



32 879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE: 8793-09

LA POSESION DE NARCOTICOS EN
CENTROS PENITENCIARIOS COMO
CONDUCTA AGRAVADA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

298439

PRESENTA:

ELIZABETH IVONNE MENESES TEJEDA

ASESOR:

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Gracias a DIOS por haberme permitido vivir, iluminando día a día mi camino y por ser tan bondadoso conmigo al dejar que culminara este trabajo que es un logro hecho realidad. GRACIAS A DIOS.

En memoria de mi PAPA Y MAMA , que aunque físicamente no estén conmigo, se que estarán muy orgullosos de mi al haber terminado este trabajo, los amo con todo mi corazón y les estaré eternamente agradecida por haber cuidado mis pasos y sanar mis tropiezos con dulzura y amor, con su partida han dejado una gran huella en mi corazón, sin embargo los recuerdo cada día que pasa con respeto y admiración y es a Ustedes que les dedico este triunfo.

Con profundo agradecimiento a mi ESPOSO que ha llenado todos los días de mi vida con un cúmulo de sorpresas cubiertos de alegrías, triunfos y derrotas, rodeadas de calor, frío, tempestad y clama, poniendo puertas abiertas en mi camino para salir adelante y por el apoyo incondicional que siempre me has brindado.

A mis Hijas MARYANA Y MARIA FERNANDA, que son las personitas mas especiales en mi corazón y por alegrar mi vida con la ternura y pureza de sus corazones.

A mis hermanos GERARDO, BLANCA, NANCY, JOSE DANIEL Y MI PEQUEÑA MELISSA con amor y agradecimiento especial, recordándoles lo mucho que significan en mi vida, gracias.

Con respeto y cariño a mi Abuelito, Gracias por quererme y darme la dicha de contar con tu dulzura y ternura, te estoy agradecida por estar junto a mi en los momentos que te he necesitado.

A mi innumerable familia, por el apoyo recibido en los momentos que más he necesitado en forma especial a mi madrina Coco por el cariño desinteresado que a través de los años me has brindado, por tu apoyo y consejos que me han servido de guía para salir adelante.

A mis maestros por su sabiduría y paciencia, por el tiempo entregado en las aulas, por sus enseñanzas y consejos, por su amistad, infinita gratitud y respeto para Ustedes.

A mi asesor con agradecimiento y respeto, LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS, ya que gracias a su apoyo hice posible el presente trabajo.

A mi Universidad ya que gracias a ella y todo el equipo de trabajo que en ella se desempeña tuve la oportunidad de aprender y hacerme una profesionista de bien.

ÍNDICE.

	PAGINA
CAPITULO I	
GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL	
1.1 Evolución de la definición dogmática del delito.....	1
1.2 Definición legal.....	3
1.3 Definición sociológica.....	4
1.4 El delito en la escuela clásica.....	5
1.5 Noción jurídico formal y sustancial del delito.....	6
1.6 Clasificación del delito.....	8
1.6.1 Clasificación doctrinal.....	8
CAPITULO II	
TEORÍA DEL DELITO	
2.1 Generalidades.....	17
2.2 Elementos objetivos y subjetivos del delito.....	17
2.3 Aspectos positivos y negativos de los elementos del delito.....	18
2.3.1 La conducta y falta de conducta.....	19
2.3.2 Tipicidad y su aspecto negativo.....	24
2.3.3 Antijuridicidad y su aspecto negativo.....	28
2.3.4 Imputabilidad y su aspecto negativo.....	33
2.3.5 Culpabilidad y su aspecto negativo.....	33
2.3.5 Punibilidad y su aspecto negativo.....	38

CAPITULO III

LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

3.1 Pena.....	40
3.1.1 Noción de pena.....	40
3.1.2 Clasificación de la pena.....	40
3.1.2.1 Por sus fines.....	41
3.1.2.2 Por el bien jurídico que afectan.....	41
3.1.2.3 Por su forma de aplicación y por sus relaciones entre sí.....	42
3.1.2.4 Clasificación legal.....	43
3.2 Características de la pena.....	45
3.3. De las medidas de seguridad.....	46
3.3.1 Concepto.....	46
3.4 Individualización de la pena.....	47
3.5 Condena condicional.....	50
3.6 Libertad preparatoria.....	52
3.7 Conmutación y sustitución de la pena.....	52

