dinero y se lo pasan muy bien. Nick le dice que le va a comprar el billete de avión, y Bela acepta y obtiene un visado para trasladarse a la nueva ciudad.

Nick recoge a Bela en el aeropuerto y ella se queda en su casa unos cuantos días. Un día, un grupo de hombres se presenta en la casa para llevarla a su nuevo lugar de trabajo. Estos hombres entregan 10.000 dólares de los EE.UU. a Nick y se llevan a Bela a un pueblo fuera de la ciudad. Allí ponen a Bela a trabajar en tres prostíbulos, en los que tiene que mantener relaciones sexuales hasta con 9 clientes al día. Si se niega, aumenta su deuda. Todo el dinero pagado por sus servicios acaba en manos de los propietarios de los prostíbulos o de los hombres que la compraron. Le dicen que no puede marcharse hasta que pague su deuda. Es testigo de actos de violencia contra algunas de sus amigas.

El consentimiento en el tráfico ilícito de migrantes y trata de personas tienen sus cualidades, ya que por lo general, el tráfico ilícito de migrantes supone el consentimiento de los que son objeto de él. En cambio, las víctimas de la trata

de personas o bien nunca han dado su consentimiento, o si lo han hecho en un principio, ese consentimiento ha perdido toda su validez por los medios indebidos empleados por los traficantes.

3.2.3 Acusaciones apropiadas

Como se ha explicado, el delito de trata de personas puede suponer muchos actos distintos y muchos protagonistas diferentes. El delito se comete con actos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, por medio de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Los casos de trata, por su propia naturaleza, muy probablemente implicarán otros delitos. Éstos pueden ser parte integrante del proceso de trata, y pueden servir para demostrar que se ha cometido un elemento del delito de trata de personas. También pueden imputarse por separado o servir de cargos subsidiarios, según el ordenamiento jurídico de que se trate. También se les puede denominar delitos determinantes de la trata.

Pueden cometerse otros delitos contra la víctima de la trata o contra otros, pero no formarían parte integrante del delito de trata. Dichos delitos deberían imputarse por separado.

Los delitos determinantes de la trata pueden incluir, entre otros:

- 1) Esclavitud
- 2) Prácticas análogas a la esclavitud
- 3) Servidumbre
- 4) Trabajos forzados u obligatorios
- 5) Servidumbre por deudas
- 6) Matrimonio forzado

- 7) Aborto forzado
- 8) Extorsión
- 9) Tortura
- 10) Trato cruel, inhumano o degradante
- 11) Violación
- 12) Agresión sexual
- 13) Agresión
- 14) Lesiones corporales
- 15) Asesinato
- 16) Secuestro
- 17) Rapto
- 18) Detención ilegal
- 19) Explotación laboral
- 20) Retención de documentos de identidad
- 21) Infracciones de la ley de inmigración
- 22) Blanqueo de dinero
- 23) Corrupción
- 24) Abuso de cargo
- 25) Tráfico ilícito de migrantes

En conclusión la trata de personas, definida por el Protocolo contra la trata de personas, exige un acto, unos medios y unos fines.

- 1) El consentimiento carece de validez si se obtiene recurriendo a medios indebidos.
- 2) La trata de personas puede tener lugar dentro y fuera de las fronteras de un país.
- 3) El tráfico ilícito de migrantes debe tener lugar a través de fronteras internacionales.

CAPITULO CUARTO
FACTORES JURIDICOS (PROPUESTA DE REFORMA)

CAPÍTULO CUARTO

FACTORES JURÍDICOS (PROPUESTA DE REFORMA)

Después de tratar en los capítulos que anteceden temas prioritarios y fundamentales para arribar al presente Capítulo que ostenta la denominación de factores jurídicos (propuesta de reforma), verbigracia, posterior de haber estudiado a detalle los elementos del delito en su aspecto general, así como los elementos del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, y de haber hecho un estudio de los diversos instrumentos internacionales que regulan y establecen las reglas para el delito en cita, es que pasamos a realizar el siguiente estudio, ya que consideramos que nos hemos colocado en el parámetro correcto e idóneo para detectar y analizar las causas, que en nuestro concepto, o al menos bajo nuestra percepción, propician que el consentimiento en el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, es loable desde un aspecto jurídico, cuestión que reiteramos en los capítulo precedentes, para posteriormente emprender el examen de algunas disposiciones legales y diversas practicas judiciales que también consideramos son contrarias al verdadero espíritu de castigar el delito objeto de esta investigación.

Cabe destacar que en los capítulos precedentes quedaron establecidos los soportes bibliográficos básicos para abordar la presente propuesta de reforma, así como las fuentes jurídicas, sírvase la legislación nacional e internacional que regulan el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, cuestión que como hemos apuntado, imbuyo el tema de investigación, mismo que igualmente acrecentó nuestro interés por la circunstancia de que los estudiosos de la materia han sido omisos en abordar esas deficiencias, pues, en su gran mayoría, apoyan la tipificación, punibilidad, y figuras jurídicas, tal como se encuentran al día de hoy, insistiendo en que, por la gravedad del asunto, mientras más cerrada sea la posibilidad de que se incurra en dichas actividades, mejores resultados se tendrán, sin que necesariamente

sea correcto, ya que van existiendo nuevas formas para poder cometer tales ilícitos, considerando oportuno reflexionar sobre la viabilidad de la presente propuesta de reforma.

4.1 Definición del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual en la legislación nacional e internacional.

Vamos a reiterar las diferentes conceptualizaciones que se han realizado:

Por cuanto hace a la LGPSEDMTP, lo define en su artículo 10:

Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

Se entenderá por explotación de una persona a:

....

III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 13 a 20 de la presente Ley;

...

En tanto que el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional, lo define en su artículo 3, inciso a):

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza

u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

De lo anterior, y respecto al delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, podemos colegir el siguiente cuadro:

	LGPSEDMTP	PPRYSTDPEMYN
ACTO	<p>La citada norma hace referencia a toda acción u omisión, en tanto que el PPRYSTDPEMYN no hace tal distinción. Sin embargo los actos son:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Captar 2. Enganchar 3. Transportar 4. Transferir 5. Retener 6. Entregar 7. Recibir 8. Alojjar 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Captación, 2. Transporte, 3. Traslado 4. Acogida, 5. Recepción de personas

LOS MEDIOS	<p>Artículo 13:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El engaño 2. La violencia física o moral 3. El abuso de poder 4. El aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad 5. Daño grave o amenaza de daño grave 6. La amenaza de denunciarle ante autoridades respecto a su situación migratoria en el país o cualquier otro abuso de la utilización de la ley o procedimientos legales, que provoque que el sujeto pasivo se someta a las exigencias del activo. <p>No será necesario la comprobación de estos medios en menores de edad.</p> <p>Artículo 14:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Al que someta a una persona o al que se beneficie de someter a una persona <p>Artículo 15:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Explotación de una persona mediante el comercio, distribución, exposición, circulación u oferta de libros, revistas, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio. <p>Artículo 16:</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Amenaza o uso de la fuerza 2. Otras formas de coacción 3. Rapto 4. Fraude 5. Engaño 6. Abuso de poder 7. Abuso de una situación de vulnerabilidad 8. Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra
------------	---	---

	<p>1. Procure, promueva, obligue, publicite, gestione, facilite o induzca, por cualquier medio, a una persona menor de dieciocho años de edad, o que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o no tenga capacidad de resistir la conducta, a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal, con fines sexuales, reales o simulados</p> <p>2. Si se hiciera uso de la fuerza, el engaño, la violencia física o psicológica, la coerción, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, las adicciones, una posición jerárquica o de confianza, o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o cualquier otra circunstancia que disminuya o elimine la voluntad de la víctima para resistirse</p> <p>Artículo 17:</p> <p>1. Almacene, adquiera o arriende para sí o para un tercero, el material a que se refiere el artículo anterior</p> <p>Artículo 18:</p> <p>1. Promueva, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio a que una o más personas viajen al interior o exterior del territorio nacional.</p> <p>Artículo 19:</p>	
--	---	--

	<p>1. Contrate a una persona u oferte un trabajo distinto a los servicios sexuales, bajo el engaño de:</p> <ul style="list-style-type: none"> I. Que el acuerdo o contrato comprende la prestación de servicios sexuales; o II. La naturaleza, frecuencia y condiciones específicas; o III. La medida en que la persona tendrá libertad para abandonar el lugar o la zona a cambio de la realización de esas prácticas; o IV. La medida en que la persona tendrá libertad para dejar el trabajo a cambio de la realización de esas prácticas; o V. La medida en que la persona tendrá posibilidad de salir de su lugar de residencia a cambio de la realización de esas prácticas; o VI. Si se alega que la persona ha contraído o contraerá una deuda en relación con el acuerdo: el monto, o la existencia de la suma adeudada o supuestamente adeudada. <p>Artículo 20:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. Contrate aun sea lícitamente, a otra para la prestación de servicios sexuales en las circunstancias de las fracciones II al VI del artículo anterior. 	
--	---	--

LA FINALIDAD	<p>Artículo 13:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Beneficiar de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada <p>Artículo 14:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Al que se beneficie de someter a una persona para que realice actos pornográficos, o produzca o se beneficie de la producción de material pornográfico, o engañe o participe en engañar a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos pornográficos <p>Artículo 15:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Beneficie económicamente <p>Artículo 16:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Producir material través de video grabarlas, audio grabarlas, fotografiarlas, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos, y se beneficie económicamente de la explotación de la persona. <p>Artículo 17:</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Comercialización o distribución. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Explotación de la prostitución ajena 2. Explotación sexual
--------------	---	--

<p>Artículo 18:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Realicen cualquier tipo de actos sexuales, reales o simulados, con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, y se beneficie económicamente de ello. <p>Artículo 19: Induzca a realizar servicios sexuales</p> <p>Artículo 20:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obtenga beneficio económico para sí o para un tercero 	
--	--

4.2 Estudio teleológico del bien jurídico tutelado del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual en la legislación nacional e internacional.

Sin buscar o pretender caer en repeticiones, realizáremos un estudio teleológico del bien jurídico tutelado en el delito en comento, pues resulta trascendente para el tema de investigación. Hemos señalado con anterioridad ¹⁷⁹, que el bien jurídico tutelado que se colige de la lectura de la exposición de motivos de la LGPSEDMTP, así como de diversos tratados internacionales, lo es el libre desarrollo de la personalidad, el cual será el tema ocupante de este apartado, sin

¹⁷⁹ *Vid supra* capítulo 2, inciso 2.5, Bien Jurídico lesionado en el delito de trata de personas, p. 156

tomar en cuenta los bienes jurídicos tutelados que en su momento fueran contemplados en legislaciones secundarias.

Previo a concretar la conceptualización del libre desarrollo de la personalidad, hemos de señalar:

“En algo más de un lustro que la legislación nacional ha abrigado una normativa especializada en delitos de trata (Ley originaria y Ley vigente), el concepto de libre desarrollo de la personalidad ha tenido una regulación deficitaria y algo diferenciada.

“No se tratará aquí de revisar definiciones sobre el contenido esencial o el alcance conceptual de ese libre desarrollo de la personalidad porque a la fecha no hay clarificación adecuada de este tema ni en la legislación secundaria, ni en programas o en políticas públicas. Si no de cuestionar desde estas líneas el por qué el legislador nacional ha sido errático o, al menos, descuidado en dotar de una topografía definitiva a esta categoría que ha incluido y todavía mantiene en la normativa de trata.

“Además, resalta el hecho que ese mismo legislador sigue adeudando las implicaciones puntuales de dicho concepto dentro del régimen normativo mexicano, con lo cual operadores jurídicos y gobernados podrían ampararse en su eventual tutela, pero que a la fecha carecen de un marco conceptual enriquecedor de la cultura de los derechos humanos que podría devenir de una interpretación de ese libre desarrollo de la personalidad.

“La Ley originaria de 2007, en su artículo de apertura, configuró el respeto al libre desarrollo de la personalidad como una finalidad principalísima y fundante de la legislación especializada de trata que entonces se inauguraba en estos términos:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto la prevención y sanción de la trata de personas, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas de estas conductas con la finalidad de garantizar el respeto al libre desarrollo de la personalidad de las víctimas y posibles víctimas, residentes o trasladadas al

territorio nacional, así como a las personas mexicanas en el exterior. Esta Ley se aplicará en todo el territorio nacional en materia del Fuero Federal.

“Con dicha definición normativa se dejó en claro el carácter teleológico y generalizante del libre desarrollo de la personalidad en tanto que bien jurídico protegible por la nueva legislación. Destacando que el respeto a ése libre desarrollo aplicaría universalmente a toda víctima sin diferenciación ninguna de edad, lugar de residencia o de oriundez.

“Otra cuestión es que, como ya se ha dicho, se dejó en suspenso la definición sobre si éste también implicaba un principio, un derecho fundamental u otra categoría institucional (y cuáles elementos conceptuales tendría para alcanzar su justiciabilidad), situación que tampoco se clarifica con exactitud en la Ley vigente

“De la vista panorámica de esta nueva ordenación, se infiere que el libre desarrollo de la personalidad logró mantenerse en la Ley vigente como bien jurídico protegible (junto con la tutela de la vida, dignidad, libertad, seguridad, demás derechos humanos de las víctimas y ofendidos).”¹⁸⁰

“La utilidad del libre desarrollo de la personalidad que entra como principio y valor fundante y subsidiario de cualquier libertad o derecho fundamental en cuestión, en tanto que se compruebe que una autoridad, cualquier ciudadano o agente social con tolerancia o anuencia de aquélla, produjo interferencias o lesiones ilegítimas en la libertad de acción de otro. Con afectaciones directas o indirectas a su dignidad humana.

“Por tanto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la libertad general de actuar y, evidentemente, que esa facultad pueda ejercerla el individuo en cualquier ámbito, pues el hombre actúa en diferentes espacios: social, político, económico, afectivo. De ahí que el núcleo esencial de este derecho proteja la libertad de acción”.¹⁸¹

¹⁸⁰ VEGA GOMEZ, Juan, Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 133

¹⁸¹ Ibidem, p. 146

Por su parte nuestro más alto tribunal ha señalado:

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. *De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.* ¹⁸²

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA. *La libertad "indefinida" que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad complementa las otras libertades más específicas, como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar la "esfera personal" que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas. En este sentido, este derecho es especialmente importante frente a las nuevas amenazas a la libertad individual que se presentan en la actualidad. Ahora bien, la doctrina especializada señala que el libre desarrollo de la personalidad tiene una dimensión externa y una interna. Desde el punto de*

¹⁸² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, Pleno, **DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE**, Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXVI/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.

vista externo, el derecho da cobertura a una genérica "libertad de acción" que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una "esfera de privacidad" del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal. Al respecto, si bien en un plano conceptual puede trazarse esta distinción entre los aspectos externos e internos, resulta complicado adscribir los casos de ejercicio de este derecho a una sola de estas dimensiones. Ello es así, porque las acciones que realizan los individuos en el ejercicio de su autonomía personal suponen la decisión de llevar a cabo esa acción, al tiempo que las decisiones sobre aspectos que en principio sólo incumben al individuo normalmente requieren de ciertas acciones para materializarlas. En todo caso, parece que se trata de una cuestión de énfasis. Así, mientras que hay situaciones en las que el aspecto más relevante de la autonomía personal se aprecia en la acción realizada, existen otras situaciones en las que el ejercicio de la autonomía se observa más claramente a través de la decisión adoptada por la persona. ¹⁸³

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS.

La Constitución mexicana otorga una amplia protección a la autonomía de las personas, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen. Así,

¹⁸³ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Tomo II, Noviembre de 2016, Primera Sala, P. 898, **DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA.** Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

en términos generales, puede decirse que los derechos fundamentales tienen la función de "atrincherar" esos bienes contra medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan afectar la autonomía personal. De esta manera, los derechos incluidos en ese "coto vedado" están vinculados con la satisfacción de esos bienes básicos que son necesarios para la satisfacción de cualquier plan de vida. En este orden de ideas, el bien más genérico que se requiere para garantizar la autonomía de las personas es precisamente la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros. En este sentido, la Constitución y los tratados internacionales reconocen un catálogo de "derechos de libertad" que se traducen en permisos para realizar determinadas acciones que se estiman valiosas para la autonomía de las personas (expresar opiniones, moverse sin impedimentos, asociarse, adoptar una religión u otro tipo de creencia, elegir una profesión o trabajo, etcétera), al tiempo que también comportan límites negativos dirigidos a los poderes públicos y a terceros, toda vez que imponen prohibiciones de intervenir u obstaculizar las acciones permitidas por el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un "área residual de libertad" que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas. En efecto, estos derechos fundamentales protegen la libertad de actuación humana de ciertos "espacios vitales" que, de acuerdo con la experiencia histórica, son más susceptibles de ser afectados por el poder público; sin embargo, cuando un determinado "espacio vital" es intervenido a través de una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Tomo II, Noviembre de 2016, Primera Sala, P. 898, DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente.

De lo anterior, podemos concluir que el **libre desarrollo de la personalidad** deriva del derecho fundamental de la dignidad humana, el cual se traduce a que todo individuo elige en forma libre y autónoma su proyecto de vida, es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, es la libertad general de actuar y, evidentemente, que esa facultad pueda ejercerla el individuo en cualquier ámbito, pues el hombre actúa en diferentes espacios: social, político, económico, afectivo. De ahí que el núcleo esencial de este derecho proteja la libertad de acción. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su **profesión o actividad laboral**, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente. Si bien es cierto no se trata de un derecho que este denominado y establecido así en la constitución, se entiende que es ese espacio de libertades que no está determinado de manera expresa por algún otro derecho y que genera esta facultad que tenemos todos los seres humanos con las personas el poder determinar nuestro destino, poder decidir qué queremos hacer con nuestra vida, una serie de cuestiones que no están necesariamente determinadas por otros derechos pero que implican esta atribución de toda persona de poder decidir cómo quiere vivir, de qué forma quiere vivir; ese tipo de cosas aparentemente tan sencillas pero que son muy importantes porque es lo que nos definen como queremos vivir, que queremos hacer en nuestra vida, todo ello mientras no dañemos a los demás o afectemos el orden público y el interés social, eso es lo que subyace a partir de ahí. Dicho derecho todavía se encuentra en vías de seguirlo fortaleciendo.

Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Una vez que se ha entendido lo que es el libre desarrollo de la personalidad, es importante destacar que el mismo se encuentra limitado al interés social y al orden público, lo cual se encuentra reiterado en la tesis de epígrafe:

DERECHOS DE TERCEROS Y ORDEN PÚBLICO. CONSTITUYEN LÍMITES EXTERNOS DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Si bien el libre desarrollo de la personalidad da cobertura prima facie a un derecho más específico consistente en consumir marihuana con fines lúdicos o recreativos, ello no significa que ese derecho tenga un carácter definitivo. En este sentido, como no puede ser de otra manera, el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, por lo que puede ser limitado con la finalidad de perseguir algún objetivo constitucionalmente válido. Este derecho encuentra algunos de sus límites en los derechos de los demás y en el orden público. De esta manera, estos límites externos al derecho fundamental funcionan como cláusulas que autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la personalidad, siempre que tal intervención sea idónea, y no resulte innecesaria o desproporcionada en sentido estricto. ¹⁸⁵

Resultado de la importancia que adquiere el interés social y el orden público, como limitante al libre derecho de la personalidad, es significativo estudiar a los mismo, motivo por el cual realizamos el siguiente apartado.

4.2.1 Interés social y orden público

Para definir brevemente, señalamos la sentencia Sala Constitucional Nro. 2201 del 16/09/2002 del Magistrado Ponente: Dr., Pedro Rafael Rondón Haaz.

¹⁸⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Tomo II, Noviembre de 2016, Primera Sala, P. 899, DERECHOS DE TERCEROS Y ORDEN PÚBLICO. CONSTITUYEN LÍMITES EXTERNOS DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del Estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica, tales como la oportunidad para la contestación de la demanda, la apertura del lapso probatorio, y la preclusión de los actos procesales, entre otras.

Es común que los ordenamientos jurídicos inicien su capitulado expresando que son de orden público e interés social. En el análisis de estos conceptos es conveniente que primero se establezca la diferencia entre uno y otro. Establecer cuándo una ley es de orden público e interés social no es tarea fácil, ya que estas siempre deben velar por el bienestar y la sana convivencia de los ciudadanos.

Aunque es común escuchar “orden público” e “interés social” juntos, es de vital importancia tener en mente que no son lo mismo, y que cada uno tiene gran consideración dentro de la legislación mexicana.

4.2.1.1 Interés Social

El interés social es un concepto jurídico que fundamenta y justifica la actuación de la administración pública entendiendo que la intervención del estado en la vida social debe ser motivada y dirigida hacia el bienestar colectivo y que toda la actuación tiene un fin como uno de sus elementos

Es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegida mediante la intervención directa y permanente del Estado. El interés social rebasa el interés individual, esto quiere decir que cuando el derecho de una comunidad es afectado por el interés individual de una persona, debe beneficiarse y protegerse el derecho comunitario sobre el de la persona individual, tal es el caso de la expropiación (Artículo 27 Constitucional) que dice: *“las expropiaciones solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.”*

El interés social, es en pocas palabras todo aquello que tiende al beneficio y desarrollo de la comunidad

4.2.1.2 Orden Público

Fue tomado del derecho romano, pasa al código Napoleón y se instala en el continente europeo e influye directamente en latinoamérica

Según los estándares jurídicos por su validez en relación a la voluntad de las personas toda ley que se considere de orden público, será una ley imperativa (las que prevalecen sobre cualquier acuerdo de la voluntad de las personas sujetas a ellas; deben cumplirse aun cuando ambas partes crean preferible otra regulación de sus relaciones jurídicas. En algunos casos asumen la forma de mandatos y en otro de prohibiciones, pero en cualquier caso los particulares no pueden dejarlas sin efecto); la finalidad práctica de distinguirlas es que las leyes de orden público no pueden ser dejadas de lado por los contratos privados.

El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés particular. Rolando Tamayo y Salmorán define al orden público como aquellos principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por voluntad de los individuos ni por la aplicación del derecho extranjero, lo anterior se encuentra en los artículos 8º y 15 del Código Civil para el Distrito Federal, que textualmente expresan: los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario (8º). No se aplicará el derecho extranjero, cuando sus disposiciones o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano (15 fracción II).

Es el núcleo del orden social. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como "no negociables", se lo considera como el límite para el ejercicio de los derechos individuales y sociales.

El orden público, pues, funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico.

En conclusión el orden público y el interés social deben ser el eje focal sobre el que funcione la legislación mexicana y de cualquier país, ya que el bienestar de la sociedad debe ser la prioridad de cualquier estado.

4.3 Viabilidad del Consentimiento en el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual en la legislación nacional e internacional.