CAPITULO IV

SALUD PUBLICA

4.1 Disposiciones Generales.....	54
4.2 Ley General de Salud.....	55
4.2.1 Antecedentes y condiciones en general.....	55
4.3 La Salud pública en al Ley Penal.....	55
4.4 Terminología usual.....	56

CAPITULO V

DELITOS CONTRA LA SALUD

5.1 Consideraciones generales.....	62
5.2 Su clasificación.....	62
5.3 Elementos del delito contra la salud.....	66
5.3.1 La conducta.....	66
5.3.2 Tipicidad.....	67
5.3.3 Antijuridicidad.....	68
5.3.4 Imputabilidad.....	68
5.3.5 Culpabilidad.....	69
5.3.6 Punibilidad.....	69
5.4 Aspectos generales del delito.....	70
5.4.1 Tentativa.....	70
5.4.2 Participación.....	71
5.4.3 Concurso.....	72

CAPITULO VI

POSESIÓN

6.1 Concepto general.....	74
6.2 Concepto doctrinal.....	74
6.3 Concepto romano.....	75
6.4 Glosadores.....	77
6.5 Tesis de Savigny.....	79
6.5.1 Critica de Ihering a la teoría de Savigny.....	81
6.6 Teoría de Ihering.....	86
6.7 Posesión en materia civil.....	88

6.8. Posesión en materia penal..... 89

6.9. Posesión de narcóticos y su diferencia con la posesión en materia civil..... 90

CAPITULO VII

POSESION DE NARCOTICOS EN CENTROS PENITENCIARIOS

7.1. Consideraciones Generales..... 91

7.2. Sujeto activo..... 92

7.3. Sujeto pasivo..... 92

7.4. Conducta..... 93

7.5. Finalidad..... 93

7.6. Propuesta de tipo..... 94

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

INTRODUCCION

En la actualidad dentro de nuestra sociedad se encuentra creciendo cada día mas el problema del narcotráfico, y es este motivo por el cual fue mi deseo realizar el presente estudio, así mismo sabemos que dentro de la Procuraduría General de la República, los Agentes del Ministerio Público de la Federación, al momento que los Directores de los diversos Centros Penitenciarios dejan a su disposición a las personas que se encuentran ya recluidas en esos centros por haberseles encontrado dentro de su radio de acción y disponibilidad inmediata algún tipo de narcótico, independientemente del motivo por el cual se encuentren reclusos en esos lugares, llevan a cabo su investigación dentro de la cual reúnen los elementos del delito y acreditan la presunta responsabilidad del inculpado llevando a cabo la consignación ante los Tribunales Federales por el delito de "POSESIÓN SIMPLE DE NARCÓTICO DENOMINADO..." (comúnmente puede ser marihuana, cocaína o psicotrópicos), a pesar de que dicha posesión fue cometida en un centro penitenciario, es en ese momento en donde surge la necesidad de crear sanciones más fuertes, ya que no es posible que sea sancionada de la misma forma una persona a la cual se le detecta algún tipo de estupefaciente o psicotrópico en la vía pública, que a un reo que posea algún tipo de narcótico dentro de un centro de reclusión, ya que si bien es cierto, estamos hablando de un delito de CONTRA LA SALUD, en el cual el bien jurídico es la SALUD, por lo cual al asegurarse alguna sustancia dañina para la salud dentro de algún CE.RE.SO. podemos darnos cuenta que ya se llevaron a cabo una serie de conductas, no únicamente la posesión, ya que para que el reo pueda obtener el narcótico se tuvo que haber introducirlo primero, hablando de este modo también de un suministro porque de alguna forma tuvo que obtener el multicitado narcótico, ya

sea comprado o regalado, conductas que ya se encuentran reguladas dentro del artículo 194 del Código Penal Federal con sus respectivas agravantes contenidas en el artículo 196 del mismo Código, sin embargo, no existe agravante alguna por la posesión simple de narcótico, en cualquiera de sus formas, es por ello que mi propuesta es agravar dicha posesión cuando se comenta en un centro penitenciario.

CAPITULO I
DEFINICIÓN DEL DELITO Y SU CLASIFICACIÓN

CAPITULO I. DEFINICION DEL DELITO Y SU CLASIFICACION

1.- NOCION DEL DELITO

1.1.- EVOLUCION DE LA DEFINICION DOGMATICA DEL DELITO

Los autores a través de tiempo han tratado de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades es posible caracterizar al delito jurídicamente por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales

En la escuela clásica se elaboraron varias definiciones del delito, pero aquí solo aludiremos a la de Francisco Carrara (su principal exponente) quien lo define como la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso ⁽¹⁾.

Estando el positivismo en su auge histórico, se pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos. Garófalo, el sabio jurista de esta corriente, define el delito como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

1. Programa, Vol. I, Núm. 21, Pág. 60

Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición; y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser esa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos, aunque claro está que si se debe entender que se refiere a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas y, sin advertirlo afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad, y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.

Para Edmundo Mezger, el delito es una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena, esta definición como veremos en su oportunidad no escapa a la crítica.

Cuello Calón ya definió como la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible⁽²⁾.

Por su parte, Jiménez de Asúa textualmente dice, "delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.⁽³⁾ En forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

2.- Manuale di diritto penale, 3ra. Edición, Pág. 143.

3.- La ley y el Delito, Pág. 256, Editorial A. Bello, Caracas

Como se ve, en la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluyen como elementos del delito : la acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. De aquí hasta nuestro sistema legal que veremos en el siguiente punto, mencionaremos la discusión que se suscita entre los autores sobre si la punibilidad es o no un elemento esencial de delito, pero no siendo materia de nuestro estudio y estando nuestra ley impuesta a un sistema causalista, nos referiremos únicamente a lo establecido en nuestros Códigos.

1.2. DEFINICION LEGAL

El Código Penal Federal lo define en su artículo 7o. como el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 11vo. nos define de una manera más amplia y más eficaz al delito: "Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible." Consideramos más acertada esta definición, (atendiendo a un criterio causalista) que la expresada en el Código Federal ya que estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene solo a lo definido ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena sin ser delitos. Y no señala elementos de lo definido, ya que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestros tiempos para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación, pero sin que sea inherente al mismo, ni, por tanto, útil para definirlo. Por lo demás decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de

saber por qué lo sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o sanciones penales. Desde el punto de vista meramente formal y de acuerdo a la definición del Código Penal Federal, una conducta delictuosa, como lo dijimos ya, es la que está sancionada por las leyes penales, pero esto reiteramos, es criticable, pues el propio ordenamiento establece delitos no punibles, tratándose de las llamadas excusas absolutorias, en las cuales la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica

1.3. DEFINICION SOCIOLOGICA

Por mucho tiempo los positivistas se limitaron a repetir que el delito es un hecho natural, fruto de factores antropológicos, físicos y sociales, pero sin ensayar una definición del mismo que lo caracterizara con independencia de toda valoración legal.

Garófalo advirtió esta deficiencia en su escuela y quiso remediarla buscando una noción del delito "natural", para ello se empeña, en que la palabra delito no es un tecnicismo ni ha sido creada por los legisladores sino que existe en el lenguaje popular, definiéndolo como "La violación a los sentimientos altruistas de probidad y de piedad..." Garófalo no estudia el fenómeno del delito en sí, sino mas bien la palabra "delito"; ni trata de saber que es tal delito sino que se quiere significar con ese nombre. Era la suya una investigación lingüística mas bien que criminológica.

Este razonamiento del sabio jurista fue criticado obviamente. Sebastián Soler expone: "Los sentimientos de piedad y probidad difieren radicalmente hasta determinar, según el tiempo, la incriminación de los actos más diversos ¿De que nos sirve descubrir que es delito la falta de rudimentos sentimentales de piedad, si encontramos que en ciertos pueblos es un acto piadoso, el dar muerte al padre agonizante? De esto deducimos que existen términos que para unas culturas significan una cosa y para otras culturas tiene un significado distinto.