Dicho apartado resulta ser la parte esencial del tema de investigación, sin más que agregar, exponemos:

El delito de trata de personas, en México, se ha entendido como toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación, delito que resulta social y jurídicamente relevante, pues no permite a la víctima ejercer su libre desarrollo de la personalidad, entendiéndose como tal al derecho de realizarse como persona, de formalizar su proyecto de vida, cuestión que hemos entendido conlleva consecuencias irreparables en la víctima, que derivado de ello provocan un daño a la sociedad y que va en contra del Estado de Derecho (interés social y orden público), precisamente porque se somete a la víctima a realizar actividades que ella no realizaría por su propia voluntad.

Dicha tipificación la encontramos ajustada y conforme a Derecho, sin embargo, y por lo que respecta a la modalidad de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, la cuestión cambia cuando la supuesta víctima desea, quiere y realiza la prostitución como fin y medio laboral, pues es evidente que forma parte de su proyecto de vida, de su realización como persona, desarrollarse en ese ámbito, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de

"afectar" su personalidad de esta manera con fines laborales se encuentra tutelada prima facie por el derecho al libre desarrollo de ésta.

Nosotros hemos considerado, que de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, se puede colegir si existe realmente una afectación al bien jurídico tutelado del libre desarrollo de la personalidad, pues en caso de no existir dicha afectación al bien jurídico nos encontramos ante una atipicidad.

Hemos comprendido que el libre ejercicio de la prostitución como fin y medio laboral, no debe estar limitado por legislación alguna, pues atentaría contra el libre desarrollo de la personalidad, ergo, no existe en contra de ello alguna pena o consecuencia jurídica, salvo la vía administrativa, y so pena de queja vecinal. Reiteramos, cuestión que no acontece cuando dicha actividad no se realiza libremente, pues evidentemente nos colocamos en la conducta típica del delito de trata de personas.

Hasta lo aquí señalado, debemos establecer que el ejercer la prostitución como medio laboral resulta lícito y no atenta contra el libre desarrollo de la personalidad, teniendo como requisito *sine que non* que tal actividad se realice libremente, es decir, la persona que se dedique a dicha actividad podrá determinar sus propios horarios, lugares, aceptación y recepción de personas que utilicen sus servicios, etc., no hacerlo en tales términos atentaría contra el libre desarrollo de la personalidad. De ahí que no todos los casos en que un tercero obtenga un beneficio de la prostitución ajena configura el delito de trata de personas, pues habrá situaciones en las que se trate de un reflejo de la organización en el trabajo sexual, como una manifestación más de que constituye una forma de trabajo y quienes lo ejercen lo hacen libre y voluntariamente, en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consecuentemente, y respecto al consentimiento, hemos manifestado, en términos del artículo 15 del Código Penal Federal, lo que se requiere para culminar el mismo:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

Hemos señalado¹⁸⁶, que el consentimiento, en todos los casos, es una causa de atipicidad penal, y lo que hace que todos los bienes jurídicos penales individuales sean disponibles, insistimos **EL CONSENTIMIENTO CONSTITUYE EN TODOS LOS CASOS UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL TIPO –ATIPICIDAD–, POR NO GENERAR LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO**, en la medida en que el bien jurídico protegido supone no sólo la protección del sustrato material, sino también de la libertad y autonomía que conlleva a su disposición.

En esta línea es que debe interpretarse el artículo 15 del Código Penal Federal, entendiendo que el consentimiento, en tanto causa de atipicidad por no lesión de bien jurídico protegido alguno, puede darse respecto de todos los bienes jurídicos penales individuales, por ser todos disponibles. A la luz del modelo de Estado recogido en la Constitución, y tomando en cuenta la posición central que la dignidad ocupa como valor supremo, consideramos que todos los bienes jurídico-penales individuales son disponibles, por proteger todos no solo el sustrato material que constituye su razón de ser –vida, libertad, patrimonio, entre otros–, sino también la libertad de disposición sobre los mismos a efectos de alcanzar la autorrealización personal. Bajo el tenor anterior, y compartiendo dicho paradigma, consideramos que el libre desarrollo de la personalidad es un bien jurídico disponible, por lo cual ahora analizamos el segundo requisito: que el

¹⁸⁶ *Vid supra* capítulo 2, inciso 2.4.3.2.1.1.2, Bien Jurídico Disponible, p. 135

titular tenga la capacidad jurídica de disponer libremente del mismo, por lo cual expresamos lo siguiente.

Ciertamente el libre desarrollo de la personalidad es la posibilidad de que las personas realicen su proyecto de vida, acorde a su ética y principios, y que no puede limitarse salvo los casos señalados con anterioridad, ahora bien, para saber y poder determinarse debe tener la capacidad de entender y querer, por lo cual, y en términos prácticos, dicha capacidad se traduce a que la persona sea mayor de edad y que tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, es decir, que si la persona es menor de edad o padece algún trastorno temporal o permanente, la misma estará imposibilitada para disponer libremente del mismo, en conclusión señalamos que para cubrir tal supuesto, la persona debe ser mayor de edad y no sufrir de algún trastorno temporal o permanente.

El tercer requisito consistente en que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo, dicha cuestión resulta taxativa. Verbigracia, es jurídicamente válido que el consentimiento sea causa de exclusión del delito de trata de personas, en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, previsto en el artículo 10, fracción III, de la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, siempre y cuando se cumplan con los requisitos exigidos en ley y no se utilicen ninguno de los medios señalados en el Protocolo de Palermo

No podemos ser omisos, insistimos, dicho consentimiento únicamente se concreta en el delito de trata de personas, en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, pues esta última modalidad hace referencia a un medio laboral, a una fuente de ingresos para la persona que realiza dicha actividad, es decir, el derecho a la libertad de trabajo en relación al libre desarrollo de la personalidad, máxime que realizar dicha conducta no se encuentra prohibida en el derecho penal, siendo aplicables los principios generales del

derecho: 1) Quien puede lo más, puede lo menos. 2) Quien sabe y consiente no recibe injuria ni engaño. 3) Lo que no está prohibido, está permitido. 4) Donde la ley no distingue, no hay por qué distinguir. 5) Donde hay la misma razón, es aplicable la misma disposición. 6) No hay pena sin ley. 7) La costumbre es la mejor intérprete de las leyes. 8) A cada cual lo suyo. 9) No todo lo que es lícito, es honesto.

Lo aquí planteado resulta novedoso, pues es un tema al que poco se ha profundizado en su estudio, incluso la legislación nacional es distinta a la internacional, pese a que en gran parte deriva de esta, lo cual conlleva a contradicciones e interpretaciones que distan mucho de la otra.

Como reflejo de ello encontramos la tesis intitulada:

TRATA DE PERSONAS EN SU MODALIDAD DE OBTENER UN BENEFICIO POR LA EXPLOTACIÓN DE UNA O MÁS PERSONAS MEDIANTE LA PROSTITUCIÓN Y APROVECHANDO UNA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. ELEMENTO QUE DIFERENCIA A ESTE DELITO DE LA ORGANIZACIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA EN EL DESEMPEÑO DEL TRABAJO SEXUAL. El delito mencionado está previsto y sancionado por el artículo 13, fracción IV, de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, descripción típica de la que se advierten los siguientes elementos: a) la existencia de una o más personas que se dediquen a la prostitución (sujetos pasivos); b) que el sujeto activo explote a los sujetos pasivos, esto es, que obtenga un beneficio de la prostitución por ellos practicada; y, c) que la explotación se lleve a cabo mediante el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad. Como puede apreciarse y atento a que la ley señalada no prohíbe la prostitución libre y ajena, el tipo penal en cita busca proteger la libre autodeterminación en el ejercicio y organización de dicha actividad; por ello, para establecer si en el caso de que una persona obtenga un beneficio del trabajo sexual ajeno, se configura el delito de trata de personas, tendrá que demostrarse si a quien se le atribuye la calidad de sujeto pasivo aceptó libremente las condiciones impuestas por el sujeto activo que

derivaron en el beneficio obtenido; lo que se desprende del elemento identificado con el inciso c), pues su análisis permite identificar si la situación de vulnerabilidad fue el factor determinante sin el cual la trabajadora sexual no hubiera aceptado las condiciones impuestas por el activo y, por ende, no existió un ejercicio libre de su autodeterminación. De ahí que no todos los casos en que un tercero obtenga un beneficio de la prostitución ajena configura el delito de trata de personas, pues habrá situaciones en las que se trate de un reflejo de la organización en el trabajo sexual, como una manifestación más de que constituye una forma de trabajo y quienes lo ejercen lo hacen libre y voluntariamente, en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ¹⁸⁷

Entendemos que existen criterios encontrados, los cuales podrán estar a favor o en contra de la esencia del presente trabajo, y para lo cual pensamos significativo realizar un apartado donde se centren ideas tanto a favor como en contra, lo cual realizamos en los siguientes términos:

4.4 Posturas a favor y en contra

Como se señaló en la introducción del presente trabajo, no pretendemos tener una verdad absoluta al respecto, pues comprendemos sobradamente que existirán opiniones en contra y a favor, por ello consideramos oportuno el presente apartado.

En contra de que el consentimiento, sea una causa de exclusión del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de

¹⁸⁷ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, Libro 45, Tomo IV, Agosto de 2017, Tribunales Colegiados de Circuito, P. 3225, TRATA DE PERSONAS EN SU MODALIDAD DE OBTENER UN BENEFICIO POR LA EXPLOTACIÓN DE UNA O MÁS PERSONAS MEDIANTE LA PROSTITUCIÓN Y APROVECHANDO UNA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD. ELEMENTO QUE DIFERENCIA A ESTE DELITO DE LA ORGANIZACIÓN LIBRE Y VOLUNTARIA EN EL DESEMPEÑO DEL TRABAJO SEXUAL. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 206/2016. 23 de marzo de 2017. Mayoría de votos. Disidente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Ponente: Ricardo Paredes Calderón. Secretaria: Yoalli Trinidad Montes Ortega.

explotación sexual, previsto en el artículo 10, fracción III, de la LGPSEDMTP, tiene varias ideas, entre ellas:

1. Es un delito que va en aumento tanto a nivel nacional como internacional, cuyas víctimas sufren daños irreparables, las ganancias que produce se encuentran entre las más rentables, por ello buscar cualquier medio es válido para detener, en la medida de lo posible, tal tendencia.
2. Al ser considerado como un delito debe ser estudiado y resuelto con las figuras jurídicas del Derecho Penal.
3. Las penas han aumentado y se han celebrado diversos tratados internacionales.
4. La trata de personas es una problemática social directamente relacionada con la discriminación y aprovechamiento por cuestión de género ya sea por la desigualdad de poder entre géneros en una sociedad que privilegia a los hombres en desventaja para las mujeres o por las condiciones socioeconómicas de éstas, desgarrando el tejido social y por lo tanto se tiene conocimiento que es un mal que debe ser prevenido y erradicado.
5. La LGPSEDMTP prohíbe tajantemente el consentimiento otorgado por la víctima, ello bajo el principio de mayor protección al bien jurídico tutelado.

A favor de que el consentimiento, sea una causa de exclusión del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, previsto en el artículo 10, fracción III, de la ley LGPSEDMTP, tenemos:

1. Empero, no por lo expuesto, se debe siempre inclinar la balanza a favor de las mujeres, sino que el juzgador tiene que efectuar un análisis atendiendo cada asunto en concreto, lo anterior es así, pues si bien como se dijo algunas mujeres son utilizadas sexualmente para obtener un beneficio, también lo es que, existe otro grupo de mujeres que deciden

trabajar ofreciendo sus servicios sexuales ¹⁸⁸, tomando así una postura del feminismo liberal, por diversas circunstancias (como un acto transgresor y liberador, ya sea por gusto o por comodidad, esto es, porque ganan más en menos horas), puntos de vista que son respetables, aunque un sector de la población lo ve como inmoral, lo que lleva a distorsionar algunos aspectos de esta índole.

2. Como lo refiere Marta Lamas, en la última década se ha multiplicado una perspectiva que califica a todas las mujeres que trabajan en el comercio sexual de “víctimas”, pero hoy en día es patente el crecimiento y expansión del comercio sexual, lo que expresa no sólo un fenómeno económico, sino también una transformación cultural. ¹⁸⁹
3. Si bien es cierto que tal conducta es considerada un delito, y por tanto pertenece al Derecho Penal, también es cierto que dicho problema debe atenderse desde diversas arista, pues no se puede utilizar al Derecho Penal como peón que deba resolver todos los problemas que recaen en conductas delictivas, máxime cuando se vulneran diversas figuras jurídicas, como lo es el consentimiento.
4. El Tratado de Palermo, fuente de la LGPSEDMTP, si contempla al consentimiento como causa de exclusión fuera de ciertos supuestos.
5. Que la LGPSEDMTP prohíba tajantemente el consentimiento otorgado por la víctima como causa de exclusión, deviene en contra del principio *in dubio pro reo*.
6. Destacando que, en México, la compraventa de servicios sexuales no está prohibida por la ley, es decir, nada impide que las personas dispongan de

¹⁸⁸ Ejerciendo así la prostitución de manera libre y por personas mayores de edad, plenamente conscientes, puede considerarse como un oficio, puesto que es el intercambio de una labor (sexual) por dinero

¹⁸⁹ Lamas, M. (2015). ¿Prostitución, trata o trabajo? [online] Disponible: <http://www.nexos.com.mx/?p=22354> [Consulta: 3 marzo 2018].

su propio cuerpo, siempre y cuando quien preste ese servicio sea mayor de edad y bajo su derecho de libertad sexual, debiéndose entender por “libertad sexual” (siendo este un derecho natural con el que cuentan las personas) como la facultad para autodefinirse en el ámbito sexual, respetando el libre ejercicio de la sexualidad ajena, lo que significa que las personas podrán realizar la actividad de esta índole que sean de su agrado y preferencia, haciendo a un lado todas aquellas que vayan contra su voluntad.

7. Desde la perspectiva del liberalismo político no hay razón para estar contra el comercio sexual, mientras lo que cada quien haga de su cuerpo sea libremente decidido.
8. Marta Lamas refiere que el comercio sexual tiene dos paradigmas: uno es el que considera que la explotación, la denigración y la violencia contra las mujeres son inherentes al comercio sexual y por lo tanto habría que abolir dicha práctica, y otro el que plantea que tal actividad tiene un rango de formas variadas de desempeño que deberían regularse así como reconocerse los derechos laborales de quienes se dedican a ella. Sin que sean excluyentes la decisión y explotación, autonomía para ciertos aspectos y coerción para otros. No deja de tener presente que “elegir” no implica total autonomía, ni siquiera supone optar entre dos cosas equiparables, sino preferir no un bien, sino el menor de los males.
9. El Estado limita el derecho al trabajo siempre y cuando sea ilícito, instituyendo prohibiciones y requisitos razonables que no contradigan lo que establece el marco nacional e internacional de protección de derechos humanos, sin que vaya en contravención con los derechos adquiridos. Por tanto, atendiendo al principio de derecho que señala que lo que no está prohibido, está permitido, se entiende que en México todo trabajo que no esté prohibido por la ley, debe validarse, siempre y cuando sea libremente escogido, como podría ser la “prostitución”. Lo anterior es así, porque la

Ley Federal del Trabajo en el artículo 8, define “trabajo” como toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio, siendo trabajador la persona física que presta a otra física o moral, un trabajo personal subordinado.

Actividad que puede ser ejercida por elección personal, pues la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su numeral 23, inciso 1, establece:

“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo...”

10. La Constitución protege la libre elección laboral en el ordinal 5 al establecer que ninguna persona podrá impedírsele que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, imponiendo como condiciones que:

- no se trate de una actividad ilícita;
- no se afecten derechos de terceros; y,
- no se afecten derechos de la sociedad en general.

El primer aspecto llevado al trabajo sexual, se encuentra superado, pues no está prohibida la “prostitución” (bajo los supuestos que se citaron con anterioridad), el segundo y tercer punto son complejos, pues depende de la subjetividad, en atención a la calificación moral o descalificación simplista de esos oficios al manifestar que es un trabajo deshonesto que afecta a terceros y a la sociedad, sin embargo estas visiones no se pueden generalizar, por el simple hecho de juzgamientos estereotipados, sin que exista razón constitucional por la que los servidores sexuales se les dé un trato distinto a quienes se dedican a otro oficio. Apoya a lo anterior la tesis intitulada:

LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).- *La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: a) que no se trate de una actividad ilícita; b) que no se afecten derechos de terceros; y, c) que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor de beneficio que obtendría el gobernado.*¹⁹⁰

Máxime que, criminalizar el trabajo sexual por considerarlo degradante no es un objetivo jurídico. La finalidad del Estado no es promover planes

¹⁹⁰ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la novena época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo IX, Abril de 1999, materia Constitucional, página 260.

paternalistas, con miras a hacer ciudadanos virtuosos, pues entra en conflicto con la capacidad de cada individuo de elegir libre y racionalmente los planes de vida y los ideales que mejor le convengan de acuerdo con sus preferencias. La única limitante para la autonomía de la voluntad es el principio de lesividad o daño a los demás, es decir, sólo las conductas que ocasionan daños a terceros pueden ser punibles por el derecho. Además, recientemente se realizó un reporte ¹⁹¹ al respecto, llamado: **En México se usa la Ley contra la trata para cazar personas dedicadas al sexoservicio, acusan ONGs.** ¹⁹²

11. No olvidemos que quienes prestan servicios sexuales, finalmente trabajan por dinero, como lo hace la mayoría de la población, sin que el hecho de dedicarse a ese empleo por sí mismo cause alguna afectación a terceros o a la sociedad. Lo que al parecer molesta del comercio sexual voluntario es que atenta contra el modelo de feminidad.
12. En México no se prohíbe la compraventa de servicios sexuales, también lo es que, se le niega un espacio y se le empuja a la clandestinidad. A pesar de no ser delincuentes, los trabajadores sexuales son percibidos como tales. Si se les concediera legalmente la posibilidad de realizar su trabajo por cuenta ajena, tendrían asegurados derechos laborales y reafirmada su dignidad humana al elegir su plan de vida, esa visibilidad ayudaría a reducir el estigma y normalizar su situación, además de que habría un mayor control de la industria sexual.
13. Actualmente, el debate sobre la mejor regulación del delito de la trata de personas tiene varios defectos: 1) al centrarse en la trata de personas con fines de explotación sexual, empeñequece e invisibiliza otros tipos de

¹⁹¹ *Vid* anexo VIII

¹⁹² Sin embargo.mx, periodismo digital con rigor, jueves, 26 de abril de 2018, 10:25 p.m. [en línea] <http://www.sinembargo.mx/26-04-2018/3412058>. (26 de abril de 2018 3:04 p.m.)

explotación igualmente graves y extendidos; 2) construye estereotipos de género que ponen en riesgo a los varones y **3) borra la distinción entre trata de personas con fines de explotación y el ejercicio libre y consentido del trabajo sexual.** Con el colapso de esta distinción se niega la dignidad humana de quien elige ofrecer servicios sexuales y se impone una moralidad social determinada. Además, se empuja hacia la clandestinidad una práctica legítima y lícita en el ordenamiento mexicano, con consecuencias muy negativas en las condiciones de vida de las personas trabajadoras sexuales, como al estar en la calle solos o solas, corren el peligro de ir a lugares donde les puedan hacer daño, como abusar del servicio sexual acordado o incluso que las maten, por lo que la mayoría de las y los sexo servidores, prefieren hacerlo en un lugar fijo, con alguien que los cuide para no poner en riesgo su vida.

14. Trabajar es un derecho fundamental, el cual debe ser libremente escogido, para obtener un ingreso para su supervivencia y la de su familia, para el crecimiento y desarrollo económico, de elevar el nivel de vida y satisfacer las necesidades, siendo un oficio la “prostitución” o comercio sexual.

Como podemos colegir, la legislación nacional prohíbe el consentimiento otorgado por la víctima como causa de exclusión (principio de mayor protección al bien jurídico tutelado), en tanto que el Protocolo de Palermo permite al consentimiento otorgado por la víctima como causa de exclusión (en ciertos supuestos).

Además de ello, no puede pasar inadvertido el principio de convencionalidad, el cual se traduce a la aplicación de los Tratados Internacionales en los que México sea parte, lo cual acontece en este supuesto toda vez que México forma parte del Protocolo de Palermo. Así pues, “el control de convencionalidad se traduce al examen de un acto o norma y su confrontación con los Derechos Humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, el cual debe ser realizado de

oficio por cualquier autoridad incluyendo las jurisdiccionales, antes de aplicar una norma jurídica, a través de una metodología que se compone de tres pasos: la interpretación conforme en sentido amplio, la interpretación conforme en sentido estricto y la inaplicación de la norma, cuando los anteriores pasos no sean posibles.”¹⁹³

“Las cuestiones de constitucionalidad y convencionalidad suponen que se expongan el contenido, alcance y significado del derecho humano o su garantía de protección que se estime violado, a partir de las normas y principios reconocidos en la Constitución Federal y en los Tratados suscritos por el Estado Mexicano y de su interpretación por parte de la SCJN y de los Órganos Internacionales-Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, otras Cortes Supremas- y los documentos elaborados por Órganos de los Sistemas Americano y Universal de Derechos Humanos; y la confrontación de estos contenidos con el acto, omisión o norma reclamados;

“El control de convencionalidad que realizan los Tribunales Nacionales es de naturaleza difusa, es decir, se realiza durante la tramitación y decisión de cualquier procedimiento o proceso y por cualquier autoridad jurisdiccional (no solo por ella), mientras que el que ejerce la CIDH es de tipo concentrado.

“Los Derechos Humanos contenidos en los instrumentos internacionales y las normas de la Constitución, junto con la jurisprudencia sobre ellos, constituyen un parámetro de regularidad constitucional, es decir, determina la validez de todas las normas y de todos los actos del sistema jurídico mexicano.”¹⁹⁴

Encontramos así dos derechos en conflicto: el de mayor protección al bien jurídico tutelado y el principio de *indubio pro reo*; nosotros consideramos que no

¹⁹³ CAMPUZANO GALLEGOS, Adriana Leticia, Manual para entender el juicio de amparo, Tercera Edición, Editorial Thomson Reuters, México, 2017, p. 14

¹⁹⁴ *Ibidem* p. 45

podemos tener un criterio general, pues de acuerdo al caso, debe prevalecer uno del otro, verbigracia, si el consentimiento se obtuvo a través de los medios señalados en el Protocolo de Palermo, debe prevalecer el principio de mayor protección al bien jurídico, toda vez que se ha causado una afectación al bien jurídico tutelado y la víctima debe tener la mayor protección. Sin embargo, si dicho consentimiento se obtuvo fuera de esos supuestos, debe prevalecer el principio de *indubio pro reo* y permitírsele al sujeto activo la aplicación de dicha causa de exclusión. Lo cual es jurídicamente válido, reiteramos, por el principio de convencionalidad, pues se puede realizar un control difuso y dejar de aplicar la LGPSEDMTP, opinión que nosotros compartimos pues en tal supuesto es viable el consentimiento como causa de exclusión del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, postura que es acorde al tema de investigación y en la cual nos encontramos.