Considero importante incluir el criterio sociológico del maestro Villalobos en su obra de Derecho Penal Mexicano que a la letra dice: "La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valorización de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social de Justicia, de altruismo de orden, de disciplina, de convivencia humana, etc. Por tanto no se puede investigar que es la naturaleza del delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración los criterios conforme a los cuales una conducta ha de considerarse delictuosa. Cada delito tiene como escenario el mundo pero eso no es naturaleza".

1.4. EL DELITO EN LA ESCUELA CLÁSICA

Los autores que pertenecieron a esta escuela elaboraron varias definiciones del delito, sin embargo, una de las más notables es la del principal exponente de la escuela clásica Francisco Carrara, quien lo define como " La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

Así el delito no es un ente de hecho, como sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente, en la violación del derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; para no confundirlo con el vicio, o sea, el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad para hacer patente que la idea especial del delito no esta en

transgredir las leyes protectores de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del estado, sino de la seguridad de los ciudadanos. Juzgo preciso anotar en su definición como la infracción a ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y, también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima el acto o la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.

1.5. NOCIÓN JURIDICO, FORMAL Y SUSTANCIAL DEL DELITO

La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales, explicativos, cuyo objetivo es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminal y otras. Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio de cada uno de sus elementos.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter sustancial:

- **NOCIÓN FORMAL:** Una noción verdadera del delito la suministra la ley mediante la amenaza de la pena, lo que realmente caracteriza al delito es su sanción penal. Sin ley que lo sancione no hay delito, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena. Este criterio ha sido aceptado por

ilustres criminalistas, que, aún discordando en puntos secundarios, consideran con carácter predominante del delito la prohibición del hecho que lo constituye, mediante la amenaza penal.

- **NOCIÓN SUSTANCIAL:** Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido, no enseña cuales sean sus caracteres o aspectos distintivos.

Estos aspectos son:

- El delito es un acto HUMANANO, es una ACCION (/acción u omisión), así que cualquier mal o daño, por graves que sean sus consecuencias individuales o colectivas, no podrá ser reputado como delito si no tiene su origen en una actividad humana; los hechos de los animales, los acontecimientos fortuitos ajenos al obrar humano no puede constituir un delito.
- Dicho acto humano ha de ser ANTIJURÍDICO, ha de estar en oposición con una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés judicialmente protegido. Pero no basta la mera contraposición a la norma jurídica, no toda acción antijurídica constituye delito, es preciso que corresponda a un tipo legal (figura del delito), definido y conminado por la ley con una pena, ha de ser un acto TÍPICO. Así pues, el acto debe ser no sólo antijurídico, sino de una antijuridicidad tipificada.

- El acto ha de ser CULPABLE, imputable a dolo (intención) o culpa (negligencia) y una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una determinada persona.
- La ejecución o la omisión del acto debe estar SANCIONADA CON UNA PENA, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito.
- Si concurren estos aspectos esenciales, hay delito. De la reunión de estos elementos resulta la noción substancial del delito: ACCION ANTIJURÍDICA, TIPICA, CULPABLE Y SANCIONADA CON UNA PENAL.

1.6. CLASIFICACION DEL DELITO

1.6.1. CLASIFICACION DOCTRINAL

A) Por la conducta del activo

De acuerdo con este criterio los delitos pueden ser de acción y de omisión. La acción es el movimiento corporal, la actividad, con la cual se viola la norma prohibitiva.

La omisión es el no hacer, la abstención de actuar, la actitud pasiva; por lo tanto; en los delitos de omisión se encuentra la ausencia, abstención de conducta activa que viola una norma dispositiva

b) Por el resultado

Se dividen en formales y materiales; los primeros son aquellos que agotan el tipo con la acción u omisión del sujeto activo, sin que sea menester para su consumación, la consecuencia de un resultado que altere el mundo exterior, en tales delitos se sancionan la conducta activa u omisiva en sí mismas, sin atención a resultados externos, tal es el caso del delito de injurias, la portación de armas.