La determinación señalada en el artículo 40 de la LGPSEDMTP, la cual no se comparte, pues de acuerdo a las reformas constitucionales en materia de derechos humanos publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el diez de junio de dos mil once, en la cual hay un reconocimiento de la **progresividad** de los derechos humanos, asimismo la ampliación de los derechos que significa la concreción de algunas cláusulas constitucionales, aunado a la obligación expresa de observar los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano, con miras hacia la **justiciabilidad** y **eficacia** de los derechos que, a la postre, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona.

Por lo que, una vez incorporados a la Ley Suprema de la Unión, en términos de lo dispuesto por el artículo 133 Constitucional, los Tratados Internacionales suscritos por México, comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional y bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por éstas al emitir los actos que de acuerdo a sus facultades legales y ámbito de competencia le correspondan.

En esta línea de pensamiento, es dable sostener que tratándose de derechos humanos, los tribunales del Estado Mexicano se encuentran obligados a ejercer el “**control de convencionalidad**” entre las normas jurídicas internas y las supranacionales.

De tal manera, los derechos sexuales establecen que toda persona tiene la facultad de ejercer libremente su sexualidad, tomando el control de su propio cuerpo y nadie debe sufrir discriminación por ello.

Siendo plausible establecer que, la “prostitución” se puede ejercer cuando:

- 1) El trabajador sexual ha actuado con plena capacidad y voluntad;
- 2) No hay inducción a la “prostitución”;
- 3) La actividad se desarrolla bajo condiciones de dignidad y libertad.
- 4) Exista subordinación limitada, continuidad y pago de una remuneración previamente definida.

En caso contrario a lo establecido, su transgresión y aprovechamiento que terceras personas hagan del servicio sexual, sí está penalizado.

En esa tesitura, la doctrina precisa que la “prostitución”, no es un delito, si no está orientando al beneficio económico, asimismo la prostitución es la relación sexual de cualquier tipo realizada a cambio de una retribución económica, lo cual no es delito, pues es un acto propio de la esfera de la libertad del individuo; se entiende por “prostitución” la entrega sexual o carnal a cambio de precio; al comercio carnal o venta de favores sexuales, al comercio que hace la mujer con su cuerpo, entregándolo a los hombres por dinero. Por tanto, no toda “prostitución” es forzada, pues algunas personas eligen libremente esta actividad como trabajo.

4.5 Propuesta de reforma a la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos.

Hemos decidido colocar este apartado con el firme propósito de lograr acercar el significado teleológico del delito de trata de personas en la modalidad multicitada, pues insistimos, derivado de la falta de técnica legislativa, de las diversas interpretaciones que se pueden realizar de la actual legislación, y de las serias contradicciones con los pactos internacionales, resulta relevante poder acercarnos lo mejor posible a lo que realmente se busca proteger en el delito citado, que se puede, y que no se puede realizar, hasta donde inicia un derecho y culmina el otro, ergo, proponemos la reforma al artículo 40 de la LGPSEDMTP.

Exposición de motivos de la reforma al artículo 40:

Del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo) se infiere que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación, siendo estas, como mínimo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado, siendo estos medios la amenaza, el uso de la fuerza, otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. De lo anterior encontramos:

Premisa mayor: La forma de explotación en la modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.

Premisa menor: Cuando se utilicen como medios la amenaza, el uso de la fuerza, otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso

de poder, una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios

Conclusión: No se tendrá en cuenta el consentimiento dado por la víctima.

Ergo, si se realiza una interpretación a *contrario sensu*, se obtiene que cuando la forma de explotación en la modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, y en la cual no se utilicen como medios la amenaza, el uso de la fuerza, otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o beneficios, el consentimiento dado por la víctima se tendrá en cuenta.

No obstante lo anterior, existe discrepancia con la LGPSEDMTP, pues en su artículo 40 señala:

Artículo 40. El consentimiento otorgado por la víctima, cualquiera que sea su edad y en cualquier modalidad de los delitos previstos en esta Ley no constituirá causa excluyente de responsabilidad penal.

Cuestión que dista de lo establecido por el Protocolo de Palermo, pese a que en la exposición de motivos de la LGPSEDMTP se mencionó:

En ningún caso el Bien Jurídico es disponible para la víctima, por lo que no puede considerarse el consentimiento como excluyente de la conducta delictiva, mucho menos si se trata de una persona menor de edad. Así fue aceptado por México en la firma del Protocolo de Palermo pero en ningún caso ninguna legislación lo establecen así.

Lo cual resulta parcialmente cierto, pues el tratado de Palermo señala en que supuestos el consentimiento no se tendrá en cuenta, en tanto que la LGPSEDMTP coarta tajantemente dicha figura jurídica para el delito de trata de personas en cualquiera de sus modalidades.

Encontramos aquí una contradicción, la cual, en términos del artículo 133 de nuestro pacto federal, del convencionalismo y bajo la figura de *indubio pro reo*, debemos interpretar y apegarnos a la legislación que más favorezca al probable

responsable del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, lo cual, y para lograr una armonía en el sistema jurídico mexicano en relación con los diferentes tratados en los que México es parte, se propone reformar el artículo 40 de la LGPSEDMTP.

Ello no deviene en perjuicio del sistema jurídico nacional, ya que dentro de nuestro marco normativo, existe la organización en el trabajo sexual, como una manifestación más de que constituye una forma de trabajo y quienes lo ejercen lo hacen libre y voluntariamente, en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos.

Por lo anterior, se propone reformar el artículo 40 de la LGPSEDMTP en los términos siguientes:

Artículo 40. El consentimiento otorgado por la víctima, cualquiera que sea su edad y en cualquier modalidad de las señaladas en el artículo 10 de la presente ley, a excepción de la fracción III, no constituirá causa excluyente de responsabilidad penal.

Para que el consentimiento constituya una causa excluyente de responsabilidad penal respecto a la fracción III, artículo 10 de la presente ley, se requiere acreditar:

- 1) Que no se utilizaron como medios para obtener el consentimiento el engaño, la amenaza, la violencia física, moral o psicológica, el uso de la fuerza, otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al abuso de poder, daño grave o amenaza de daño grave, el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, las adicciones, una posición de jerarquía o de confianza la concesión o recepción de pagos o beneficios, salvo que en este último caso se trate de un reflejo de la organización en el trabajo sexual, como una manifestación más de que constituye una forma de trabajo.

- 2) Que quienes ejerzan dicho trabajo sexual lo hagan de manera libre y voluntariamente, en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo.
- 3) Que en esa libertad de autodeterminación en el ejercicio y organización de dicha actividad, pueda entrar y salir libremente del lugar o establecimiento en que realiza dicho trabajo sexual, que bajo ninguna circunstancia podrá vedarse el derecho de permanecer, recorrer o salir del país, ni la medida en que la persona tendrá libertad para dejar el trabajo o la medida en que la persona tendrá la posibilidad de salir de su lugar de residencia, o si se alega que la persona ha contraído o contraerá una deuda en relación con el acuerdo, así como establecerle horarios, la naturaleza, la frecuencia, tarifas o cuotas obligatorias y fijas y demás condiciones específicas, o cualquier circunstancia que vulnere el libre desarrollo de la personalidad, presumiéndose por tal a cualquier manifestación de la víctima en que se le haya obligado a ejecutar alguna actividad o condición que no quería realizar.
- 4) Que la persona que realiza dicha actividad sea mayor de edad, que tenga la capacidad para comprender el significado del hecho y que no padezca trastorno temporal o permanente
- 5) Que dicho consentimiento se realice de manera expresa, sin que sea permitido presumir que de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo.
- 6) Que las personas que realicen dichas actividades estén inscritas ante alguna institución de seguridad social, en términos de la legislación aplicable.

Reiteramos, nuestra postura encuentra cabida en nuestro sistema jurídico mexicano; desde el punto de vista social ubicamos posturas encontradas

respecto de la prostitución, sin embargo, no consideramos que penalizar y coartar ciertas figuras del Derecho Penal resuelva el problema del fondo, el cual se traduce a que las personas puedan ejercer libre y voluntariamente, en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos, la prostitución, pues habrá situaciones en las que para ejercer dicha actividad deban recurrir a otros sujetos, los cuales también en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo pueden prestar determinada actividad, verbigracia, se trata de un reflejo de la organización en el trabajo sexual, como una manifestación más de que constituye una forma de trabajo, ello siempre y cuando no se vulnere el libre desarrollo de la personalidad, lo cual acontecería si se recurre a las hipótesis señaladas por el Protocolo de Palermo para obtener el consentimiento; pues de la redacción del citado protocolo no se desprende como requisito o condición para la actualización del supuesto en análisis que el consentimiento no sea válido fuera de los supuestos ya definidos, por lo cual no es dable que a través de una interpretación a este se adicione en la LGPSEDMTP nuevos requisitos, condiciones o limitaciones para la procedencia del consentimiento, pues ello sería en detrimento del derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Máxime que la tutela efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiendo de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismo o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial efectiva. Lo anterior, en atención a que con apoyo en los principios *pro homine e indubio pro actione*, debe buscarse la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano.

Puntualizando lo anterior, se puede concluir que, si bien el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual se encuentra regulado por la LGPSEDMTP; no por ello, en términos de

convencionalidad, deja de actualizarse el supuesto del consentimiento previsto en el Protocolo de Palermo (interpretación a *contrario sensu*), pues como se mencionó, para la procedencia del consentimiento, el citado Protocolo establece que el mismo no se obtenga en determinadas hipótesis, en tanto que las mismas afectan el bien jurídico tutelado de libre desarrollo de la personalidad, lo cual no acontece cuando nos adecuamos a diversas hipótesis y consecuentemente da lugar a la existencia del consentimiento como causa de exclusión del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, previsto en el artículo 10, fracción III, de la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delito.

Finalmente consideramos que el propósito del trabajo se cumplió, pues derivado del estudio ponderado que realizamos del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en relación con lo señalado por el artículo 40 de la citada ley y del Protocolo de Palermo, acreditamos que es viable el consentimiento en determinados supuestos e incluso plasmamos una propuesta de reforma, lo cual es jurídicamente válido, por ello discurrimos que el objetivo del trabajo se cumplió, y lo damos como plenamente concluido.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito es ante todo una conducta humana, dentro de la cual se pueden incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo.

SEGUNDA.- La tipicidad es la correspondencia univoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito.

TERCERA.- El Bien Jurídico Penal es el concreto interés individual o colectivo, de rango social, protegido en el particular tipo legal. El bien jurídico es, en nuestra opinión, el elemento esencial del tipo.

CUARTA.- Lo antijurídico es objetivo: liga el acto con el Estado. Por eso, como veremos, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, **SINO EL DEBER DE NO VIOLAR LAS NORMAS.**

QUINTA.- Las causas de justificación cumplen una función político-criminal, pues a través de ellas el legislador pretende solucionar aquellos supuestos en que las circunstancias obligan a justificar una conducta prohibida que lesiona a un bien jurídico tutelado (conducta-típica). Cuando falta la antijuricidad no hay delito, el hecho se justifica, es decir, que hay una causa de justificación, también llamadas "causas de exclusión del injusto".

SEXTA.- El consentimiento excluye al delito porque se le considera causa de exclusión de la tipicidad de la conducta, o el delito queda excluido porque dicho consentimiento justifica la conducta del sujeto activo. Lo anterior no ha sido aclarado por el legislador penal. En resumen, el consentimiento tiene plena eficacia, porque en ellos el legislador quiere proteger, única y exclusivamente, la libre disposición del titular de un bien jurídico y evitar aquellas conductas que atentan contra su voluntad, sin importar el objeto en sí mismo.

SÉPTIMA.- La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizado, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce; luego la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

OCTAVA.- El bien jurídico tutelado en el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, es el libre desarrollo de la personalidad, así como el desarrollo de las personas menores e incapaces en los supuestos en que el tipo exige que la víctima sea menor de edad, como acontece en los artículos 13, segundo párrafo, 16, 17 y 18 de la LGPSEDMTP

NOVENA.- En el delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, el elemento subjetivo específico es el ánimo y finalidad de beneficiarse económicamente. Por lo cual, si la finalidad no fuera el beneficio económico, estaríamos ante la falta de un elemento subjetivo específico y consecuentemente ante una atipicidad.

DÉCIMA.- En la LGPSEDMTP se estableció que **en ningún caso el Bien Jurídico es disponible para la víctima, por lo que no puede considerarse el consentimiento como excluyente de la conducta delictiva, mucho menos si se trata de una persona menor de edad. Así fue aceptado por México en la firma del Protocolo de Palermo pero en ningún caso las legislaciones lo establecen así.** Lo cual no es precisamente correcto, ya que ciertamente el Protocolo de Palermo estableció las hipótesis en las cuales no sería tomado en cuenta el consentimiento, pero nunca estableció que en todos los casos, en todos los supuestos, no sería considerado el consentimiento. Grave error para el legislador Mexicano, pues fue una de sus premisas al momento de reiterar que **así fue aceptado por México en la firma del Protocolo de Palermo.**

DÉCIMA PRIMERA.- En el modelo de Estado en que vivimos, los bienes jurídico-penales se protegen porque se busca la autorrealización del individuo. Sobre la base de ello, la autora sostiene que todos los bienes jurídico-penales individuales son disponibles, siendo el consentimiento una causa de atipicidad de la conducta.

DÉCIMA SEGUNDA.- Se descartará la punibilidad de cualquier hecho que, a pesar de generar una disfuncionalidad en el sistema, no afecte las posibilidades de autorrealización del individuo, puesto que una posición contraria podría llevar

a proteger valores morales, estrategias políticas, o dar cabida a puntos de vista totalitarios. Esta referencia a la autorrealización del individuo, a diferencia de la dañosidad social, es específica de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal, no requiriéndose para el resto de conductas dañosas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, condiciéndose plenamente con lo expresamente regulado en la norma constitucional.

DÉCIMA TERCERA.- La protección de un bien jurídico penal debe necesariamente responder a la consecución de la autorrealización de las personas, resulta indudable que éste cumple una función de límite al legislador, lo que le hace conformarse como un concepto crítico con la legislación. Así, son ilegítimas las normas penales exclusivamente motivadas por ideologías, o las que exclusivamente sancionan ilicitudes morales, o las que protejan meros sentimientos, o las que protegen meros tabúes, entre otras.

DÉCIMA CUARTA.- La dimensión crítica del bien jurídico supone también un rechazo al paternalismo estatal injustificado, que implica un exceso en la actuación del Estado que atenta contra la autonomía de la voluntad de sus miembros y que, en lugar de promover o viabilizar la autorrealización del individuo, crea obstáculos para su desarrollo. El paternalismo injustificado desnaturaliza la función que el Estado debe cumplir: propiciar un libre desarrollo de las personas, más aún cuando las mismas se encuentran plenamente capacitadas para autodeterminarse.

DÉCIMA QUINTA.- En tal sentido, a partir de la distinción entre ambos conceptos –acuerdo y consentimiento–, respecto de la ubicación sistemática del consentimiento podemos distinguir dos líneas doctrinales: (I) una primera, que considera que, dependiendo del caso, el consentimiento puede conformar una causa de atipicidad o una causa de justificación (teoría diferenciadora); y, (II) una segunda, que, en todos los casos y sin ninguna excepción, entiende al consentimiento como acuerdo, es decir, como una causa de atipicidad (teoría unitaria).

DÉCIMA SEXTA.- EL CONSENTIMIENTO CONSTITUYE EN TODOS LOS CASOS UNA CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL TIPO –ATIPICIDAD–, POR NO GENERAR LESIÓN O PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO

DÉCIMA SÉPTIMA.- Conforme se dejó sentado, la dignidad entraña ineludiblemente la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que le rodea, por lo que son la autonomía, la libertad y la posibilidad de elegir que en ella se asientan el medio para alcanzar la autorrealización personal del ser humano.

DÉCIMA OCTAVA.- Todos los bienes jurídico-penales individuales no sólo protegerán el sustrato material que los conforma, sino también la posibilidad de disposición –elección– por parte del individuo sobre los mismos; es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación, que es presupuesto de la dignidad. Esta libertad de elección es lo que legitima al individuo a disponer de los bienes jurídicos que son protegidos para alcanzar su realización personal, lo que hace que el consentimiento sobre un bien jurídico individual constituya una causa de exclusión del tipo –no existe disvalor de acción, ni disvalor de resultado–, y no una causa de justificación..

DÉCIMA NOVENA.- El consentimiento sobre un bien jurídico personal excluirá de plano la comisión de un delito, no llegando a ser la conducta siquiera típica, por no haberse afectado interés o valor protegido por el Derecho Penal: sólo se podrá afectar un bien jurídico- penal cuando el titular del mismo considere que existe una afectación o peligro de afectación a su autorrealización; caso contrario, la intervención penal no tendrá mayor sentido.

VIGÉSIMA.- Sobre los bienes jurídicos individuales, la regla general será que el sujeto, titular del bien jurídico protegido, pueda consentir libremente, eligiendo, conforme con su propia ética personal, si realiza o no determinada conducta que pueda afectarlo o ponerlo en peligro, no siendo tolerada ninguna fórmula paternalista por parte del Estado, el que no tendrá justificada su actuación ni

podrá imponer “modelos éticos o morales” ajenos para el titular del bien jurídico protegido.

VIGÉSIMA PRIMERA.- El requisito en materia de elemento subjetivo que se exige en un caso de trata de personas es que la persona haya cometido el acto o actos materiales con intención de que la víctima sea “explotada” (según lo defina la legislación interna contra la trata de personas del país). Reiteremos que Los “fines de explotación” son un elemento subjetivo de *dolus specialis*:

VIGÉSIMA SEGUNDA.- El Protocolo contra la trata de personas no define la explotación, pero enumera una lista exhaustiva de formas de explotación: esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

VIGÉSIMA TERCERA.- El apartado *b*) del artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas enuncia que el consentimiento de una víctima de la trata de personas a la explotación pretendida no hace al caso si se ha demostrado que se ha recurrido a engaño, coacción, fuerza u otros medios prohibidos. Así pues, el consentimiento no puede invocarse como defensa para absolver a alguien de su responsabilidad penal. En los casos de trata que afectan a niños, el Protocolo contra la trata de personas estipula que se considera trata de personas con independencia de que se utilicen medios prohibidos. Si el consentimiento se obtiene a través de cualquiera de los medios prohibidos, o sea, amenazas, fuerza, engaño, coacción o abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, el consentimiento no es válido. La cuestión del consentimiento es compleja, porque el consentimiento puede revestir muchas formas. El consentimiento carece de validez si se obtiene recurriendo a medios indebidos.

VIGÉSIMA CUARTA.- El derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la libertad general de actuar y, evidentemente, que esa facultad pueda ejercerla el

individuo en cualquier ámbito, pues el hombre actúa en diferentes espacios: social, político, económico, afectivo. De ahí que el núcleo esencial de este derecho proteja la libertad de acción; es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.

VIGÉSIMA QUINTA.- El libre ejercicio de la prostitución como fin y medio laboral, no debe estar limitado por legislación alguna, pues atentaría contra el libre desarrollo de la personalidad, ergo, no existe en contra de ello alguna pena o consecuencia jurídica, salvo la vía administrativa, y so pena de queja vecinal. Reiteramos, cuestión que no acontece cuando dicha actividad no se realiza libremente, pues evidentemente nos colocamos en la conducta típica del delito de trata de personas.

VIGÉSIMA SEXTA.- Consideramos que el libre desarrollo de la personalidad es un bien jurídico disponible, cuando se vincula con el libre ejercicio laboral como proyecto de vida.

VIGÉSIMA SEPTIMA.- Si el consentimiento se obtuvo a través de los medios señalados en el Protocolo de Palermo, debe prevalecer el principio de mayor protección al bien jurídico, toda vez que se ha causado una afectación al bien jurídico tutelado y la víctima debe tener la mayor protección, no existiendo el consentimiento como causa de exclusión del delito. Sin embargo, si dicho consentimiento se obtuvo fuera de esos supuestos, debe prevalecer el principio

de *indubio pro reo* y permitírsele al sujeto activo la aplicación de dicha causa de exclusión.

VIGÉSIMA OCTAVA.- Las personas pueden ejercer libre y voluntariamente, en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos, la prostitución, derivado de ello habrá situaciones en las que para ejercer dicha actividad deban recurrir a otros sujetos, los cuales también en ejercicio del derecho humano a la libertad de trabajo pueden prestar determinada actividad, verbigracia, se trata de un reflejo de la organización en el trabajo sexual, como una manifestación más de que constituye una forma de trabajo, ello siempre y cuando no se vulnere el libre desarrollo de la personalidad, lo cual acontecería si se recurre a las hipótesis señaladas por el Protocolo de Palermo para obtener el consentimiento.

VIGÉSIMA NOVENA.- No es dable que a través de una interpretación al Protocolo de Palermo se adicione en la LGPSEDMTP nuevos requisitos, condiciones o limitaciones para la procedencia del consentimiento, pues ello sería en detrimento del derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Máxime que la tutela efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiendo de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismo o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial efectiva. Lo anterior, en atención a que con apoyo en los principios *pro homine* e *indubio pro actione*, debe buscarse la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano.

TRIGÉSIMA.- En la última década se ha multiplicado una perspectiva que califica a todas las mujeres que trabajan en el comercio sexual de “víctimas”, pero hoy en día es patente el crecimiento y expansión del comercio sexual, lo que expresa no sólo un fenómeno económico, sino también una transformación cultural.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- En México, la compraventa de servicios sexuales no está prohibida por la ley, es decir, nada impide que las personas dispongan de su propio cuerpo, siempre y cuando quien preste ese servicio sea mayor de edad y bajo su derecho de libertad sexual, debiéndose entender por “libertad sexual” (siendo este un derecho natural con el que cuentan las personas) como la facultad para autodefinirse en el ámbito sexual, respetando el libre ejercicio de la sexualidad ajena, lo que significa que las personas podrán realizar la actividad de esta índole que sean de su agrado y preferencia, haciendo a un lado todas aquellas que vayan contra su voluntad.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Desde la perspectiva del liberalismo político no hay razón para estar contra el comercio sexual, mientras lo que cada quien haga de su cuerpo sea libremente decidido.

TRIGÉSIMA TERCERA.- Criminalizar el trabajo sexual por considerarlo degradante no es un objetivo jurídico. La única limitante para la autonomía de la voluntad es el principio de lesividad o daño a los demás, es decir, sólo las conductas que ocasionan daños a terceros pueden ser punibles por el derecho.

TRIGÉSIMA CUARTA.- En México no se prohíbe la compraventa de servicios sexuales, también lo es que, se le niega un espacio y se le empuja a la clandestinidad. A pesar de no ser delincuentes, los trabajadores sexuales son percibidos como tales. Si se les concediera legalmente la posibilidad de realizar su trabajo por cuenta ajena, tendrían asegurados derechos laborales y reafirmada su dignidad humana al elegir su plan de vida, esa visibilidad ayudaría a reducir el estigma y normalizar su situación, además de que habría un mayor control de la industria sexual.

TRIGÉSIMA QUINTA.- Actualmente, el debate sobre la mejor regulación del delito de la trata de personas tiene varios defectos: 1) al centrarse en la trata de personas con fines de explotación sexual, empañequece e invisibiliza otros tipos de explotación igualmente graves y extendidos; 2) construye estereotipos de

género que ponen en riesgo a los varones y **3) borra la distinción entre trata de personas con fines de explotación y el ejercicio libre y consentido del trabajo sexual.** Con el colapso de esta distinción se niega la dignidad humana de quien elige ofrecer servicios sexuales y se impone una moralidad social determinada.

TRIGÉSIMA SEXTA.- Trabajar es un derecho fundamental, el cual debe ser libremente escogido, para obtener un ingreso para su supervivencia y la de su familia, para el crecimiento y desarrollo económico, de elevar el nivel de vida y satisfacer las necesidades, siendo un oficio la “prostitución” o comercio sexual.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- La Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delito, debe ser reformada, por ser jurídica y socialmente valido, en la cual se establezca al consentimiento como excluyente del delito de trata de personas en su modalidad de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, cuestión que puede acontecer en determinados supuestos, pues la actual redacción de la ley de la materia es obsoleta y confusa, generando con ello no resolver el problema del fondo.

ANEXOS

Para visualizar los Anexos se debe escanear el siguiente cubo QR:



O bien, dirigirse a cualquiera de los siguientes enlaces:

<https://bit.ly/2ljrwr>

<https://drive.google.com/file/d/1OnOghWFAsfRWvyGGobsW0TXr-C6vbL9L/view?usp=sharing>

Adicionalmente se agrega un CD con el archivo de los Anexos.

Contenido

Anexo I

Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados; Abroga la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas y Reforma Diversas Disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código Civil Federal, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad. 1

Anexo II

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)..... 34

Anexo III

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y Protocolo Final..... 51

Anexo IV

Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, Firmado en París el 18 de Mayo de 1904, Enmendado por el Protocolo Firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949 62

Anexo V

Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, Firmado en París el 4 de mayo de 1910, Enmendado por el Protocolo Firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949 66

Anexo VI

Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores 74

Anexo VII

Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad* 77

Anexo VIII

En México se usa la Ley contra la trata para cazar personas dedicadas al sexoservicio, acusan ONGs 81

Anexo I

Iniciativa con Proyecto de Decreto que expide la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados; Abroga la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas y Reforma Diversas Disposiciones del Código Penal Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código Civil Federal, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley de la Policía Federal, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad.

Durante siglos el comercio y el sometimiento de personas para ser explotadas de múltiples formas en condiciones de esclavitud o análogas a ella, han sido moneda corriente.

Trata de Personas y Esclavitud son dos figuras indisolubles y complementarias que constituyen delitos aberrantes. Significan gravísimas violaciones de los Derechos Humanos que producen efectos degradantes para la dignidad y salud física y mental de las personas y generan marcas indelebles al tejido social.

El comercio de personas se ha tipificado y desarrollado como delito en el orden jurídico internacional bajo el concepto de “trata”. Consecuentemente se aplica el concepto “tratante” a quienes la practican, es decir, no a quienes explotan y aprovechan el trabajo de estas personas, sino a quienes las consiguen, someten y comercian para ser explotadas.

La trata de personas se reconoció como delito en el orden jurídico internacional por primera vez en la última década del Siglo XIX cuando los países europeos, preocupados por el tráfico de mujeres blancas a sus colonias para fines sobre todo de explotación sexual y de matrimonios forzados, firmaron un convenio multilateral para combatir la trata de [mujeres] Blancas.

En este convenio fue suprimida, quizás por pudibundez, toda alusión a los fines del comercio de estas personas, mientras que tanto en los países de origen como de destino de este comercio, comenzó a castigarse de manera separada el Lenocinio y otras formas de explotación derivadas de la actividad de trata, sin amarrar esta explotación a los medios con que han sido captadas para este fin, ya por los mismos captores, ya por otros sujetos con quienes aquellos las comercian.

La esclavitud, que como institución comenzó con diferentes ritmos a ser declarada abolida a fines del Siglo XVIII, sólo comenzó a considerarse como delito en el orden jurídico internacional después de la Primera Guerra Mundial, igualmente sin amarrarla al sometimiento y comercio con que se pone a las personas en esta circunstancia.

Hoy, a pesar de haberse proscrito y establecido como delito en el orden jurídico internacional, sigue vigente tanto en sus formas tradicionales como en formas análogas, alimentando economías regionales, nacionales y de grandes grupos financieros y sin ser parte como tal de la legislación penal en prácticamente ningún país del mundo.

Respecto al sometimiento y comercio de personas, de “trata de Blancas” el concepto evolucionó al de “trata de personas”, que el Artículo 5º del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, mejor conocido como “Protocolo de Palermo”, firmado en diciembre de 2000 junto con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificados por nuestro país en 2003, define en los siguientes términos:

- a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el

consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.”

Condiciones que facilitan y propician la trata de personas

La trata de Personas -como el Tráfico de personas, el Narcotráfico y el Tráfico de Armas- supone la existencia de organizaciones locales, regionales, nacionales y transnacionales muy estructuradas, bien financiadas y apoyadas, pero a diferencia de aquellas actividades delictivas, que venden sus productos una sola vez, el tratante de Personas mismo o el explotador al que las vende, vende a las víctimas repetidamente, obteniendo ganancias superiores con riesgos mucho menores.

Este delito, como aquellos, encuentra sus mejores espacios donde predominan entramados de marginación, desigualdad, corrupción, vacíos legales y condiciones culturales que la favorecen o invisibilizan e involucra formas de violencia física, mental, emocional y moral para la captación, comercio y explotación de las víctimas no conocidas antes, que han hecho que algunos instrumentos internacionales y legislaciones nacionales la consideren delito de lesa humanidad.

Es producto de un sistema económico perverso y excluyente que afecta, sobre todo, a los sectores sociales más vulnerables. Sus víctimas lo son por partida triple: de un sistema que las condena a la marginalidad, de quienes construyen medios para aprovechar esta condición para captarlas, someterlas y esclavizarlas, y de una sociedad y un sistema de justicia que las ignoran y prefieren voltear la cara para no verlas, y si las ven, negarlas.

Afecta cada año a unas 3.5 millones de personas, especialmente a mujeres, 90% de ellas adolescentes y niñas. Llega al inicio de la segunda década del siglo XXI siendo en el mundo el segundo ilícito en aportación de recursos al crimen organizado: más de 42 mil millones de dólares anuales, segundo entre los negocios ilícitos más lucrativos, por debajo sólo del narcotráfico, al que se espera que pronto supere, y por encima del tráfico de armas.

Las víctimas típicamente -aunque no solo-, son personas en situación de vulnerabilidad derivadas de condiciones de pobreza, de déficits educativos y culturales, que viven en entornos con condiciones de limitaciones severas de oportunidades de sobrevivencia o desarrollo, en cuyos contextos perviven ambientes culturales proclives a la emigración como medio para alcanzar modelos aspiracionales que les permiten considerar asumir riesgos y creer en promesas que eventualmente les permitirían alcanzar estos modelos en espacios temporales cortos.

Las condiciones que la hacen posible e incentivan constituyen un abanico muy amplio de situaciones de vulnerabilidad de las sociedades y de las personas mismas en todas las regiones y países, entre los que son trasladadas de su lugar de origen a otros con mayores índices de desarrollo con el fin de ser comerciadas.

El entorno mediático y cultural que vivimos incentiva que las víctimas tiendan a ser personas de edades cada vez más tempranas y, por ello, cada vez más vulnerables. A pesar de los esfuerzos por combatir el fenómeno, la trata de Personas se agrava con el agravamiento de las condiciones estructurales y culturales que la propician, y se acrecienta cuando las propias víctimas, frente a

estas condiciones, “optan” por tomar riesgos, creer promesas y someterse a prácticas de esclavismo.

Fenomenología del delito de trata de personas:

En los términos de la definición del Protocolo de Palermo, la trata de Personas implica, además de la captación de las víctimas, su traslado, la privación parcial o total de su libertad de movimiento y su explotación. Cada una de estas acciones puede adoptar múltiples formas, violentas o sutiles, que generalmente, constituyen cadenas de delitos que se van acumulando, entre los cuales es fácil perderse o invisibilizar para la sociedad el delito central, pero también para las autoridades que lo persiguen y sancionan.

La captación de las víctimas (mas sencillamente, su secuestro, si por éste se entiende básicamente el acto a través del cual alguien priva de manera ilegal a otro de su libertad, con el fin de lograr algún tipo de beneficio mediante la amenaza o el chantaje a la propia víctima o a personas o instituciones allegadas), puede ocurrir por multitud de formas que pueden o no suponer que hayan sido forzadas o inducidas a consentir en él, que tienen como propósito desarraigar a la víctima de su comunidad o separarla de sus grupos de pertenencia, tales como raptos, chantaje, amenazas a la persona o a personas cercanas a ella, engaño, inducción por enamoramiento...

El traslado puede ocurrir dentro de un país o entre países. En este segundo caso la internación de la víctima en el país de destino puede ocurrir por vías legales, incluso haciendo la víctima sus propios trámites migratorios. En cualquier caso, al llegar a su punto de destino las víctimas suelen ser sometidas por medio de amenazas, coacción, chantaje, violencia y algún grado de privación de su libertad de movimiento que puede llegar a ser absoluto, para que acepten ser explotadas con el fin de pagar “deudas” contraídas con sus captores, en contextos que inhiben la capacidad de escapar debido a condiciones de aislamiento, de

desconocimiento del lugar, del idioma, de las leyes y de los medios para acudir a las autoridades en busca de protección.

La explotación de las víctimas puede ser con fines sexuales, laborales, de servidumbre, bélicos, para tráfico de órganos o tejidos, entre otros, y adoptar formas variadas que no respetan género ni edad, como prostitución forzada, pornografía, turismo sexual, pedofilia; matrimonios forzados, adopción fraudulenta; explotación en la industria de la construcción, fábricas, minas, labores agrícolas, pesca, trabajo doméstico, mendicidad; leva de soldados cautivos; extracción de órganos para venta, embarazos forzados, vientres de alquiler...

Típicamente, cuando no es a partir del secuestro o el chantaje, el delito inicia con el contacto de un miembro de una banda con una víctima potencial -siempre personas con algún tipo de situación de vulnerabilidad- de la que se gana su confianza personal y a veces familiar; genera con ella relaciones de diverso tipo a partir de las cuales le ofrece vida en común u oportunidades formativas o laborales atractivas fuera de su entorno, apoyado muchas veces por agencias-fachada físicas o virtuales, que arreglan lo necesario para consolidar la confianza y facilitar o realizar el traslado.

La víctima, estimulada por escapar de sus circunstancias personales o sociales suele aceptar las propuestas y proyectos del tratante para concretarlas, con lo cual se comienzan a generar deudas tangibles o intangibles, y con ello se desata una cadena de circunstancias de dependencia que más adelante se esgrimirán como pretexto para forzar o justificar el sometimiento a la explotación que se exigirá.

Trasladada la víctima es recibida por la misma u otras personas con las que se comienzan a generar otras deudas que derivan de alojamiento, alimentación, vestido, transporte, etc., y a partir de allí se plantea la exigencia de someterse a las actividades para las que fue realmente llevada, realizada muchas veces la explotación en el mismo sitio en que se le sitúa para vivir, con el fin de restarle movimientos.

Inicia así un camino de difícil retorno que se sostiene mediante un control físico y mental sobre la víctima, apoyado por la exigencia de cumplimiento de una deuda siempre en incremento, la violencia física, mental, moral y emocional, la intimidación y amenazas sobre su integridad, la de sus familiares y amigos o de deportación o encarcelamiento cuando se trata de trata Internacional.

Es claro ver en este proceso típico, cómo a cada momento se van actualizando diferentes hipótesis de delitos que, a su vez, se van combinando a otras conductas del tratante, del explotador y de la víctima que, al entrelazarse, van configurando delitos relacionados e incluso, para observadores u operadores de la Ley no avisados, hipótesis de exclusión de responsabilidad para los sujetos activos o para la culpabilización de las víctimas por la comisión de conductas inducidas o forzadas.

Este entramado de elementos objetivos y subjetivos hace de éste un delito muy complejo, que es necesario estudiar y conocer en toda su crudeza para contrarrestarlo con legislaciones y medidas enérgicas que eviten el dolor de quienes la padecen.

El resultado de las condiciones a que son sometidas las víctimas de trata de Personas, invariablemente es generar daños tales que, si logran escapar del mundo aberrante a que son reducidas, les restan fuerza y condiciones para denunciar, hablar, enfrentar procesos contra sus victimarios y para su reinserción a la sociedad. Esta disminución personal se ve reforzada por el temor, casi siempre fundado, de ser sometidas a procesos de revictimización y ser consideradas por las autoridades y la sociedad como meros delincuentes, transgresores, parias que merecen ser detenidos, procesados, señalados, marginados, deportados. Sancionados de cualquier forma.

La manera en que ocurre el proceso de trata, las condiciones a que son sometidas y los temores señalados hacen que muchas veces, las más, las víctimas no se asuman como tales: el trabajador migratorio prefiere condiciones de explotación que le generen algún recurso, por mínimo que sea, que su empobrecida libertad en su lugar de origen; las víctimas de explotación sexual

difícilmente aceptan haber sido engañadas o chantajeadas por enamoramiento, y así sucesivamente, creando un nuevo manto de impunidad que es necesario enfrentar con la adecuación de la ley a las características del fenómeno y la adecuación del proceso penal a las condiciones especiales de este delito, así como medidas de prevención y de atención adecuada a las víctimas.

La trata de Personas para fines de explotación laboral:

El fin más conocido -aunque no el más extendido- de la trata de Personas, es aquel que destina a sus víctimas a ser explotadas sexualmente. Por esta razón muy fácilmente se le confunde tanto por la sociedad como por los medios de comunicación y por los funcionarios operadores de la Ley, con delitos como el Lenocinio y la perversión de menores.

Pero es tan vigente como ésta la trata de Personas destinada a la explotación laboral de las personas en condiciones de esclavitud o formas análogas a ésta; a matrimonios forzados o serviles, a ser usadas para tráfico de órganos, a ser vendidas para adopciones ilegales, entre otras.

El Protocolo de Palermo considera, entre las formas de explotación como finalidad de la trata de Personas "...los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud", que muchos confunden con meros problemas de derecho laboral, como meras relaciones laborales viciadas y abusivas que deben ser conocidos por autoridades del trabajo, sin darse cuenta que bajo este manto en realidad se esconden violaciones a los derechos humanos y sometimiento a través de prácticas que cosifican y denigran a la personas.

Como en el caso de la trata con fines de explotación sexual, circunstancias objetivas permiten el desarrollo de la trata con fines de explotación laboral: la vulnerabilidad de las personas derivada de déficits en sus condiciones de existencia; la discriminación que atropella y desprotege lo diferente; la existencia de medios, como la Internet, que permiten que miles de personas en estas

condiciones, que quieren mejorar, entren en contacto y caigan en manos de organizaciones dedicadas a este ilícito.

Tiene las mismas características: se captan personas contactándolas a través de algún medio u otras personas cercanas; se les engaña con ofrecimientos de empleos lejanos, sostenidos con la palabra o reforzados por presuntas agencias, con condiciones que motivan que la persona decida tomar el riesgo y emprender el viaje, muchas veces con todo y familia; en el destino encuentra que las promesas fueron falsas y, ya aislado de su entorno, se le somete sin alternativas a trabajos en condiciones de explotación que implican largas jornadas, viviendas y lugares de trabajo hacinadas, mala alimentación, remuneraciones injustas o ausentes, sin servicios médicos ni escuelas para sus hijos; privación parcial o total de libertad de movimiento; limitaciones de comunicación; retenidos mediante amenazas, coacción física o violencia que generan daños psíquicos que contribuyen a la sumisión y pasividad e inducen al silencio y a la no-denuncia.

Trata de personas y tráfico de personas:

Tráfico de Personas y trata tiene semejanzas, pero también diferencias de fondo. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, complementario de Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional establece en su artículo 3 que "...por tráfico de migrantes se entiende la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, -directa o indirectamente- un beneficio financiero u otro beneficio de orden material".

El núcleo de este delito es hacer cruzar a terceros en forma ilegal las fronteras, sin importar la motivación de la acción, mientras que en la trata de Personas lo es el traslado para la posterior explotación de la persona, haya sido o no ilegal el ingreso; supone siempre el cruce ilegal de fronteras, la trata puede ser dentro del mismo país; en el tráfico no hay restricción de movimientos ni incautación de documentos, en la trata hay privación o limitación de esta libertad y el despojo de documentos uno de los medios de coacción; en el Tráfico el fin es llegar a un país

diferente, en la trata, es la explotación de la persona; el Tráfico es un delito contra un Estado, la trata contra las personas.

El Tráfico de Personas y la trata -muchas veces concomitante a él- solían ser fenómenos intermitentes, coincidentes con períodos de conflictos y crisis. Se han hecho permanentes, en la medida en que las crisis se han hecho permanentes, los conflictos se han multiplicado y la marginación y la pobreza se ha recrudecido, provocando que las oleadas se hayan convertido en flujos permanentes de migración legal hacia regiones o países que brinden en alguna medida oportunidades, a veces, de mera sobrevivencia. En respuesta, los países receptores criminalizan la migración y endurecen medidas contra los migrantes, con lo cual agravan sus condiciones de vulnerabilidad haciéndolos más propensos a ser víctimas de tratantes.

Trata de personas y secuestro:

Con respecto al delito de Secuestro, este es el delito que se comete cuando se priva de manera ilegal a otro de su libertad, generalmente, durante un tiempo determinado y hasta lograr la obtención de un beneficio económico o de cualquier otra clase mediante la coacción o el chantaje a la propia víctima o a personas o instituciones allegadas. En ambos casos se trata de delitos complejos que suponen la participación de varios sujetos que concertan acciones para llevarlos a cabo y mantenerlos hasta llevar a cabo sus fines.

De manera evidente y tecnicismos aparte, la trata de Personas es el secuestro de las personas sin recursos. Tienen como única diferencia que las víctimas en el segundo caso son captadas y privadas de su libertad, no para obtener un rescate a cambio de ellas, sino para obtener mediante la explotación directa de su trabajo o de su cuerpo beneficios económicos en el corto o el largo plazos, porque a diferencia que las víctimas de secuestro, las de trata son personas de escasos recursos que, al no poder pagar un rescate, son victimizadas y revictimizadas múltiples ocasiones, con lo cual pagan con su cuerpo su propia sobrevivencia o rescate.

La mayoría de las legislaciones del mundo son muy estrictas a la hora de castigar el secuestro porque consideran que este crimen (como también ocurre, y más, en el caso de la trata de personas) deja secuelas psicológicas graves y muy arraigadas en el consciente e inconsciente de los secuestrados y de sus familiares, tanto más cuanto más violento resulta el secuestro y si las víctimas son sujetas a torturas físicas, psíquicas o morales.

La trata de Personas en México:

México, históricamente, es y ha sido territorio de origen, tránsito y destino de flujos de de migrantes regulares e irregulares. Esta última situación a la que recurren sobre todo personas en situación de alta vulnerabilidad, incrementa de manera importante esta condición, sobre todo para mujeres, niñas, niños y adolescentes, para quedar aún más expuestas a ser víctimas de trata, principalmente con fines de explotación sexual y laboral.

Las cifras lo dicen todo: somos el segundo país que más víctimas de trata provee a los Estados Unidos y el principal consumidor mundial de personas en situación de trata con cualquier fin; más de 30 mil menores (hay cifras que se sitúan arriba de 70 mil), son víctimas de trata con fines de explotación sexual, 80% de ellos entre 10 y 14 años de edad. En el aspecto laboral hay 3.6 millones de personas entre 5 y 17 años, 31% menores de 14 que en diversos sectores son explotados y obligados a realizar trabajos peligrosos para su seguridad, su salud y su moral.

El marco jurídico nacional en materia de trata y sus problemas:

México cuenta a partir de 2007 con un marco jurídico en materia de trata de Personas que, hoy, incluye una Ley Federal, 13 estatales y 16 Códigos Penales locales en que se tipifica. 3 estados no tienen este delito contemplado. A pesar de todo, solo hay en el país una persona sentenciada en el fuero federal por este delito y 4 en el fuero común, en el Distrito Federal.

Esto obliga, como legisladores, a reflexionar en torno a las circunstancias que impiden avanzar en la lucha contra este fenómeno y las que impiden o dificultan a los operadores jurídicos la aplicación de las leyes.

Combatir el comercio de Personas y su explotación requiere ver ambos fenómeno como las dos caras de una moneda. Abordarla con un enfoque interdisciplinario y enfrentarla con la colaboración de los tres órdenes de gobierno y la participación de la sociedad.

Se identifican los siguientes nudos problemáticos que provocan la proliferación de este fenómeno y la bajísima tasa de consignaciones y sentencias:

1. La concurrencia de factores estructurales que propician la vulnerabilidad de las personas a este delito.

La trata de Personas encuentra campo fértil en las condiciones de vulnerabilidad que genera la desigualdad, afectando sobre todo a los grupos sociales más vulnerables en términos sociales, culturales, económicos, de edad y género.

Una vulnerabilidad que se acrecienta cuando estos grupos sociales se ven en la condición de migrar dentro o fuera del territorio nacional con la esperanza de encontrar medios que les permitan superar sus condiciones de desventaja; que se acrecienta por una demanda creciente de servicios sexuales y mano de obra esclava nacional e internacional; por el crecimiento de las bandas de tratantes y las restricciones cada vez más severas a que se ven sometidos los migrantes indocumentados, que se revierten a favor de los tratantes como medio de chantaje.

La mayoría de las víctimas se encuentran en condiciones de pobreza, déficit educativo o cultural, violencia intrafamiliar o desempleo, que se refuerzan por la reproducción de estereotipos de machismo y misoginia.

Por sus condiciones, las víctimas y posibles víctimas desconocen sus derechos y los medios para exigirlos o encuentran que es prácticamente imposible hacerlos cumplir en las actuales condiciones de la Constitución y la Ley.

Los tratantes de personas cuentan con una probabilidad casi absoluta de no ser castigados, por lo que las organizaciones delincuenciales que han construido estructuras operativas para el trasiego de drogas y armas emigran hacia este negocio, lo que explica en parte que figuremos entre los cinco países con mayor

incidencia de este delito; que cada día se nos identifique más como destino de turismo sexual; que haya cada día más sitios tolerados ligados a delitos como corrupción, lenocinio y tráfico de drogas y personas en que se utilizan y ofrecen servicios sexuales de personas cada vez más jóvenes; y que seamos el segundo país en apertura de páginas de Internet de pornografía infantil.