Los delitos materiales requieren para su integración una mutación, un cambio en el mundo exterior, un resultado material objetivo apreciable por los sentidos, como el homicidio, las lesiones y otros.

C) Por el daño

Conforme a este criterio la clasificación, los ilícitos penales se dividen en delitos de lesión y de peligro. Los delitos de lesión ocasionan un daño real, directo y efectivo a los bienes directamente protegidos, tal es el caso del homicidio, las lesiones, el estupro o la violación; los delitos de peligro únicamente ponen en riesgo al bien jurídico tutelado en la posibilidad de sufrir un daño, como el abandono de personas, el ataque peligroso y el disparo de arma de fuego.

D) Por su duración

Atendiendo a la duración de la infracción a la norma penal, los delitos pueden ser instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

En los delitos instantáneos, la acción que los verifica se perfecciona en un solo momento, en el cual se agota el delito, como en el homicidio en estos delitos pueden encontrarse varios actos, pero ellos siempre integrarán una unidad, por ejemplo, en el homicidio, en el robo y las injurias, hay una unidad de acción y de resultado.

Los delitos instantáneos con efectos permanentes se caracterizan porque el bien jurídicamente protegido se lesiona o se disminuye en forma instantánea, pero los efectos causados por esta lesión o disminución, se prolongan en cierto tiempo.

El delito continuado es aquel en el que hay varias acciones y un sólo resultado antijurídico como expresa el maestro Castellanos Tena, hay continuidad en la conciencia y discontinuidad en la ejecución, dicho en otros términos, hay unidad anímica y pluralidad de acciones ejecutivas. Según los tratadistas, existe en el delito continuado, unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica.

El delito permanente, es aquel en el que la acción que consuma el delito pueden prolongarse en el tiempo a voluntad del activo, de modo que en cualquier momento en que se integra la figura típica, se estima que lesiona el bien jurídicamente protegido, tal sucede en el caso del rapto y la privación ilegal de la libertad. Como expresa Castellanos Tena, hay continuidad en la conciencia y en la ejecución.

Este delito no es como el delito instantáneo con efectos permanentes, que se consuma en un instante y sus efectos proyectan a futuro, en el delito permanente lo que se prolonga es la consumación misma, la lesión al bien jurídico que protege la norma penal.

Aquí, haremos referencia a la clasificación de los delitos en nuestra norma positiva y debido a la materia del presente trabajo, se mencionan exclusivamente la clasificación de los delitos establecida en el Código Penal Federal que se hace de acuerdo al bien jurídicamente protegido:

- 1.- Delitos contra la Seguridad de la Nación
- 2.- Delitos contra el Derecho Internacional
- 3.- Delitos contra la humanidad
- 4.- Delitos contra la Seguridad Pública
- 5.- Delitos en materia de vías de comunicación y correspondencia
- 6.- Delitos contra la autoridad
- 7.- Delitos contra la salud
- 8.- Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres
- 9.- Revelación de secretos
- 10.- Delitos cometidos por servidores públicos
- 11.- Delitos cometidos contra la Administración de Justicia
- 12.- Responsabilidad profesional
- 13.- Falsedad
- 14.- Delitos contra la economía pública

15.- Delitos sexuales

16.- Delitos contra el estado civil y bigamia

17.- Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones

18.- Delitos contra la paz y la seguridad de las personas

19.- Delitos contra la vida y la integridad corporal

20.- Delitos contra el honor

--

21.- Privación de la libertad y otras garantías

22.- Delitos en contra de las personas en su patrimonio

23.- Encubrimientos

24.- Delitos electorales

E) Por el elemento subjetivo o culpabilidad

En este punto los delitos se clasifican en: dolosos o intencionales y culposos o imprudenciales. Algunos autores agregan los delitos preterintencionales.

El delito es doloso o intencional cuando la voluntad se dirige a la consecución de un resultado típico.

Es el culposo o imprudencial cuando el agente no desea el resultado delictivo, mas este acontece por un actuar falto de atención, de cuidado, de prudencia.