2. La alta dificultad que supone la investigación y consignación de éste delito, debida tanto a su carácter complejo como a la naturaleza clandestina en que se desarrolla

Esta dificultad se incrementa porque se comete al amparo de la invisibilidad, de la impunidad, de la hipocresía social, de la protección de intereses creados, de leyes ineficaces y un sistema de justicia las más de las veces corrupto y corruptor.

3. La gran disparidad entre los diferentes ordenamientos legales en la materia.

La Ley para Prevenir y Sancionar la trata de Personas, publicada en el Diario Oficial de la federación el 27 de noviembre de 2007, tipifica este delito en los siguientes términos:

“Comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí a para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o la extirpación un órgano, tejido o sus componentes.

Cuando este delito sea cometido en contra de personas menores de dieciocho años de edad, o en contra de una persona que no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo no se requerirá acreditación de los medios comisivos.”

Este tipo penal, que retoma casi puntualmente en todos sus términos la descripción que, como marco, propone el Protocolo de Palermo, busca garantiza un piso mínimo de dignidad y proteger la libertad del individuo para optar por planes de vida jurídicamente tolerados y ampara un interés social que no puede

resultar disponible individualmente; tutela la garantía de las personas a la libertad física y psíquica de autodeterminación y elegir un plan de vida, elección que tiene como límite la asunción voluntaria de condiciones de vida que puedan ser consideradas como esclavas o similares. Sin embargo, a nivel estatal existe una amplia diversidad de formas en que se tipifica este delito.

- Respecto al bien jurídico tutelado, hay seis diferentes: El libre desarrollo de la personalidad (Baja California, Colima, Distrito Federal, Jalisco, Michoacán, Quintana Roo, San Luis Potosí y Tlaxcala); el desarrollo de las personas menores e incapaces (Guanajuato); la moral pública (Coahuila, Hidalgo, Puebla, Sinaloa, Tabasco, Veracruz y Yucatán); la dignidad (Chihuahua); la libertad personal (Baja California Sur, Guerrero, Estado de México, Morelos, Oaxaca y Querétaro); la colectividad (Durango).

- **En ningún caso el Bien Jurídico es disponible para la víctima, por lo que no puede considerarse el consentimiento como excluyente de la conducta delictiva, mucho menos si se trata de una persona menor de edad. Así fue aceptado por México en la firma del Protocolo de Palermo pero en ningún caso ningún caso las legislaciones lo establecen así.**

- El número de conductas delictivas con que se tipifica este delito se encuentran en un rango de 4 a 18.

- Los fines que incluye la tipificación muestran una disimilitud en todos los ordenamientos, una carencia de la necesaria ordenación sistémica que hace común que el operador jurídico identifique trata con explotación sexual, dejando de lado los otros fines que la tipifican.

- Existe una gran dispersión de los tipos penales. Los marcos jurídicos de Sinaloa y Yucatán solo consideran trata de personas la que tiene como fin la explotación sexual; Coahuila no contempla la extirpación de órganos, tejidos y componentes; en San Luis Potosí se considera la explotación laboral, pero sin precisar que se entenderá por ella, con lo cual se corre el riesgo evidente de que cualquier conducta que pudiera argumentarse como explotación laboral podría confundirse

con trata de personas, tanto más cuanto menos el operador jurídico conozca la fenomenología de este delito.

- Las diferencias entre los instrumentos jurídicos hacen que haya regulaciones que no contemplen nada respecto a la prevención del delito y la atención a las víctimas, mientras que hay casos, como la Ley de Tlaxcala, que establece la condena del responsable a la reparación del daño en favor de la víctima y sus dependientes e incorpora conceptos como lucro cesante, daño emergente y afectación al proyecto de vida, que no existen en ningún otro ordenamiento.

4. Presencia de otros tipos que suponen conductas que implican explotación sexual, con las que los operadores jurídicos están más familiarizados

Los códigos penales comúnmente incluyen conductas que, al igual que la trata de personas, hacen alusión a la explotación sexual, como es el caso del Lenocinio, la Perversión de Menos o la Pornografía Infantil.

En la tipificación de trata se alude a la “explotación sexual” sólo como connotación sin aportar elementos que la caractericen o describan cómo se podría presentarse, mientras que aquellos, tipificados con detalle y redactadas en términos descriptivos, facilitan a los operadores jurídicos la identificación de la trata con ellos.

5. Falta de capacitación de los operadores jurídicos en el conocimiento de la fenomenología de este delito y, consecuentemente, en el manejo del tipo penal

Esta circunstancia provoca que el operador jurídico ignore formas prototípicas de trata, que se suma a la dificultad para acreditar los medios comisivos que exige el tipo, siempre de carácter subjetivo y complejo.

Los paupérrimos resultados que como país estamos teniendo en la lucha contra la trata de Personas y el crecimiento de este flagelo, evidencian el problema de que un delito tan grave sea regulado de manera tan diversa en los diferentes ordenamientos jurídicos del país, y hacen patente la necesaria armonización del tipo penal en las diferentes legislaciones estatales.

Hacen patente, también, la urgencia de una adecuada capacitación de los operadores jurídicos para que se familiarice con la fenomenología de este delito, con el tipo penal y para que integren correctamente cada uno de los elementos que exige.

Desconocer la fenomenología del delito provoca que el operador jurídico confunda la trata de Personas con tipos penales detrás de los cuales se ocultan los casos de trata de personas, contribuyendo con ello a la falta de consignación que, por un lado, no refleja el costo social y a que los tratantes que se consignan tengan salidas laterales con penas menos severas que las que les corresponden.

Una capacitación para aprender a integrar y probar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal. Que el operador jurídico conozca, por ejemplo, que la descripción típica federal incluye al cliente, al sujeto que aprovechándose de la víctima obtiene un beneficio en especie cuando señala que la expresión “reciba para sí” tiene como propósito perseguirlo.

Para que se familiarice con términos poco desconocidos como “prácticas análogas a la esclavitud”, “servidumbre” o trabajos forzados”, que exigen conocer que comportamientos pueden ser calificados como constitutivos de ellos.

Es necesario que en esta materia el operador jurídico conozca los tratados internacionales que constituyen legislación positiva y ofrecen información para la interpretación de los elementos normativos contenidos en el tipo.

Esta capacitación además, debe brindar una formación con enfoque en derechos humanos y perspectiva de género, que permitan al operador conducirse con la víctima con la debida consideración, evitar su revictimización o algún trato discriminatorio, asumiendo los casos sin prejuicios que lo leven a responsabilizarla de su propia victimización; que le eviten consideraciones en torno a su vida personal o familiar o sobre su honestidad o dignidad como elemento decisorio de su juicio.

En el Congreso de la Unión hemos buscado impulsar reformas al orden jurídico para potenciar al Estado para la persecución y sanción de este flagelo, y a la

sociedad para coadyuvar en la prevención de este delito y la atención a los derechos de las víctimas o del ofendido.

El Poder Revisor de la Constitución aprobó y publicó el 14 de julio de este año reformas a los artículos 19, 20 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentadas como iniciativa por la Dip. María Araceli Vázquez Camacho, del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática y apoyadas por toda la Comisión Especial Para la Lucha Contra la trata de Personas, que establecen:

Artículo 19. ...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

...

Artículo 20. ...

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

...

Artículo 73. ...

XXI. Para establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; expedir leyes generales en materias de secuestro, y trata de personas, que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios; así como legislar en materia de delincuencia organizada.

...

TRANSITORIOS

Primero. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo. El Congreso de la Unión deberá expedir la Ley General para Prevenir y Sancionar la trata de Personas, en un plazo no mayor a los 180 días siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto.

Respondiendo a estas disposiciones constitucionales, quienes integramos la Comisión Especial para la Lucha Contra la trata de Personas y los demás legisladores que la firman, nos hemos da a la tarea de concretar la Iniciativa de Ley General Iniciativa para Prevenir, Sancionar y Erradicar la trata de Personas y Delitos Relacionados, que la Constitución mandata, como una propuesta integral que responde a los compromisos internacionales en materias relacionadas con los Derechos Humanos contraídos por México y las nuevas disposiciones constitucionales aludidas.

La iniciativa propone, como aspectos centrales:

- Abrogar la Ley para Prevenir y Sancionar la trata de Personas, vigente, que es de carácter federal y tiene insuficiencias y lagunas evidentes que la hacen prácticamente inaplicable.
- Considerar los delitos de trata de persona, como el principal de su objeto, y Esclavitud, Explotación, Corrupción de Menores, Pornografía, Turismo Sexual

Infantil y Encubrimiento como relacionados, mismos que, o bien no se encuentran tipificados en el orden jurídico nacional o se encuentran considerados de forma insuficiente, o se les considera en su relación con la comisión del delito de trata de Personas.

La propuesta de decreto de Ley contiene 100 artículos y se divide en dos Libros.

LIBRO PRIMERO “DE LO SUSTANTIVO”:

Es relativo a todo lo que tiene que ver con lo doctrinario (jurídico y sociológico) respecto al delito principal y los delitos relacionados al mismo, incluyendo definiciones, principios, sanciones, reglas comunes, reglas de proceso.

Se conforma con un total de 52 Artículos que se dividen en tres Títulos:

TITULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES, que contiene todo lo relativo a criterios de interpretación y aplicación, definiciones y todos los elementos necesarios para facilitar a los operadores de la Ley el encuadre de las conductas que definen las conductas delictivas, así como las facultades y competencias que corresponden a las autoridades de los tres órdenes de gobierno en la persecución y sanción de estos delitos.

Se divide en dos capítulos:

- Capítulo I. Generalidades
- Capítulo II. Competencias y facultades en la persecución y sanción de los delitos previstos en esta ley

TITULO SEGUNDO: DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS, DELITOS RELACIONADOS Y SUS SANCIONES, que tipifica el delito de trata de Personas y cada uno de los delitos que se le relacionan, estableciendo las sanciones que deben aplicarse en cada caso, las sanciones por acumulación de delitos cuando se relacionen, las hipótesis de su agravamiento y las reglas comunes a todos los casos en la interpretación y aplicación de estas disposiciones.

Tiene 11 capítulos: seis en que se tipifican estos delitos, se establecen las relaciones, se establecen las sanciones y las hipótesis de agravamiento y dos relativos a principios y reglas para su interpretación y aplicación:

- Capítulo I. De los Principios en la Aplicación de las Sanciones
- Capítulo II. Del Delito de Trata de Personas
- Capítulo III. Del Delito de Esclavitud
- Capítulo IV. Del delito de Explotación
- Capítulo V. Del Delito de Corrupción de Menores
- Capítulo VI. Del Delito de Pornografía Infantil
- Capítulo VII. Del Delito de Turismo Sexual Infantil
- Capítulo VIII. Otros Delitos Relacionados
- Capítulo IX. Del Delito de Encubrimiento
- Capítulo X. Reglas Comunes a los Delitos Previstos en esta Ley
- Capítulo XI. Del Resarcimiento y Reparación del Daño

TITULO TERCERO. DE LA PROTECCION Y ASISTENCIA A LAS VICTIMAS, OFENDIDOS Y TESTIGOS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y DELITOS RELACIONADOS, relativo a los derechos de las víctimas y las personas que les rodean, en lo que hace tanto a su atención integral, sus derechos, protección y seguridad durante los procesos, el resarcimiento y reparación de los daños, los derechos de las víctimas extranjeras y las medidas para su protección en el largo plazo, cuando haya participación de delincuencia organizada.

Se compone de cinco Capítulos:

- Capítulo I. Derechos de las víctimas y testigos durante el procedimiento penal y medidas de protección a su favor.

- Capítulo II. Atención, Protección y Asistencia a las Víctimas
- Capítulo III. De los Derechos de las Víctimas Extranjeras.
- Capítulo IV. De los fondos para Indemnización de las Víctimas.
- Capítulo V. Del Programa de Protección a Víctimas y Testigos

LIBRO SEGUNDO. “DE LA POLITICA DE ESTADO”.

Es relativo a todo lo relacionado con las facultades y competencias de los tres órdenes de gobierno en las tareas de prevención y erradicación del delito de trata de personas y sus delitos relacionados, incluyendo las dependencias del Ejecutivo Federal representadas en la Comisión intersecretarial, los contenidos mínimos del Programa Nacional, la prevención de los delitos, la evaluación de los avances y la atención a los rezagos así como el financiamiento de todas estas actividades.

Se conforma con un total de 48 Artículos que se dividen en tres Títulos:

TITULO PRIMERO. “DE LA COMISION INTERSECRETARIAL Y EL PROGRAMA NACIONAL”, que contiene las disposiciones relativas a la organización, integración, funcionamiento, facultades y obligaciones de la Comisión Intersecretarial para Prevenir, Combatir y Sancionar la Trata de Personas, así como de los contenidos mínimos que debe contener el programa Nacional en la materia.

Se compone de tres capítulos:

- Capítulo I. De la Comisión Intersecretarial
- Capítulo II. Del Programa Nacional
- Capítulo IV. De la Evaluación del programa Nacional

TITULO SEGUNDO. “DE LA PREVENCION DE LOS DELITOS PREVISTOS EN ESTA LEY”. Este título tiene como propósito establecer toda la normatividad relativa a impulsar una política de Estado tendiente a erradicar o al menos minimizar el delito de trata de Personas y los delitos que se le relacionan, desde

su origen, atendiendo las causas para prevenir su comisión, a través de programas y políticas orientados a las zonas geográficas y los grupos sociales en mayor riesgo en razón de tener condiciones de vulnerabilidad estructural, evaluando resultados y concurriendo a dar atención prioritaria a las que presenten mayores rezagos en la materia.

Se compone de cuatro capítulos:

- Capítulo I. De las Políticas y Programas de Prevención
- Capítulo II. Atención preventiva a zonas y grupos de alta vulnerabilidad
- Capítulo III. De la Evaluación de los Programas de Prevención
- Capítulo IV. De la Atención a Rezagos

TITULO TERCERO. “FACULTADES Y COMPETENCIAS DE LAS AUTORIDADES DE LOS TRES ORDENES DE GOBIERNO”. Este título establece, en primer término, medidas de fortalecimiento institucional en los tres órdenes de gobierno para la prevención, persecución y sanción del delito, así como para la atención y asistencia a las víctimas, estableciendo medidas tanto que van desde la infraestructura necesaria para atender las nuevas disposiciones constitucionales, a medidas orgánicas de las instancias responsables y perfiles para el personal que participa en las actividades relativas a todo lo previsto en esta ley.

Establece también las facultades y competencias de los tres órdenes de gobierno en todo lo referente a las políticas y acciones de prevención de los delitos, atención y asistencia a víctimas y financiamiento de las acciones y programas.

Se divide en 5 capítulos:

- Capítulo I. Del Gobierno Federal
- Capítulo II. De las Autoridades Estatales, Municipales y del Distrito Federal
- Capítulo III. De la Reglamentación del programa de Protección a Víctimas, ofendidos y Testigos

- Capítulo IV. Del Fortalecimiento Institucional en la Persecución de la Trata de Personas y Delitos Objeto de esta Ley

- Del Financiamiento a la Prevención, Sanción y Erradicación de los Delitos Previstos en esta Ley y de la

Asistencia y Protección a las Víctimas, Ofendidos y Testigos

De igual forma, y con el fin de armonizar el orden jurídico vigente con la reforma constitucional y la Ley, se propone reformar, para armonizar con la propuesta, diversas disposiciones de otros 8 ordenamientos:

- Código Federal de Procedimientos Penales
- Código Penal Federal, del Código Civil Federal
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,
- Ley de la Policía Federal, de la Ley Federal de Telecomunicaciones
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad.

En términos generales, la Ley que se propone pone el acento en la prevención del delito y la atención a las víctimas, sin dejar de atender, de manera destacada, la persecución y sanción del delito, para lo cual tiene como puntos centrales los siguientes:

- Se establecen, con toda claridad, los bienes jurídicos tutelados en la Iniciativa, mismos que se armonizan con los instrumentos internacionales en la materia de los que México forma parte.
- Se establecen los criterios, principios y acciones que los operadores de la ley habrán de observar para la aplicación de la Ley.
- Se establece un catálogo de definiciones de conceptos novedosos contenidos en la Ley, con el fin de orientar a los operadores de la misma en su interpretación y aplicación.

- Se establecen, con toda claridad, las competencias y facultades de los diferentes órdenes de gobierno en la persecución y sanción de los delitos previstos.
- Se establecen claramente los principios generales que los operadores de la Ley deberán observar en materia de Persecución y Sanción de los delitos previstos.
- Se establece el régimen de supletoriedad para los casos de que las normas previstas resulten insuficientes, referidos tanto al orden jurídico nacional como a los tratados internacionales firmados y ratificados por nuestro país.
- Se reformar el Tipo Penal del Delito de Trata de Personas para hacerlo más aplicable, reduciendo las conductas y eliminando en lo posible elementos subjetivos, difíciles de probar, encuadrar y acreditar, al mismo tiempo que se reforman los elementos que se refieren a los medios comisivos, con el fin de que quede su probanza a cargo de las víctimas y se propicie así su revictimización o se les ponga en riesgo en los procesos.
- Se tipifican los delitos de Esclavitud, Explotación, Corrupción de Menores, Pornografía Infantil, Turismo Sexual Infantil y Encubrimiento, cuando resulten relacionados con el delito de Trata de Personas, se define su penalidad y la regla de concurso para aumentar las penas.
- Se establecen, como otros delitos relacionados, conductas tales como el consumo de servicios derivados de la trata de personas en cualquiera de sus fines; la facilitación y promoción del delito, por cualquier medio, especialmente a través de la publicidad ilícita o engañosa; sanciones para las personas morales y sus representantes, que participen en cualquiera de estos delitos; sanciones contra servidores públicos que divulguen información reservada sobre la víctimas y los programas y contra quienes, pudiendo evitar el delito, no lo hagan.
- En lo que se refiere a las reglas comunes, se establecen las agravantes en la comisión de los delitos y sus penalidades, destacándose las que tienen que ver con la posición del sujeto activo frente al sujeto pasivo respecto a relaciones familiares, de autoridad, pedagógicas, religiosas y sentimentales.

- Se establece la obligación de, en todos los casos, sentenciar el resarcimiento y la reparación del daño, señalándose los rubros que componen estas disposiciones y los medios para hacerlo, tanto por parte del inculpado como del Estado.
- Se establecen, en los términos de los artículos 19 y 20 de la Constitución, los derechos de las víctimas y testigos durante los procesos penales y las medidas de protección a su favor durante los mismos, con el fin de atender las características complejas de este delito y la situación especial de las víctimas, atendiendo así los compromisos de México en la materia tanto en lo que hace a las víctimas mexicanas en territorio nacional o en el extranjero, o de las víctimas extranjeras en territorio nacional.
- Se establece la obligación de La Procuraduría de crear un Programa de Protección a Víctimas y Testigos, las reglas básicas de su funcionamiento y la creación de una instancia específica para operarlo.
- Se redefine la integración, organización, funcionamiento y facultades de la Comisión Intersecretarial y de los contenidos del programa Nacional en la materia, así como las responsabilidades de cada una de las dependencias que intervienen y la evaluación de los resultados.
- Se incorpora un capítulo referente a la prevención del delito, las políticas y programas para tal objetivo, la detección de zonas y grupos con mayor vulnerabilidad y las políticas para su atención prioritaria, la evaluación de los programas y la atención a rezagos.
- Se establece una distribución clara de facultades y competencias exclusivas y concurrentes de los tres órdenes de gobierno en la materia y medidas para el fortalecimiento institucional para alcanzar los objetivos de la ley.
- Se establecen medidas para contar con un financiamiento adecuado para todas estas medidas, poniendo énfasis en la concurrencia de los tres órdenes de gobierno para tal efecto con recursos presupuestales y otras fuentes de financiamiento, así como en la transparencia y rendición de cuentas.

- Se propone reformar diversas disposiciones en otros ordenamientos para armonizar con las reformas constitucionales y la Ley, en los siguientes términos:

De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: Reformar el artículo 2, fracción VI, para quedar como sigue:

ARTICULO 2. ...

VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5º y 6º de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

ARTICULO 2. ...

VI. Trata de personas y delitos relacionados, previsto y sancionado en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados.

Del Código Federal de Procedimientos Penales: Reformar el artículo 194, fracción XVI, para quedar como sigue:

ARTICULO 194. ...

XVI. De la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, los previstos en los artículos 5º y 6º.

ARTICULO 194. ...

XVI. De la Ley General para Combatir y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados

...

Del Código Penal Federal: Reformar el artículo 85, fracción II y el artículo 205-bis, para quedar como sigue:

Artículo 85. No se concederá libertad preparatoria a:

...

II. Trata de personas previsto en los Artículos 5º y 6º e la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

Artículo 85. No se concederá libertad preparatoria a:

16

I...

II. Trata de personas y delitos relacionados contenidos en el Título Segundo de la Ley General para Combatir

y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados.

III. ...

Agregar un artículo, que sería 205-bis, como sigue:

Artículo 205-bis. Serán imprescriptibles las sanciones señaladas en los artículos 200, 201, 202, 203 y 204. Así mismo las sanciones señaladas...

De la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: Reformar los artículos 50 Bis y 50 Ter, párrafo primero y el segundo párrafo al artículo 50 Ter, para quedar como sigue:

Artículo 50-Bis. En materia federal, la autorización para intervenir comunicaciones privadas será otorgada de conformidad con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley de la Policía Federal o la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, según corresponda.

Artículo 50 Bis. En materia federal, la autorización para intervenir comunicaciones privadas será otorgada de conformidad con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley de la Policía Federal, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro o la Ley General para Combatir y Erradicar la Trata de Personas y Delitos Relacionados, según corresponda.

Artículo 50 Ter. Cuando la solicitud de autorización de intervención de comunicaciones privadas, sea formulada en los términos previstos en las legislaciones locales, por el titular del Ministerio Público de alguna entidad federativa, exclusivamente se concederá si se trata de los delitos de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos y privación ilegal de la libertad o secuestro, los primeros previstos en el Código

Penal Federal y el último en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, o sus equivalentes en las legislaciones penales locales.

La solicitud de autorización de intervención de comunicaciones de los delitos previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se formulará de conformidad con ese ordenamiento.

...

Artículo 50 Ter. Cuando la solicitud de autorización de intervención de comunicaciones privadas, sea formulada en los términos previstos en las legislaciones locales, por el titular del Ministerio Público de alguna entidad federativa, exclusivamente se concederá si se trata de los delitos de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos, privación ilegal de la libertad, secuestro o esclavitud, trata de personas o explotación, los primeros previstos en el Código Penal Federal y el último en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro o la Ley General para Combatir y Erradicar la trata de Personas y Delitos Relacionados o sus equivalentes en las legislaciones penales locales.

La solicitud de autorización de intervención de comunicaciones de los delitos previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, y la Ley General para Combatir y Erradicar la trata de Personas y Delitos Relacionados, se formularán de conformidad con estos ordenamientos.

...

De la Ley de la Policía Federal: Agregar una fracción, que sería VI, al artículo 51, para quedar como sigue:

Artículo 51. La intervención preventiva de comunicaciones a que se refiere esta Ley, se autorizará únicamente en los delitos previstos en los ordenamientos legales que a continuación se enlistan:

I. ...

a) a i) ...

j) Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

k) a n) ...

II. ...

III. De la Ley General de Salud, el delito de tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis;

IV. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138, y

V. Los previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 51. La intervención preventiva de comunicaciones a que se refiere esta Ley, se autorizará únicamente en los delitos previstos en los ordenamientos legales que a continuación se enlistan:

I. ...

a) a i) ...

j) Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

k) a n) ...

II. ...

III. De la Ley General de Salud, el delito de tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis;

IV. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138, y

V. Los previstos en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro,

Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

VI. Lo previsto en la Ley General para Combatir y Erradicar la trata de Personas y Delitos Conexos.

De la Ley del Sistema Nacional de Seguridad Pública: Adicionar el artículo 129, como sigue:

Artículo 129.- El Centro Nacional de Prevención del Delito y Participación Ciudadana impulsará las acciones necesarias para que la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, establezcan un servicio para la localización de personas y bienes.

Artículo 129. El Centro Nacional de Prevención del Delito y Participación Ciudadana impulsará las acciones necesarias para que la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, establezcan un servicio para la localización de personas y bienes, que promueva la colaboración y participación ciudadana.

Para el caso de la sustracción de menores, deberán implementarse sistemas de alerta y protocolos de acción inmediata para su búsqueda y localización, en el que coadyuven con los integrantes del sistema las corporaciones de emergencia, medios de comunicación, prestadores de servicios de telecomunicaciones, organizaciones no gubernamentales y ciudadanía en general

De la Ley Federal de Radio y Televisión: Adicionar el artículo 60, como sigue:

Artículo 60.- Los concesionarios de estaciones radiodifusoras comerciales y los permisionarios de estaciones culturales y de experimentación, están obligados a transmitir gratuitamente y de preferencia:

I.- Los boletines de cualquier autoridad que se relacionen con la seguridad o defensa del territorio nacional, la conservación del orden público, o con medidas encaminadas a prever o remediar cualquier calamidad pública;

18

II.- ...

Artículo 60.- Los concesionarios de estaciones radiodifusoras comerciales y los permisionarios de estaciones culturales y de experimentación, están obligados a transmitir gratuitamente y de preferencia:

I.- Los boletines de cualquier autoridad del Ejecutivo Federal que se relacionen con la seguridad o defensa del territorio nacional, la conservación del orden público, o con medidas encaminadas a prever o remediar cualquier calamidad pública, o que coadyuven en la búsqueda y localización de menores sustraídos.

II.- ...

En síntesis, la Iniciativa aspira a prevenir y combatir las redes de tráfico de personas mediante un conjunto de instrumentos y técnicas legales y a través de una estrategia con dos objetivos principales: armonizar las legislaciones penales para tipificar el delito en forma tal que se compatibilicen las acciones y desarrollar esquemas de coordinación entre órdenes de gobierno.

Se busca que la legislación en la materia se vaya armonizando de forma tal que la lucha contra este delito sea congruente con las nuevas formas, instrumentos y técnicas para combatirla, evitando a la vez la dispersión en la tipificación, impedir que se abuse del concepto y permitir que en todo el país se utilicen herramientas de investigación y juzgamiento adecuadas a la naturaleza del fenómeno.

Muchas de las conductas del tipo penal y de los delitos relacionados determinantes son del fuero común, y por su complejidad es necesario que las

autoridades locales cuenten con las herramientas jurídicas especiales que la Constitución prevé para investigarlos, prevenirlos y sancionarlos, como es el caso del arraigo, las formas de prueba anticipada en el sistema acusatorio, y la protección especial para las víctimas y los ofendidos por los delitos.

Es por ello deseable una Ley General que permita que tanto las autoridades locales como las federales investiguen, persigan y sancionen la trata de personas y sus delitos relacionados con un marco normativo uniforme, que permita homogenizar los tipos penales, tener sanciones acordes a las conductas desplegadas y las herramientas para su investigación, persecución y ejecución de penas.

Las instituciones de procuración y administración de justicia han sido rebasadas por este delito, lo que evidencia la necesidad de colaboración de las autoridades para poder disminuirlo y justifica la intervención de los tres órdenes de gobierno y la participación activa de la sociedad, mediante una política de Estado integral que permita conformar un marco legal unificado y contar con procedimientos ágiles y expeditos para una eficaz colaboración de los actores involucrados en la investigación, persecución, procesamiento y sanción.

La facultad Congreso de la Unión para delegar en las autoridades locales competencia para conocer de delincuencia organizada y secuestro no desvirtúa la estructura de nuestro sistema federal ni el principio de distribución de competencias, y sí consolida su vigencia sobre la base de la cooperación y el auxilio recíproco, unificando el tipo penal y las sanciones y estableciendo las bases generales, sin perjuicio de que las leyes locales puedan incluir más disposiciones tendientes al mismo objetivo.

Se deberán en su momento modificar las leyes sustantivas y adjetivas, por lo que los órganos legislativos locales tendrán que uniformar sus respectivas legislaciones para hacerlas acordes a las leyes generales que sean expedidas; lo mismo deberá hacer este Congreso de la Unión, en la materia federal.

Expedir una Ley General en materia de trata de Personas contribuirá a contar con un marco jurídico sólido, uniforme, integral y eficiente, que permita un mejor desempeño y una actuación más eficaz por parte de las instituciones de procuración e impartición de justicia en su combate.

Cada una de las propuestas normativas contenidas en el proyecto, cuenta con un soporte completo, apoyado en el orden jurídico nacional y en los compromisos e instrumentos internacionales de los que México forma parte y ha ratificado, mismos que está a sus órdenes para consulta.

Es de destacar que en este esfuerzo se ha contado con el apoyo de organizaciones de la Sociedad Civil, sobre todo la Coalición Contra el Tráfico de Mujeres y Niñas en América Latina y el Caribe; de dependencias ministeriales y judiciales como la FEVIMTRA, la SIEDO, la PGJDF, jueces y magistrados, operadoras de la Ley, con quienes hemos estado en contacto permanente. Se ha llegado a esta propuesta también atendiendo a las conclusiones de distintos foros de consulta en que han participado especialistas en cada aspecto de Ley, con académicos, con organizaciones sociales, con organismos internacionales. De todos se escucharon propuestas y puntos de vista y los hemos incorporado en el proyecto.

Esperamos que con el trabajo de todos nosotros, el proceso de discusión de este Proyecto, se cumplan las expectativas de la sociedad para poder combatir con eficacia este flagelo que nos avergüenza como nación y nos preocupa como sociedad, así como para poder dar una atención adecuada a las víctimas y apoyarlas en el arduo proceso que significa su reinserción exitosa en la sociedad.

En virtud de todo lo anterior fundado y expuesto, se somete a la consideración de esta Honorable Asamblea el siguiente proyecto de Decreto que se solicita sea publicado íntegramente en el Diario de los Debates y se dicte turno a las comisiones de Derechos Humanos de las dos Cámaras del Congreso de la Unión, para ser estudiadas y dictaminadas en trámite de Comisiones en Conferencia.

Anexo II

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)

Preámbulo

Los Estados Parte en el presente Protocolo,

Declarando que para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos,

Teniendo en cuenta que si bien existe una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños, no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas,

Preocupados porque de no existir un instrumento de esa naturaleza las personas vulnerables a la trata no estarán suficientemente protegidas,

Recordando la resolución 53/111 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998, en la que la Asamblea decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta encargado de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia transnacional organizada y de examinar la elaboración, entre otras cosas, de un instrumento internacional relativo a la trata de mujeres y de niños,

Convencidos de que para prevenir y combatir ese delito será útil complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional destinado a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños,

Acuerdan lo siguiente:

I. Disposiciones generales

Artículo 1

Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

1. El presente Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención.
2. Las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.
3. Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Artículo 2

Finalidad

Los fines del presente Protocolo son:

- a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;

- b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y
- c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

Artículo 3

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años.

Artículo 4

Ámbito de aplicación

A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos.

Artículo 5

Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.

2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:

a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;

b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y

c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

II. Protección de las víctimas de la trata de personas

Artículo 6

Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas

1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.

2. Cada Estado Parte velará porque su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:

a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes;

b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

a) Alojamiento adecuado;

b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;

c) Asistencia médica, psicológica y material; y

d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

5. Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.

6. Cada Estado Parte velará porque su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.

Artículo 7

Régimen aplicable a las víctimas de la trata de personas en el Estado receptor

1. Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda.

2. Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte dará la debida consideración a factores humanitarios y personales.

Artículo 8

Repatriación de las víctimas de la trata de personas

1. El Estado Parte del que sea nacional una víctima de la trata de personas o en el que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor facilitará y aceptará, sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad.
2. Cuando un Estado Parte disponga la repatriación de una víctima de la trata de personas a un Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor, velará porque dicha repatriación se realice teniendo debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona es una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria.
3. Cuando lo solicite un Estado Parte receptor, todo Estado Parte requerido verificará, sin demora indebida o injustificada, si la víctima de la trata de personas es uno de sus nacionales o tenía derecho de residencia permanente en su territorio en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor.
4. A fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación, el Estado Parte del que esa persona sea nacional o en el que tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio del Estado Parte receptor convendrá en expedir, previa solicitud del Estado Parte receptor, los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sean necesarias para que la persona pueda viajar a su territorio y reingresar en él.
5. El presente artículo no afectará a los derechos reconocidos a las víctimas de la trata de personas con arreglo al derecho interno del Estado Parte receptor.

6. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier acuerdo o arreglo bilateral o multilateral aplicable que rija, total o parcialmente, la repatriación de las víctimas de la trata de personas.

III. Medidas de prevención, cooperación y otras medidas

Artículo 9

Prevención de la trata de personas

1. Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a:

a) Prevenir y combatir la trata de personas; y

b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

2. Los Estados Parte procurarán aplicar medidas tales como actividades de investigación y campañas de información y difusión, así como iniciativas sociales y económicas, con miras a prevenir y combatir la trata de personas.

3. Las políticas, los programas y demás medidas que se adopten de conformidad con el presente artículo incluirán, cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil.

4. Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.

5. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Artículo 10

Intercambio de información y capacitación

1. Las autoridades de los Estados Parte encargadas de hacer cumplir la ley, así como las autoridades de inmigración u otras autoridades competentes, cooperarán entre sí, según proceda, intercambiando información, de conformidad con su derecho interno, a fin de poder determinar:

a) Si ciertas personas que cruzan o intentan cruzar una frontera internacional con documentos de viaje pertenecientes a terceros o sin documentos de viaje son autores o víctimas de la trata de personas;

b) Los tipos de documento de viaje que ciertas personas han utilizado o intentado utilizar para cruzar una frontera internacional con fines de trata de personas; y

c) Los medios y métodos utilizados por grupos delictivos organizados para los fines de la trata de personas, incluidos la captación y el transporte, las rutas y los vínculos entre personas y grupos involucrados en dicha trata, así como posibles medidas para detectarlos.

2. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como a los de inmigración y a otros funcionarios pertinentes, capacitación en la prevención de la trata de personas o reforzarán dicha capacitación, según proceda. Ésta deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir dicha trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las

víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes. La capacitación también deberá tener en cuenta la necesidad de considerar los derechos humanos y las cuestiones relativas al niño y a la mujer, así como fomentar la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil.

3. El Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización.

Artículo 11

Medidas fronterizas

1. Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo.

3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el Estado receptor.

4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo.

5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.

Artículo 12

Seguridad y control de los documentos

Cada Estado Parte adoptará, con los medios de que disponga, las medidas que se requieran para:

a) Garantizar la necesaria calidad de los documentos de viaje o de identidad que expida a fin de que éstos no puedan con facilidad utilizarse indebidamente ni falsificarse o alterarse, reproducirse o expedirse de forma ilícita; y

b) Garantizar la integridad y la seguridad de los documentos de viaje o de identidad que expida o que se expidan en su nombre e impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.

Artículo 13

Legitimidad y validez de los documentos

Cuando lo solicite otro Estado Parte, cada Estado Parte verificará, de conformidad con su derecho interno y dentro de un plazo razonable, la legitimidad y validez de los documentos de viaje o de identidad expedidos o presuntamente expedidos en su nombre y sospechosos de ser utilizados para la trata de personas.

IV. Disposiciones finales

Artículo 14

Cláusula de salvaguardia

1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de non-refoulement consagrado en dichos instrumentos.

2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos.

Artículo 15

Solución de controversias

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación del presente Protocolo mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación del presente Protocolo que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo o adhesión a él, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.

4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 16

Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados del 12 al 15 de diciembre de 2000 en Palermo (Italia) y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 12 de diciembre de 2002.

2. El presente Protocolo también estará abierto a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado el presente Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en el presente Protocolo. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por el presente Protocolo. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 17

Entrada en vigor

1. El presente Protocolo entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, a condición de que no entre en vigor antes de la entrada en vigor de la Convención. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, cualquiera que sea la última fecha.

Artículo 18

Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte en el Protocolo podrán proponer enmiendas por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de las Partes en la Convención para que la examinen y decidan al respecto. Los Estados Parte en el presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes harán todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el presente Protocolo presentes y votantes en la sesión de la Conferencia de las Partes.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente Protocolo. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda refrendada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que éste deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones del presente Protocolo, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 19

Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar el presente Protocolo mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en el presente Protocolo cuando lo hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Artículo 20

Depositario e idiomas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.

2. El original del presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Protocolo.

Anexo III

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y Protocolo Final

PREÁMBULO

Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad,

Considerando que, con respecto a la represión de la trata de mujeres y niños, están en vigor los siguientes instrumentos internacionales: 1) Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948, 2) Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificado por el precitado Protocolo, 3) Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947, 4) Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificado por el precitado Protocolo,

Considerando que la Sociedad de las Naciones redactó en 1937 un proyecto de Convenio para extender el alcance de tales instrumentos, y

Considerando que la evolución de la situación desde 1937 hace posible la conclusión de un Convenio para fusionar los instrumentos precitados en uno que recoja el fondo del proyecto de Convenio de 1937, así como las modificaciones que se estime conveniente introducir,

Por lo tanto,

Las Partes Contratantes convienen por el presente en lo que a continuación se establece:

ARTÍCULO 1

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:

- 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona;
- 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona

ARTÍCULO 2

Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que:

- 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento;
- 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

ARTÍCULO 3

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales serán también castigados toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y todo acto preparatorio de su comisión.

ARTÍCULO 4

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, será también punible la participación intencional en cualquiera de los actos delictuosos mencionados en los artículos 1 y 2.

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, los actos de participación serán considerados como infracciones distintas en todos los casos en que ello sea necesario para evitar la impunidad.

ARTÍCULO 5

Cuando las personas perjudicadas tuvieren derecho, con arreglo a las leyes nacionales, a constituirse en parte civil respecto a cualquiera de las infracciones mencionadas en el presente Convenio, los extranjeros tendrán el mismo derecho en condiciones de igualdad con los nacionales.

ARTÍCULO 6

Cada una de las Partes en el presente Convenio conviene en adoptar todas las medidas necesarias para derogar o abolir cualquier ley, reglamento o disposición administrativa vigente, en virtud de la cual las personas dedicadas a la prostitución o de quienes se sospeche que se dedican a ella, tengan que inscribirse en un registro especial, que poseer un documento especial o que cumplir algún requisito excepcional para fines de vigilancia o notificación.

ARTÍCULO 7

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, las condenas anteriores pronunciadas en Estados extranjeros por las infracciones mencionadas en el presente Convenio, se tendrán en cuenta para: 1) Determinar la reincidencia; 2) Inhabilitar al infractor para el ejercicio de sus derechos civiles o políticos.

ARTÍCULO 8

Las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 del presente Convenio serán consideradas como casos de extradición en todo tratado de extradición ya concertado o que ulteriormente se concierte entre cualesquiera de las Partes en el presente Convenio.

Las Partes en el presente Convenio que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado, deberán reconocer en adelante las infracciones

mencionadas en los artículos 1 y 2 del presente Convenio como casos de extradición entre ellas.

La extradición será concedida con arreglo a las leyes del Estado al que se formulare la petición de extradición.

ARTÍCULO 9

En los Estado cuya legislación no admita la extradición de nacionales, los nacionales que hubieren regresado a su propio Estado después de haber cometido en el extranjero cualquiera de las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 del presente Convenio, serán enjuiciados y castigados por los tribunales de su propio Estado.

No se aplicará esta disposición cuando, en casos análogos entre las Partes en el presente Convenio, no pueda concederse la extradición de un extranjero.

ARTÍCULO 10

Las disposiciones del artículo 9 no se aplicarán cuando el inculpado hubiere sido enjuiciado en un Estado extranjero y, caso de haber sido condenado, hubiere cumplido su condena o se le hubiere condonado o reducido la pena con arreglo o lo dispuesto en las leyes de tal Estado extranjero.

ARTÍCULO 11

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de prejuzgar la actitud de cualquiera de las Partes respecto a la cuestión general de los límites de la jurisdicción penal en derecho internacional.

ARTÍCULO 12

El presente Convenio no afecta al principio de que las infracciones a que se refiere habrán de ser definidas, enjuiciadas y castigadas, en cada Estado, conforme a sus leyes nacionales.

ARTÍCULO 13

Las Partes en el presente Convenio estarán obligadas a ejecutar las comisiones rogatorias relativas a las infracciones mencionadas en este Convenio, conforme a sus leyes y prácticas nacionales.

La transmisión de comisiones rogatorias se efectuará:

- 1) Por comunicación directa entre las autoridades judiciales;
- 2) Por comunicación directa entre los Ministros de Justicia de los dos Estados, o por comunicación directa de otra autoridad competente del Estado que formule la solicitud al Ministro de Justicia del Estado al cual le fuese formulada la solicitud;
o
- 3) Por conducto del representante diplomático o consular del Estado que formule la solicitud, acreditado en el Estado al cual le fuese formulada la solicitud; tal representante enviará las comisiones rogatorias directamente a la autoridad judicial competente o a la autoridad indicada por el gobierno del Estado al cual le fuese formulada la solicitud, y deberá recibir, directamente de tal autoridad, los documentos que constituyan la ejecución de las comisiones rogatorias.

En los casos 1 y 3, se enviará siempre una copia de la comisión rogatoria a la autoridad superior del Estado al cual le fuese formulada la solicitud.

Salvo acuerdo en contrario, las comisiones rogatorias serán redactadas en el idioma de la autoridad que formule la solicitud, pero el Estado al cual le fuese formulada la solicitud podrá pedir una traducción a su propio idioma, certificada conforme al original por la autoridad que formule la solicitud.

Cada una de las Partes en el presente Convenio notificará a cada una de las demás Partes cuál o cuáles de los medios de transmisión anteriormente mencionados reconocerá para las comisiones rogatorias de tal Parte.

Hasta que un Estado haya hecho tal notificación, seguirá en vigor el procedimiento que utilice normalmente en cuanto a las comisiones rogatorias.

La ejecución de las comisiones rogatorias no dará lugar a reclamación de reembolso por derechos o gastos de ninguna clase, salvo los gastos de peritaje.

Nada de lo dispuesto en el presente artículo deberá interpretarse en el sentido de comprometer a las Partes en el presente Convenio a adoptar en materia penal cualquier forma o método de prueba que sea incompatible con sus leyes nacionales.

ARTÍCULO 14

Cada una de las Partes en el presente Convenio establecerá o mantendrá un servicio encargado de coordinar y centralizar los resultados de las investigaciones sobre las infracciones a que se refiere el presente Convenio.

Tales servicios tendrán a su cargo la compilación de toda información que pueda facilitar la prevención y el castigo de las infracciones a que se refiere el presente Convenio y deberán mantener estrechas relaciones con los servicios correspondientes de los demás Estados.

ARTÍCULO 15

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales y en que las autoridades encargadas de los servicios mencionados en el artículo 14 lo estimen conveniente, tales autoridades deberán suministrar a los encargados de los servicios correspondientes en otros Estados los datos siguientes:

- 1) Información detallada respecto a cualquiera de las infracciones mencionadas en el presente Convenio o a las tentativas de cometerlas;
- 2) Información detallada acerca de cualquier enjuiciamiento, detención, condena, negativa de admisión o expulsión de personas culpables de cualquiera de las infracciones mencionadas en el presente Convenio, así como de los desplazamientos de tales personas y cualesquiera otros datos pertinentes.

Los datos suministrados en esta forma habrán de incluir la descripción de los infractores, sus impresiones digitales, fotografías, métodos de operación, antecedentes policiales y antecedentes penales.

ARTÍCULO 16

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución y de las infracciones a que se refiere el presente Convenio, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos.

ARTÍCULO 17

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución.

En especial se comprometen:

- 1) A promulgar las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para proteger a los inmigrantes o emigrantes, y en particular a las mujeres y a los niños, tanto en el lugar de llegada o de partida como durante el viaje;
- 2) A adoptar disposiciones para organizar una publicidad adecuada en que se advierta al público el peligro de dicha trata;
- 3) A adoptar las medidas adecuadas para garantizar la vigilancia en las estaciones de ferrocarril, en los aeropuertos, en los puertos marítimos y durante los viajes y en otros lugares públicos, a fin de impedir la trata internacional de personas para fines de prostitución;
- 4) A adoptar las medidas adecuadas para informar a las autoridades competentes de la llegada de personas que prima facie parezcan ser culpables o cómplices de dicha trata o víctimas de ellas.

ARTÍCULO 18

Las Partes en el presente Convenio se comprometen, con arreglo a las condiciones prescritas en sus leyes nacionales, a tomar declaraciones a las personas extranjeras dedicadas a la prostitución, con objeto de establecer su identidad y estado civil y de determinar las causas que les obligaron a salir de su Estado. Los datos obtenidos en esta forma serán comunicados a las autoridades del Estado de origen de tales personas, con miras a su repatriación eventual.

ARTÍCULO 19

Las Partes en el presente Convenio se comprometen, con arreglo a las condiciones prescritas en sus leyes nacionales y sin perjuicio del enjuiciamiento o de otra acción por violaciones de sus disposiciones, en cuanto sea posible:

1) A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar ayuda y mantener a las víctimas indigentes de la trata internacional de personas para fines de prostitución, mientras se tramita su repatriación;

2) A repatriar a las personas a que se refiere el artículo 18 que desearan ser repatriadas o que fueren reclamadas por personas que tengan autoridad sobre ellas, o cuya expulsión se ordenare conforme a la ley. La repatriación se llevará a cabo únicamente previo acuerdo con el Estado de destino en cuanto a la identidad y la nacionalidad de las personas de que se trate, así como respecto al lugar y a la fecha de llegada a las fronteras. Cada una de las Partes en el presente Convenio facilitará el tránsito de tales personas a través de su territorio.