Se considera preterintencional cuando el resultado va mas allá de lo querido por el sujeto activo, es decir, rebasa la intención original.

F) Por su estructura

Por su estructura los delitos se dividen en: simples y complejos. Los delitos simples son aquellos en los cuales la lesión jurídica es singular, no existe mas que un bien jurídico protegido que es violado a través de esa infracción, por ejemplo; las lesiones, el homicidio, el estupro, la violación.

En los delitos complejos, el tipo unifica la tutela jurídica contenida en dos infracciones, y de tal vinculación surge una nueva figura que dada la fusión reviste una mayor gravedad, y es de una mayor penalidad que las de las figuras que la componen aisladamente, tal sería el caso del robo calificado, allanamiento de morada y robos previstos y sancionados en nuestra ley Penal.

g) Por el número de los actos que lo integran

De acuerdo con este punto, los delitos pueden ser: unisubsistentes y plurisubsistentes. Los primeros se caracterizan por estar integrado en un solo acto, como en el caso del homicidio, en tanto que los plurisubsistentes se componen en su descripción típica, de varios actos, por ejemplo los delitos de ataque a las vías de comunicación, que requieren manejar en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes, y cometer al manejar vehículos de motor alguna infracción a los reglamentos de tránsito.

Es necesario distinguir entre delito complejo y el plurisubsistente, en el primero existe una fusión de delitos y unión de hechos delictuosos, en el delito plurisubsistente hay una fusión de actos que aisladamente no son delictuosos en sí.

H) Por el numero de sujetos activos

De acuerdo con este inciso, los delitos pueden ser: unisubjetivos y plurisubjetivos, es decir, hay delitos que para su realización no requieren mas de un sujeto activo que lleve la acción típica, aún cuando pudieran intervenir varios, pero la esencia, en cuanto a los activos, es que sea un sujeto singular, como es el caso del robo y de la mayoría de los delitos.

En tanto que en otros necesariamente requieren de la concurrencia de dos o más personas para su ejecución, o sea, pluralidad en el sujeto activo, que el propio tipo penal exige como sucede en el adulterio, o en la Asociación delictuosa (salvo en el caso de error esencial e insuperable), sin esta vinculación de personas no se puede dar el delito.

I) Por la forma de persecución

De acuerdo con este criterio los delitos se dividen en: perseguibles por querrela y los perseguibles de oficio.

Los primeros son aquellos en los cuales se requiere la manifestación de voluntad del ofendido o su legítimo representante para que el Ministerio Público inicie la investigación correspondiente.

Los delitos perseguibles de oficio o por denuncia son aquellos en los cuales se debe iniciar la averiguación y continuar el procedimiento sin que medie la decisión de los particulares.

La mayoría de los delitos se persiguen de oficio y sólo excepcionalmente opera la querrela, como acontece en los casos del estupro y otros mas que se mencionan en La Ley Sustantiva Penal.

Con respecto a lo anterior entendemos que la manera de persecución de los delitos se hará de acuerdo a lo que establece el Código Penal relativo, pues todos se perseguirán de oficio a excepción de los que a redacción expresa del tipo penal se perseguirán de oficio.

J) Por la materia

En atención a la materia los delitos se dividen en comunes, federales, oficiales, militares y políticos.

Los delitos comunes son aquellos que, por exclusión, no dañan los intereses de la Federación, no son cometidos por funcionarios, empleados públicos, ni atentan contra la disciplina de la Federación, del estado como entidad federativa o bien contra particulares y están contenidas en las leyes dictadas por las legislaturas locales.

Los delitos federales son aquellos en los cuales se afectan intereses de la Federación.

Son delitos militares los que afectan la disciplina de las fuerzas armadas y se contienen en el Código de Justicia militar.

Los delitos políticos que no han sido debidamente definidos, se entienden como aquellos que atentan contra el orden Constitucional del estado Mexicano.

CAPITULO II
TEORÍA DEL DELITO

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DEL DELITO

2.1. GENERALIDADES

Sin riesgo a equivocarse se puede decir que este tema constituye la columna vertebral del derecho penal. Los elementos del delito son las partes que lo integran (dicho de otra manera, existen en razón del existir de los elementos.)