Cuando las personas a que se refiere el párrafo precedente no pudieren devolver el importe de los gastos de su repatriación y carecieren de cónyuge, parientes o tutores que pudieren sufragarlos, la repatriación hasta la frontera, el puerto de embarque o el aeropuerto más próximo en dirección del Estado de origen, será costeadada por el Estado de residencia y el costo del resto del viaje será sufragado por el Estado de origen.

ARTÍCULO 20

Las Partes en el presente Convenio, si no lo hubieren hecho ya, deberán adoptar las medidas necesarias para la inspección de las agencias de colocación, a fin

de impedir que las personas que buscan trabajo, en especial las mujeres y los niños, se expongan al peligro de la prostitución.

ARTÍCULO 21

Las Partes en el presente Convenio comunicarán al Secretario General de las Naciones Unidas las leyes y reglamentos que ya hubieren sido promulgados en sus Estados y, en lo sucesivo, comunicarán anualmente toda ley o reglamento que promulgaren respecto a las materias a que se refiere el presente Convenio, así como toda medida adoptada por ellas en cuanto a la aplicación del Convenio. Las informaciones recibidas serán publicadas periódicamente por el Secretario General y enviadas a todos los Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a los que se comunique oficialmente el presente Convenio con arreglo al artículo 23.

ARTÍCULO 22

En caso de que surgiere una controversia entre las Partes en el presente Convenio, respecto a su interpretación o aplicación, y que tal controversia no pudiere ser resuelta por otros medios, será sometida a la Corte Internacional de Justicia, a petición de cualquiera de las Partes en la controversia.

ARTÍCULO 23

El presente Convenio quedará abierto a la firma de todo Miembro de las Naciones Unidas, así como de cualquier otro Estado al cual el Consejo Económico y Social hubiere dirigido una invitación al efecto.

El presente Convenio será ratificado y los instrumentos de ratificación serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Los Estados a que se refiere el párrafo primero, que no hayan firmado el Convenio, podrán adherirse a él.

La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en la Secretaría General de las Naciones Unidas.

A los efectos del presente Convenio, el término "Estado" comprenderá igualmente a todas las colonias y territorios bajo fideicomiso de un Estado que firme el Convenio o se adhiera a él, así como a todos los demás territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable tal Estado.

ARTÍCULO 24

El presente Convenio entrará en vigor noventa días después de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación o adhesión.

Respecto a cada Estado que ratifique el Convenio, o se adhiera a él, después del depósito del segundo instrumento de ratificación o adhesión, el Convenio entrará en vigor noventa días después del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTÍCULO 25

Transcurridos cinco años después de su entrada en vigor, cualquier Parte en el presente Convenio podrá denunciarlo mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.

Tal denuncia surtirá efecto, con respecto a la Parte que la formule, un año después de la fecha en que sea recibida por el Secretario General de las Naciones Unidas.

ARTÍCULO 26

El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a los que se refiere el artículo 23:

- a) De las firmas, ratificaciones y adhesiones, recibidas con arreglo al artículo 23;
- b) De la fecha en que el presente Convenio entrará en vigor, con arreglo al artículo 24;
- c) De las denuncias recibidas con arreglo al artículo 25.

ARTÍCULO 27

Cada Parte en el presente Convenio se compromete a adoptar, de conformidad con su Constitución, las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar la aplicación del presente Convenio.

ARTÍCULO 28

Las disposiciones del presente Convenio abrogarán, en las relaciones entre las Partes en el mismo, las disposiciones de los instrumentos internacionales mencionados en los incisos 1, 2, 3 y 4 del segundo párrafo del Preámbulo, cada uno de los cuales se considerará caducado cuando todas las Partes en el mismo hayan llegado a ser Partes en el presente Convenio.

PROTOCOLO FINAL

Nada en el presente Convenio podrá interpretarse en perjuicio de cualquier legislación que, para la aplicación de las disposiciones encaminadas a obtener la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, prevea condiciones más severas que las estipuladas por el presente Convenio.

Las disposiciones de los artículos 23 a 26 inclusive del Convenio se aplicarán a este Protocolo.

Anexo IV

Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, Firmado en París el 18 de Mayo de 1904, Enmendado por el Protocolo Firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949

Firmado en París el 18 de mayo de 1904, y enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949.

(Los Estados representados)

...deseosos de asegurar a las mujeres mayores, de las que se ha abusado o se les ha forzado, como a las mujeres y muchachas menores una protección efectiva contra el tráfico criminal conocido bajo el nombre de "Trata de Blancas", han resuelto celebrar un Convenio con el fin de tomar las medidas pertinentes para lograr este objetivo y han designado como Plenipotenciarios suyos, a saber:

(Nombres de los Plenipotenciarios)...

Quienes habiendo cambiado sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en las disposiciones siguientes:

ARTICULO 1

Cada Gobierno contratante se compromete a establecer o designar a una Autoridad encargada de centralizar todos los datos acerca de la contratación de mujeres y muchachas con el fin de darlas a la vida depravada en el extranjero; esta autoridad tendrá facultad para tener correspondencia directa con el servicio similar establecido en cada uno de los demás estados contratantes.

ARTICULO 2

Cada uno de los Gobiernos se compromete a hacer ejercitar una vigilancia con el fin de investigar, particularmente en las estaciones ferroviarias, los puertos de embarque, y, ya en el trayecto, a los que conducen a mujeres y muchachas destinadas a la vida depravada. Se dirigirán instrucciones en este sentido a los funcionarios o a todas las demás personas que tengan autoridad en este sentido

para procurar, en los límites legales, todos los datos de naturaleza suficiente para llevar al descubrimiento de un tráfico criminal.

La llegada de personas que parezcan evidentemente ser autores, cómplices o víctimas de tal tráfico se señalará, en su caso, sea a las autoridades del lugar de destino, sea a los Agentes Diplomáticos o Consulares interesados, sea a todas las demás autoridades competentes.

ARTICULO 3

Los Gobiernos se comprometen a hacer recibir, cuando se dé el caso y dentro de los límites legales, las declaraciones de mujeres o muchachas de nacionalidad extranjera que se entregan a la prostitución, con el fin de establecer su identidad y su estado civil e investigar quién las hizo tomar la determinación de dejar su país. Los datos recogidos se comunicarán a las Autoridades del país de origen de dichas mujeres o muchachas, con el fin de su repatriación eventual.

Los Gobiernos se comprometen, dentro de los límites legales y en la medida que se pueda, a confiar de manera provisional y con el fin de una repatriación eventual a las víctimas de un tráfico criminal cuando estén carentes de recursos, a instituciones de asistencia pública o privada o a particulares que ofrezcan las garantías necesarias.

Los Gobiernos se comprometen también, dentro de los límites legales y en la medida que sea posible, a enviar a su país de origen a aquellas mujeres o muchachas que pidan su repatriación o que hayan sido reclamadas por personas que tengan autoridad sobre ellas. La repatriación solamente se efectuará después que haya habido entendimiento acerca de la identidad y la nacionalidad, así como acerca del lugar y la fecha de llegada a las fronteras. Cada país contratante facilitará el paso por su territorio.

La correspondencia relativa a las repatriaciones, se hará, en lo posible, por vía directa.

ARTICULO 4

En caso de que la mujer o muchacha que deba repatriarse no pudiese reembolsar ella misma los gastos de su transferencia y que no tuviese ni marido, ni parientes, ni tutor que pagasen por ella, los gastos ocasionados por la repatriación correrán por cuenta del país sobre cuyo territorio reside ella, hasta la siguiente frontera o puerto de embarque en dirección del país de origen y por cuenta del país de origen por el resto.

ARTICULO 5

Debido a las disposiciones de los artículos 3 y 4 de más arriba, no quedan derogadas las Convenciones particulares que pudiesen existir entre los Gobiernos contratantes.

ARTICULO 6

Los Gobiernos contratantes se comprometen, dentro de los límites legales, a ejercer en lo posible una vigilancia de las oficinas o agencias que se ocupan de la colocación de mujeres o muchachas en el extranjero.

ARTICULO 7

Los Estados no signatarios son admitidos si quieren participar en el presente Convenio. Para este efecto, notificarán su intención al Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, quien dará conocimiento de ello a todos los Estados Contratantes, así como a todos los Estados Miembros de la Organización de Naciones Unidas,

ARTICULO 8

El presente Convenio entrará en vigor seis meses después de la fecha del canje de ratificaciones. En caso de que alguna de las partes contratantes lo denunciase, dicha denuncia no tendrá efecto más que con respecto a esta parte y esto solamente doce meses a contar del día de dicha denuncia.

ARTICULO 9

El presente Convenio será ratificado y las ratificaciones se canjearán en París a la mayor brevedad posible.

En fe de lo cual los Plenipotenciarios respectivos firmaron el presente Convenio y lo sellaron con sus sellos.

Celebrado en París el 18 de mayo de 1904, en un solo ejemplar que permanecerá depositado en los archivos del Ministerio de Negocios Extranjeros de la República Francesa y se remitirá una copia de él, certificada y conforme, a todas las Potencias contratantes.

Anexo V

Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, Firmado en París el 4 de mayo de 1910, Enmendado por el Protocolo Firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949

(Los Estados Representados)

Igualmente deseosos de dar la mayor eficacia posible a la represión del tráfico conocido bajo el nombre de "trata de blancas", han resuelto celebrar una convención para este efecto, y después de haberse establecido un proyecto en una primera conferencia reunida en París del 15 al 25 de julio de 1902, han designado sus Plenipotenciarios, reunidos en una segunda conferencia en París, del 18 de abril al 4 de mayo de 1910, quienes estuvieron de acuerdo en las siguientes disposiciones:

ARTICULO 1

Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya contratado, secuestrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o a una joven menor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la fracción se hayan cometido en países diferentes.

ARTICULO 2

Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, mediante fraude o con ayuda de violencias, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coacción, haya contratado, secuestrado o seducido una mujer o una joven mayor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la infracción hayan sido cometidos en países diferentes.

ARTICULO 3 Las Partes contratantes cuya legislación no fuese al presente suficiente para reprimir las infracciones a que se refieren los dos artículos precedentes, se comprometen a proponer a sus legislaturas respectivas las medidas necesarias para que dichas infracciones sean castigadas de acuerdo con su gravedad.

ARTICULO 4 Las Partes contratantes se comunicarán mutuamente, por conducto del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, las leyes que ya hayan sido promulgadas, o que en lo futuro lo sean, en sus Estados, con relación al objeto de la presente convención.

ARTICULO 5 Las infracciones previstas por los artículos 1 y 2 serán a partir de la fecha de vigencia de la presente convención, consideradas como inscritas de pleno derecho en el número de las infracciones que dan lugar a extradición de acuerdo con las convenciones que ya existan entre las Partes contratantes.

En el caso en que la estipulación que precede no pueda tener efectos sin modificar la legislación existente, las Partes contratantes se comprometen a tomar las medidas necesarias o a proponerlas a sus respectivas legislaturas.

ARTICULO 6

La transmisión de los exhortos relativos a las infracciones comprendidas en esta convención, se efectuará:

- 1.- Ya sea por comunicación directa entre las autoridades judiciales;
- 2.- Ya sea por conducto del agente, diplomático o consular del país requeriente en el país requerido; este agente enviará directamente el exhorto a la autoridad judicial competente y recibirá directamente de dicha autoridad la documentación que acredite la diligenciación del exhorto;

(En estos dos casos, se enviará siempre una copia del exhorto, al mismo tiempo, a la autoridad superior del Estado requerido);

- 3.- Ya sea por la vía diplomática.

Cada una de las Partes contratantes hará saber, por medio de una comunicación dirigida a cada una de las demás partes contratantes, cuál de los modos de transmisión arriba mencionados es el que prefiere para los exhortos que lleguen de dicho Estado.

Todas las dificultades que surjan con motivo de las transmisiones operadas en los casos de los párrafos 1 y 2 de este artículo, se zanjarán por la vía diplomática.

Salvo convenio en contrario, el exhorto debe estar redactado, ya sea en el idioma de la autoridad requerida, ya en el idioma en que convengan los dos Estados interesados, o bien debe ir acompañado de una traducción hecha en uno de los dos idiomas y certificada como auténtica por un agente diplomático o consular del Estado requirente o por un traductor juramentado del Estado requerido.

La diligenciación de los exhortos no podrá dar lugar al reembolso de derechos o gastos de ninguna clase.

ARTICULO 7

Las Partes contratantes se obligan a comunicarse entre sí los boletines o constancias de condena, cuando se trate de infracciones que sean objeto de la presente convención y cuyos elementos constitutivos hayan sido cometidos en países diferentes.

Tales documentos serán transmitidos directamente por las autoridades designadas conforme al artículo 1° del Arreglo celebrado en París con fecha 18 de mayo de 1904, a las autoridades similares de los demás Estados contratantes.

ARTICULO 8

Los Estados no signatarios están admitidos para adherirse a la presente Convención. Para este fin, notificarán su intención por medio de un instrumento que se depositará en los archivos de la Organización de las Naciones Unidas. El Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas enviará copia certificada de él a cada uno de los Estados contratantes y a todos los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y los notificará al mismo tiempo de la fecha del depósito. Mediante el mismo aviso de notificación, se dará comunicación de las leyes promulgadas en el Estado adherente, que se refieran al objeto de la presente Convención.

Seis meses después de la fecha en que se deposite el instrumento de notificación, la Convención entrará en vigor en el conjunto del territorio del Estado adherente, que se convertirá así en Estado contratante.

La adhesión a la Convención implicará, de pleno derecho y sin notificación especial, la adhesión concomitante, y completa al Arreglo del 18 de mayo de 1904, que entrará en vigor, en la misma fecha que dicha Convención, en el conjunto del territorio del Estado adherente.

No debe entenderse que la disposición precedente perjudique en forma alguna al artículo 7 del Arreglo precitado del 18 de mayo de 1904, el cual queda aplicable al caso en que un Estado prefiriere adherirse solamente a dicho Arreglo.

ARTICULO 9

La presente Convención, complementada por un Protocolo de clausura que será parte integrante de ella, será ratificada, y las ratificaciones se depositarán en París tan pronto como seis de los Estados contratantes estén en condiciones de hacerlo.

Se levantará acta de todo depósito de ratificación, cuya copia certificada se remitirá, por la vía diplomática, a cada uno de los Estados contratantes.

La presente Convención entrará en vigor seis meses después de la fecha del depósito de las ratificaciones.

ARTICULO 10

En caso de que uno de los Estados contratantes denunciare la Convención, esta denuncia no tendrá efecto sino con relación a dicho Estado.

La denuncia se notificará mediante un instrumento que se depositará en los archivos de la Organización de las Naciones Unidas. El Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas enviará una copia certificada de él a cada uno de los Estados contratantes y a todos los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y les notificará al mismo tiempo la fecha del depósito.

Dos meses después de dicha fecha, la Convención dejará de estar en vigor en el conjunto del territorio del Estado que lo haya denunciado.

La denuncia de la Convención no implicará de pleno derecho una denuncia concomitante del Arreglo del 18 de mayo de 1904, a menos que de ello se haga mención expresa en el instrumento de notificación; en caso contrario, el Estado contratante deberá, para denunciar dicho Arreglo, proceder conforme al artículo 8 del mismo.

ARTICULO 11

Si un Estado contratante desea que la presente Convención entre en vigor en una o varias de sus colonias, posesiones o circunscripciones consulares judiciales, notificará su intención a este efecto mediante un instrumento que se depositará en los archivos de la Organización de las Naciones Unidas. El Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, enviará una copia certificada del mismo a cada uno de los Estados contratantes y a, todos los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas y al mismo tiempo les comunicará la fecha del depósito.

En el propio aviso de notificación se dará comunicación de las leyes promulgadas en las colonias, posesiones o circunscripciones consulares judiciales, relativas al objeto de la presente Convención. Las leyes que ulteriormente se promulgaren, darán lugar igualmente a comunicaciones a los Estados contratantes, conforme al artículo 4.

Seis meses después de la fecha de depósito del instrumento de notificación, la Convención entrará en vigor en las colonias, posesiones o circunscripciones consulares judiciales a que se refiere el instrumento de notificación.

El Estado requeriente hará saber, por una comunicación dirigida a cada uno de los demás Estados contratantes el modo o modos de transmisión que admita para los exhortes con destino a las colonias, posesiones o circunscripciones consulares judiciales que hayan sido objeto de la notificación mencionada en el primer párrafo del presente artículo.

La denuncia de la Convención por uno de los Estados contratantes respecto de una o varias de sus colonias, posesiones o circunscripciones consulares judiciales, se efectuará en las formas y condiciones determinadas por el primer párrafo del presente artículo. Tendrá efecto doce meses después de la fecha del depósito del instrumento de denuncia en los archivos de la Organización de las Naciones Unidas.

La adhesión a la Convención por un Estado contratante con respecto a una o varias de sus colonias, posesiones o circunscripciones consulares judiciales, implicará, de pleno derecho y sin notificación especial, la adhesión concomitante y completa al Arreglo del 18 de mayo de 1904. Dicho Arreglo entrará en vigor en dichos lugares en la misma fecha que la Convención misma. Sin embargo, la denuncia de la Convención por un Estado contratante respecto de una o varias de sus colonias, posesiones o circunscripciones consulares judiciales, no implicará de pleno derecho, a menos que se mencionen expresamente en el instrumento de notificación, la denuncia concomitante del Arreglo de 18 de mayo de 1904. Por lo demás, permanecen válidas las declaraciones que las Potencias firmantes del Arreglo de 18 de mayo de 1904 hayan podido hacer con relación a la adhesión de sus colonias al susodicho Arreglo.

Sin embargo, a partir de la fecha en que entre en vigor la presente Convención, las adhesiones o denuncias que se apliquen a este Arreglo, y relativas a las colonias, posesiones o circunscripciones consulares judiciales de los Estados contratantes se efectuarán de conformidad a las disposiciones del presente artículo.

ARTICULO 12

La presente Convención, que llevará la fecha del 4 de mayo de 1910, podrá ser firmada en París hasta el 31 de julio siguiente por los Plenipotenciarios de las potencias representadas en la Segunda Conferencia relativa a la represión de la trata de Blancas.

Otorgada en París, el cuatro de mayo de mil novecientos diez, en un solo ejemplar, cuya copia certificada será entregada a cada una de las Potencias firmantes.

ANEXO

PROTOCOLO DE CLAUSURA

En el momento de proceder a la firma de la Convención de esta fecha, los suscritos Plenipotenciarios considerarán conveniente indicar el espíritu según el cual deben entenderse los artículos 1, 2 y 3 de esta Convención, y según el cual es deseable que, en ejercicio de su soberanía legislativa los Estados contratantes procedan a la ejecución de las estipulaciones convenidas y a su complemento.

A.-Las disposiciones de los artículos 1 y 2 deben ser consideradas como un MÍNIMUM, en el sentido de que es evidente que los Gobiernos contratantes quedan absolutamente libres para castigar otras infracciones análogas, como por ejemplo, la contratación de personas mayores aun cuando no haya ni fraude ni coacción.

B.-Para la represión de las infracciones a que se refieren los artículos 1 y 2, queda entendido que las palabras "Mujer o joven menor de edad, mujer o joven mayor de edad" designan las mujeres o las jóvenes menores o mayores de veinte años cumplidos. Puede una ley, sin embargo, fijar una edad de protección más elevada, con la condición que sea la misma para las mujeres o las jóvenes de todas las nacionalidades.

C.-Para la represión de las mis mas infracciones, la Ley deberá estatuir, en todos los casos, una pena privativa de la libertad individual, sin perjuicio de todas las penas principales o accesorias; deberá también tener en cuenta, independientemente de la edad de la víctima, las diversas circunstancias agravantes que puedan concurrir en cada caso particular, como las mencionadas en el artículo 2, o el hecho de que la víctima hubiese sido entregada efectivamente a la vida licenciosa.

D.- El caso de la retención, contra su voluntad, de una mujer o una joven en una casa de prostitución, no ha podido figurar, a pesar de su gravedad, en esta Convención, porque es del resorte exclusivo de la legislación interior.

El presente Protocolo de Clausura será considerado como parte integrante de la Convención de esta fecha, y tendrá la misma fuerza, el mismo valor y la misma duración.

Otorgado y firmado en un solo ejemplar, en París, el 4 de mayo de 1910.

Anexo VI

Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores

Adopción: Ginebra, Suiza, 30 de septiembre de 1921

Adhesión de México: 10 de mayo de 1932

DO 25 de enero de 1936

ARTÍCULO 1.- Las Altas Partes Contratantes, en caso de que todavía no fueren partes en el Convenio del 18 de mayo de 1904 y en la Convención del 4 de mayo de 1910, convienen en remitir, dentro del menor plazo posible y en la forma prevista en el Convenio y Convención arriba aludidos, sus ratificaciones a dichos Actos o sus adhesiones a los mismos.

ARTÍCULO 2.- Las Altas Partes Contratantes convienen en tomar todas las medidas conducentes a la busca y castigo de los individuos que se dediquen a la trata de menores de uno y otro sexo, entendiéndose dicha infracción en el sentido del artículo primero de la Convención del 4 de mayo de 1910.

ARTÍCULO 3.- Las Altas Partes Contratantes convienen en tomar las medidas necesarias tendientes a castigar los intentos de infracciones y, dentro de los límites legales, los actos preparatorios de las infracciones previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención del 4 de mayo de 1910.

ARTÍCULO 4.- Las Altas Partes Contratantes convienen, en caso de que no existiere entre ellas Convenciones de extradición, en tomar todas las medidas que estuvieran a su alcance para la extradición de los individuos convictos de infracciones a las disposiciones previstas en los artículos 1 y 2 de la Convención del 4 de mayo de 1910, o condenados por las tales infracciones.

ARTÍCULO 5.- En el párrafo B del producto Final de la Convención de 1910, se substituirán las palabras "veinte años cumplidos" por las palabras "veintiún años cumplidos".

ARTÍCULO 6.- Las Altas Partes Contratantes convienen, en caso de que no hubieren tomado aún medidas legislativas o administrativas referentes a la autorización y vigilancia de agencias y oficinas de colaboración, en decretar los reglamentos indispensables para lograr la protección, de mujeres y menores que busquen trabajo en otros países.

ARTÍCULO 7.- Las Altas Partes Contratantes convienen, por lo que respecta a sus servicios de Inmigración y Emigración, en tomar las medidas administrativas y legislativas destinadas a combatir la trata de mujeres y menores. Conviene, especialmente, en poner en vigor los reglamentos necesarios para la protección de mujeres y menores que viajen a bordo de buques para emigrantes, no sólo a la salida y a la llegada, sino durante la travesía, y a tomar las providencias a efecto de que se coloquen en lugares visibles, en las estaciones y en los puertos, avisos en que se prevenga a las mujeres y a los menores contra los peligros de la trata, y en los que señalen los lugares donde pueden hallar alojamiento y ayuda.

ARTÍCULO 8.- Esta Convención cuya redacción en francés y en inglés será igualmente fehaciente, llevará fecha de hoy y podrá ser firmada hasta el 31 de marzo de 1922.

ARTÍCULO 9.- Esta Convención está sujeta a ratificación, Los instrumentos de ratificación, se enviarán al Secretario General de la Sociedad de Naciones, el que dará aviso de haberlos recibido a los demás miembros de la Sociedad y a los Estados admitidos a firmar la Convención. Los instrumentos de ratificación serán depositados en los archivos de la Secretaría.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones, el Secretario General registrará esta Convención tan pronto como se efectuó el depósito de la primera ratificación.

ARTÍCULO 10.- Los miembros de la Sociedad de Naciones que hubieren firmado esta convención antes del 1º de abril de 1922, podrán adherirse a la misma.

Igual cosa podrán hacer los Estados no Miembros de la Sociedad a los que el Consejo de la misma resolviere comunicar oficialmente esta, Convención.

Las adhesiones serán notificadas al Secretario General de la Sociedad, el que dará aviso de ello a todas las potencias interesadas, indicando la fecha de la notificación.

ARTÍCULO 11.- Esta Convención entrará en vigor, para cada Parte, en la fecha del depósito de su ratificación o del acto de su adhesión.

ARTÍCULO 12.- Esta Convención podrá ser denunciada por cualquier miembro de la Sociedad o Estado parte en la misma, dando aviso con doce meses de anticipación. La denuncia se hará por medio de una notificación escrita, dirigida al Secretario General de la Sociedad. Este remitirá inmediatamente a todas las demás Partes, copias de dicha notificación indicándoles la fecha en que se haya recibido.

La denuncia surtirá efectos un año después de la fecha de notificación al Secretario General y sólo efectuará al Estado que hubiere formulado.

ARTICULO 13.- El Secretario General de la Sociedad llevará un registro de todas las partes que hayan firmado, ratificado o denunciado esta Convención o que se hayan adherido a la misma. Dicho registro podrá ser consultado en todo tiempo por los miembros de la Sociedad, y se publicará, tan a menudo como sea posible, de acuerdo con las instrucciones del Consejo.

ARTÍCULO 14.- Cualquier miembro o Estado signatario podrá formular una declaración en el sentido de que su firma no obliga a todas o alguna de sus colonias, posesiones de ultramar, protectorados o territorios que se hallan bajo su soberanía o su autoridad, y podrá ulteriormente adherirse por separado a nombre de cualquiera de sus colonias, posesiones de ultramar, protectorados o territorios que hubieren sido excluidos en dicha declaración.

Anexo VII

Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad*

11 de octubre de 1933

Deseosos de asegurar de una manera más completa la represión de la trata de mujeres y niños; habiendo tomado conocimiento de las recomendaciones contenidas en el informe presentado al consejo de la Sociedad de Naciones, por la Comisión de la trata de mujeres y niños, sobre su duodécima sesión; habiendo resuelto completar, por medio de una Convención el Convenio del 18 de mayo de 1904 y las Convenciones del 4 de mayo de 1910 y del 30 de septiembre de 1931, relativos a la represión de la trata de mujeres y niños.

Artículo 1. Deberá ser castigado quienquiera que, para satisfacer pasiones ajenas, haya conseguido, arrastrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o muchacha mayor de edad para ejercer la prostitución en otro país, aun cuando los diversos actos que sean los elementos constitutivos del delito se haya realizado en distintos países.

El conato de delito, y dentro de los límites legales, los actos preparatorios, también serán punibles. Para los fines del presente artículo, el término "país" incluye a las colonias y protectorados de la alta parte contratante interesada, así como los territorios que estén bajo su soberanía y los territorios sobre el cual se haya otorgado un mandato.

Artículo 2. Las Altas Partes Contratantes, cuyas leyes actuales fueren insuficientes para reprimir los delitos a que se refiere el artículo anterior, convienen en dar los pasos necesarios para asegurar que tales delitos sean castigados en proporción a la gravedad de los mismos.

Artículo 3. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a comunicarse, mutuamente con respeto a cualquiera persona de uno u de otro sexo que hubiere cometido intentado cometer algunos de los delitos a que se refieren la presente Convención o a las Convenciones cometer algunos de los delitos a que se refiere

la presente Convención o a las Convenciones de 1910 y 1921 sobre la Represión del Tráfico de Mujeres y Niños, los diversos actos constitutivos de los cuales delitos hubieren sido, o deberían de haberse realizado con distintos países, los siguientes informes (o bien los informes análogos que las leyes y los reglamentos interiores permitieren suministrar);

- a) Las condenas, con todos los demás informes útiles que pudiesen obtenerse sobre el delincuente por ejemplo sobre su estado civil filiación, huellas digitales, fotografía, expediente de Policía, y sus métodos de operar, etc.
- b) Detalles sobre cualesquier medida de negación de admisión, o de expulsión que le hayan sido aplicadas.

Estos documentos o informes serán enviados directamente y sin dilación a las autoridades de los países interesados en cada caso particular, por la autoridades designadas conforme al artículo primero del Convenio celebrado en París el 18 de mayo de 1904. Dicho envío tendrá lugar, hasta donde sea posible, en todos los casos en que se conste alguna infracción, condena, negación de admisión o expulsión.

Artículo 4. Si surgiere entre las altas partes contratantes alguna desavenencia relativa a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención o de las Convenciones de 1910 y 1921 y si tal desavenencia no a 2 podido ser resuelta en forma satisfactoria por la vía diplomática, se arreglara de acuerdo con las disposiciones en vigor entre las partes relativas al arreglo de conflictos internacionales.

En caso de que tales disposiciones no existiesen entre las partes en desavenencia, someterán ésta a un procedimiento arbitral o judicial. A falta de un acuerdo respecto a la elección de otro tribunal someterán, el conflicto, a petición de una de ellas a la Corte Permanente de Justicia Internacional, si todas fueran parte en el Protocolo del 16 de septiembre de 1920, relativo al Estatuto de dicha Corte; y si no fueren Partes todas, a un tribunal de arbitraje constituido de acuerdo

con la Convención de la Haya del 18 de octubre de 1907, para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales.

Artículo 5. La Presente Convención, cuyo textos tanto en inglés como en francés, harán fe igualmente, llevará la fecha de este día y hasta el 1º de abril de 1934 quedará abierta a la firma de todo miembro de la Sociedad de Naciones o de todo Estado no miembro, que haya hecho representar en la Conferencia que ha elaborado la presente Convención o al que el consejo de la Sociedad de Naciones haya comunicado copia de la presente Convención a ese efecto.

Artículo 6. La presente Convención será ratificada. Los instrumentos de ratificación serán transmitidos al Secretario General de la Sociedad de Naciones, el que notificará su depósito a todos los Miembros de la Sociedad, así como a los estados no miembros mencionados en artículo anterior.

Artículo 7. A partir del primero de abril de 1934, todo Miembro de la Sociedad de Naciones y todo Estado no miembro mencionado en el artículo 5, podrá adherirse a la presente Convención.

Los instrumento de adhesión serán transmitidos al Secretario General de la Sociedad de Naciones, la que notificará su depósito a todos los miembro de la Sociedad, así como a los Estados no miembros mencionados en el citado artículo.

Artículo 8. La presente Convención entrará en vigor sesenta días después de que el Secretario General de la Sociedad de Naciones haya recibido dos ratificaciones o adhesiones.

Será registrada por el Secretario General el día de su entrada en vigor.

Las ratificaciones o adhesiones posteriores surtirán efecto al vencimiento del término de sesenta días, contadas desde la fecha en que fueran recibidas por el Secretario General.

Artículo 9. La presente Convención podrá ser denunciada por medio de notificación dirigida al Secretario General de la Sociedad de Naciones. Tal

denuncia surtirá sus efectos un año después de su recibo y solamente por lo que hace a la Alta Parte Contratante que la haya notificado.

Artículo 10. Toda Alta Parte Contratante podrá declarar el momento de la firma, de la adhesión o de la ratificación, que al aceptar la presente Convención no asume obligación alguna por el conjunto o parte de sus colonias, protectorados, territorios de ultramar, territorios colocados bajo su soberanía o territorio sobre los cuales le a sido confiado un mandato.

Toda Alta parte Contratante podrá declarar ulteriormente al Secretario General de la Sociedad de Naciones que la presente Convención se aplica al Conjunto o a una parte de los territorios que haya sido objeto de alguna declaración surtirá sus efectos sesenta días después de su recibo.

Anexo VIII

En México se usa la Ley contra la trata para cazar personas dedicadas al sexoservicio, acusan ONGs

Por Sugeyry Gándara

Los activistas enfatizaron que es necesario una reforma de la Ley General de Trata de Personas para que se deje de confundir el trabajo sexual consensuado con la trata. Así como, se han pronunciado para que las autoridades utilicen el Protocolo de Parlemo, para identificar a las víctimas reales de trata.

Las sexoservidoras no somos criminales, insistió Mereida, “vivimos en un mundo hipócrita: mientras la trata hace de las suyas, las autoridades afectan a las que estamos en esto por necesidad. La trata debe de ser castiga más no el trabajo sexual”.

Ciudad de México, 26 de abril (SinEmbargo).- Integrantes de la organización internacional Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW, por sus siglas en inglés), el colectivo Brigada Callejera de Apoyo a la Mujer “Elisa Martínez” y sexoservidoras, denunciaron que las autoridades usan la Ley contra la trata de personas como premisa para cazar sexoservidores, criminalizar el trabajo sexual consentido y cometer injusticias contra los que laboran por su propia voluntad.

Chas Álvarez, representante de GAATW; Francisco Lagunes, antropólogo presidente de Casa de los Amigos; Elvira Madrid Romero, presidenta de Brigada Callejera, y Patricia Merida, sexoservidora de la Merced, presentaron hoy el “Informe México 2018”, correspondiente a la investigación internacional de la GAATW sobre el trabajo sexual y trata de personas.

El estudio documenta el impacto negativo que ha tenido el marco de lucha contra la trata de personas en la vida de quienes ejercen el trabajo sexual y las condiciones de esa industria.

El proyecto fue realizado en seis países con la participación de “Empower Foundation” de Tailandia, “New Zealand Prostitutes Collective” (NZPC) de Nueva Zelanda, “The Veshya Anyay Mukti Parishad” (VAMP) de la India, “Stella” de Canadá, “SWEAT / Sisonke” de Sudáfrica, “Hetaira” de España y “Brigada Callejera de Apoyo a la Mujer Elisa Martínez ” de México.

Los resultados de la investigación arrojaron que en la Ley General contra la Trata de Personas, así como en leyes similares promulgadas en México, se combina la trata de personas y el trabajo sexual, lo que ha provocado el uso de estas leyes para criminalizar y perseguir a las trabajadoras sexuales.

“Es una ley con muchas ambigüedades que no identifica realmente quien es víctima de trata o una trabajador sexual. Se hacen leyes para criminalizar el trabajo sexual y no para combatir la trata”, explicó en rueda de prensa Elvira Madrid.

Chas Álvarez de GAATW sostuvo que es preocupante que se genere esta confusión y no se identifiquen directamente a las víctimas de trata porque invisibiliza la trata en otros sectores laborales y sobre todo porque no visibiliza los abusos que sufren las personas que están dentro de la industria del sector sexual.

“Poner tanto el foco en la trata sexual genera indirectamente que pasen por alto otras cosas que están sufriendo y enfrentando, además afecta a ambas víctimas porque las políticas no son adecuadas para ninguno de los dos casos”, agregó.

“Al igual que en otros países, la presión para mostrar persecuciones y condenas derivadas del Informe Anual sobre la trata de personas de los Estados Unidos y un sistema legal ineficaz y corrupto, ha dado lugar a una serie de irregularidades, acusaciones falsas y condenas erróneas por trata de personas, principalmente contra las trabajadoras sexuales y los migrantes”, revela el estudio.

Otro de los aspectos que destaca, es el uso de pruebas objetables o irregulares en las acusaciones de trata contra sexoservidores o personas inocentes, tal es

el caso de que las policías y fiscalías ha tomado los condones de los sexoservidores como evidencia de presunto delito trata.

“Cuando llegan los operativos a hoteles, a bares y departamentos, donde se ocupan las compañeras, y si [los agentes] ven o encuentran condones automáticamente dicen que ahí se ejerce prostitución y que todas son víctimas de trata”, detalló Elvira Madrid.

La Brigada Callejera afirmó que en los estados de Guadalajara, Chiapas, Puebla, Tlaxcala y Ciudad de México han utilizado condones localizados como prueba para fincar cargos de trata de personas.

El antropólogo Francisco Lagunes, realizador del estudio en México, explicó que debido a la ambigüedad en la Ley no se pueden dar prestaciones a los sexoservidores porque se considera que cualquier persona que recibe dinero o algún beneficio de al menos tres trabajadores sexuales ya se puede considerar como delito de trata de personas, aunque no haya medios comitivos.

Ejemplificó: “antes algunos hoteles daban de comer sexoservidores para que no se fueran de esos inmuebles a la hora de tener clientes, era una especie de prestación que daban como una estrategia comercial; pero como las beneficiadas son trabajadores sexuales lo toman como trata. Los hoteles dejaron de hacer esto por miedo, porque los policías dicen que si les dan de comer ahí es porque hay trata. Ahora resulta hasta unos tacos pueden ser considerados evidencia de trata”.

“...si tres sexoservidores están rentado un departamento, el arrendador ya podría ser considerado como trata porque recibe un beneficio monetario. Si quieres contratar un contador o alguien que cuide al puerta o para limpiar, a esa personas ya la pueden acusar de trabajo, aunque esa persona no controle a los chicas aunque sea su empleado se puede presentar como trata, solo porque recibe un beneficio de ellos. La ley está hecha para confundir el trabajo sexual con trata”.

Chas Álvarez comentó que esta criminalización no solo se da en México sino en varios países en donde los sexoservidores no pueden acceder a derechos laborales por estas políticas restrictivas.

“Otro efecto de la prohibición indebida de los contratos sexuales, incluida en la ley contra la trata de personas, es que constituye un obstáculo para que las trabajadoras sexuales garanticen su derecho a establecer relaciones laborales formales con los empleadores, contraviniendo el espíritu del Convenio 102 de la OIT”, especifica el informe.

La Brigada Callejera insiste en que hay diferencia crucial entre el consentimiento de las transacciones sexuales de adultos y la trata de personas.

“Las medidas prohibicionistas, con su intención de erradicar la industria del sexo, tienen el efecto de reducir las opciones de las trabajadoras sexuales para obtener un ingreso. En un entorno prohibicionista, los cárteles podrían representar la única oportunidad de las trabajadoras sexuales para ganarse la vida, exponiéndolos así a las peores condiciones posibles de explotación, abuso y peligro para sus vidas e integridad, incluso sometiéndoles a la trata de personas”, agrega el informe,

ESTIGMATIZACIÓN

“Ser trabajadora sexual no es fácil. Nos enfrentamos al desprecio, la discriminación, el rechazo de la gente que pasa por la calle y nos lanza huevos, nos gritan: ‘sucias’, ‘putas’, ‘abre las piernas’”. Nosotras trabajamos en esto por necesidad pero vivimos en un mundo muy hipócrita” señala Patricia Mérida, trabajadora sexual de la Merced.

“Merida”, como le llaman sus amigas, señaló que es injusto y patriarcal que las autoridades consideren como una falta administrativa y penalicen a las trabajadoras sexuales. Consideró que las mujeres tienen derecho a decidir sobre su cuerpo, incluso si ellas deciden venderlo “¿O sea que el gobierno va a decidir por mi cuerpo, van a controlar nuestro cuerpo, nuestros gastos?” agregó.

No hay un padrón exacto sobre las trabajadoras sexuales en México, debido al estigma, el estado oculto y a la semicriminalización de su trabajo; sin embargo, la Brigada Callejera estima que en el país hay alrededor de 800 trabajadores sexuales, indicaron los activistas de la Brigada Callejera. Alrededor de 600 mil trabajadoras sexuales adultos y cerca de 200 mil menores de 18 años de edad.

Del total, al menos una cuarta parte son extorsionadas y sufren de alguno tipo de abuso laboral, expresaron en rueda de prensa.

La mayoría de las trabajadoras sexuales son nacidas como mujeres, un número menor son hombres y mujeres transgénero.

Las que son migrantes de Colombia, Venezuela, Argentina y Cuba trabajan principalmente en burdeles, agencias de acompañantes y cabarets donde el table dance es uno de sus atractivos.

“Además, durante más de una década, las mujeres de Europa del Este han venido cada vez más a México para trabajar en los niveles más altos de la industria. Según Brigada, algunas de estas trabajadoras extranjeras fueron traídos a México por redes del crimen organizado, pero muchas de ellas llegaron de manera independiente. La mayoría son indocumentadas y, por lo tanto, vulnerables al abuso”, detalla el informe.

En relación a la prevalencia del VIH, establece que entre las trabajadoras sexuales es del 0.67 por ciento al 0.23 por ciento de la población general.

Los activistas enfatizaron que es necesario una reforma de la Ley General de Trata de Personas para que se deje de confundir el trabajo sexual consensuado con la trata. Así como, se han pronunciado para que las autoridades utilicen el Protocolo de Parlemo, para identificar a las víctimas reales de trata.

Las sexoservidores no somos criminales, insistió Mereida, “vivimos en un mundo hipócrita: mientras la trata hace de las suyas, las autoridades afectan a las que estamos en esto por necesidad. La trata debe de ser castiga más no el trabajo sexual”.

La Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW) es una alianza de más de 80 organizaciones no gubernamentales organizaciones de todas las regiones del mundo que promueven y defienden el los derechos humanos de todos los migrantes y sus familias.

FUENTES DE CONSULTA

- **CAMPUZANO GALLEGOS**, Adriana Leticia, Manual para entender el juicio de amparo, Tercera Edición, Editorial Thomson Reuters, México, 2017.
- **CHANG KCOMT**, Romy, NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO DE BIENES JURÍDICO-PENALES: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN, THEMIS REVISTA DE DERECHO, 67, ISSN: 1810-9934, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Salamanca, 2015.
- **DIAZ ARANDA**, Enrique, El consentimiento en el derecho penal mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- **DIAZ ARANDA**, Enrique, Lecciones de Derecho Penal, “para el nuevo sistema de justicia en Mexico”, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Mexico, 2014.
- **FERNANDO MADRAZO**, Alberto, Derecho Penal Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, Mexico, 1997.
- **ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL**, Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la vida, Trillas, México, 1998.
- **JIMÉNEZ DE ASÚA**, Luis, Principios de Derecho Penal “la ley y el delito” Tercera Edición, Editorial Sudamericana, Argentina, 1997.
- **MARQUEZ PIÑERO**, Rafael, El Tipo Penal, “Alguna consideraciones en torno al mismo”, Segunda Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- **MÁRQUEZ PIÑERO**, Rafael, Derecho Penal “Parte General”, Cuarta Edición, Trillas, Mexico, 1997.
- **MEZGER**, Edmund, Derecho Penal, Sexta Edición, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1958.
- **ORTS BERENGUER**, Enrique, et al., Manual de Derecho Penal parte general, CAJ/FIU-USAID, NICARAGUA, 2014.

- **OSORIO Y NIETO**, Cesar Augusto, Ensayos Penales, segunda edición, Porrúa, México, 1993.
- **PAVON VASCONCELOS**, Francisco, Manual de Derecho Mexicano, parte general, 17a Ed., Editorial Porrúa, México, 2004.
- **ROXIN**, Claus, Derecho Penal parte general, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- **ROXIN**, Claus, Teoría del Tipo Penal, “Tipos abiertos y elementos del deber jurídico”, DEPALMA , Argentina, 1979.
- **SOLER**, Sebastian, Derecho Penal Argentino, Editorial Tipografía Editora Argentina, Argentina, 1992.
- **URIBE BENITEZ**, Oscar, La Convencion de Palermo, CEDIP Serie Azul, 2010
http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/248121/718688/file/AZUL_JUL_2010.pdf
- **UROSA RAMIREZ**, Gerardo Armando, Teoría de la ley Penal y del Delito, “Legislación, Doctrina, Jurisprudencia y casos penales”, Segunda Edición, Porrúa, México, 2011.
- **VEGA GOMEZ**, Juan, Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014.
- **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, “parte general”, Tomo I, Editorial Ediar, Argentina, 1998.

LEGISLACION CONSULTADA

- **Acuerdo** Internacional del 18 de mayo de 1904 para la Represión de la Trata de Blancas, modificado por el Protocolo Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948.
- **Declaración** sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

- **Convención** de Viena sobre el Derecho de los Tratados
- **Convención** de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Tratado de Palermo Italia.
- **Convenio** Internacional del 4 de mayo de 1910 para la Represión de la Trata de Blancas, modificado por el Precitado Protocolo.
- **Convenio** Internacional del 30 de septiembre de 1921 para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, Modificado por el Protocolo Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947.
- **Convenio** Internacional del 11 de octubre de 1933 para la Represión de la Trata de Mujeres mayores de edad, modificado por el Precitado Protocolo.
- **Declaración** sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 (Convención de Milán).
- **Protocolo** para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- **Constitución** Política de los Estados Unidos Mexicanos
- **Código** Civil Federal
- **Código** Penal Federal
- **Código** Nacional de Procedimientos Penales
- **Ley** Federal del Trabajo
- **Ley** General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.
- **Código** Penal para el Distrito Federal

HEMEROGRAFÍA

- **Diccionario** de la Real Academia Española

- **LAMAS**, M. “¿Prostitución, trata o trabajo?” [online] Disponible: <http://www.nexos.com.mx/?p=22354> (2015)
- **SUGERY** Gandara, “En México se usa la Ley contra la trata para cazar personas dedicadas al sexoservicio, acusan ONGs”, [online] <http://www.sinembargo.mx/26-04-2018/3412058>, (2018)

JURISPRUDENCIAS Y PUBLICACIONES OFICIALES

- **Apéndice** al Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 1995
- **Apéndice** al Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 2000
- **Apéndice** al Semanario Judicial de la Federación de 1917 a 2011
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de junio de 1953
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de noviembre de 1954
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de agosto de 1959
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de junio de 1963
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de agosto de 1971
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de Abril de 1991
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de Abril de 1999.
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de Marzo de 2006.
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de Diciembre de 2009.
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de noviembre de 2015.
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de Mayo de 2016
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de Noviembre de 2016.
- **Gaceta** del Semanario Judicial de la Federación del mes de Agosto de 2017