2.2. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL DELITO

El delito se divide doctrinariamente en elementos objetivos y subjetivos.

Los objetivos son los elementos referentes al acto, al hecho y su nexa con la ley, esto es, no refiriéndose a las características del sujeto, estos son:

Conducta , tipicidad y Antijuridicidad

Los elementos subjetivos se refieren al sujeto en si, al sujeto realizador de la conducta antijurídica punible, es decir:

Imputabilidad y culpabilidad.

2.3. ASPECTO POSITIVO Y ASPECTO NEGATIVO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

En nuestro Código tenemos los elementos positivos del delito y a cada uno le corresponde un aspecto negativo que en presencia de uno de estos últimos se nulifica el aspecto positivo y por lo tanto el delito y son:

ELEMENTOS POSITIVOS	ASPECTO NEGATIVO
Conducta	Ausencia de Conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de justificación
Culpabilidad	Inculpabilidad
Imputabilidad	Inimputabilidad
Punibilidad	Excusas absolutorias

Otra de las clasificaciones que se le da a los elementos del delito en relación a la referencia que hacen según se trate del sujeto o del objeto son como sus nombres lo dicen:

Elementos Objetivos:

Conducta
Tipicidad
Antijuridicidad
Punibilidad

Elementos Subjetivos:

Culpabilidad

Imputabilidad

2.3.1 LA CONDUCTA

A) Definición

La conducta es la forma como el hombre se expresa activamente o positivamente, el maestro Castellanos Tena define la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito. (4)

Por lo tanto podemos definir la conducta como el comportamiento humano voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

Estas dos definiciones antes mencionadas hablan de voluntad la cual es el factor rector, por lo cual para que exista el delito es necesario que primeramente nos encontremos en presencia de un movimiento corporal voluntario que puede a su vez ser positivo o negativo, traducido el primero de ellos en un hacer , llevar a cabo o en un actuar y el segundo de estos en una inactividad voluntaria, lo anterior nos lleva a la existencia de dos clases de normas las cuales son: las prohibitivas, las que como su propio nombre lo indica se trata de las que nos prohíbe realizar una conducta, así mismo existen las normas dispositivas, las cuales nos indican o mandan realizar una conducta

4.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, México D.F. 1990, Pág. 1.

Por todo lo anterior podemos concluir que si solo hay movimiento corporal el cual no es voluntario, no existiría la conducta y por lo tanto tampoco el delito.

Como puede apreciarse la conducta es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o como una omisión voluntaria.

B) Sujeto Activo de la conducta

Solo puede ser sujeto productor de conducta ilícita penal, el hombre, único posible sujeto activo de un delito, no puede atribuirse conducta delictiva a animales o cosas inanimadas.

En derecho existen las llamadas personas jurídico-colectivas que son instituciones o agrupaciones de personas físicas, a quienes se

Estas entidades obviamente no pueden ser autoras de delitos, habida cuenta de que no tienen voluntad propia, distinto es el caso de las personas físicas que lo integran.

Las personas jurídico-colectivas actúan por medio de representantes, gerentes, administradores o cualquier otro funcionario, pero siempre, las personas morales, son meras concepciones jurídicas carentes de la capacidad para cometer delitos, por tanto, sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos de conducta delictiva.

C) Sujeto pasivo y ofendido

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente directamente los efectos del delito, el ofendido es la persona que sufre de forma indirecta los efectos del delito.

Generalmente concurren la calidad de ofendido y de sujeto pasivo o víctima, pero puede darse el caso de que no haya esta concurrencia, como sucede en el caso del homicidio, en el cual el pasivo o víctima es el sujeto al que se le priva de la vida y los familiares de este vienen a ser los ofendidos.

D) Concepto de acción, omisión, resultado material y nexos causal

Acción: Es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana, se trata del aspecto positivo de la conducta, es decir la comisión del delito, violando de este modo una norma prohibitiva. Los elementos componentes de la acción son: el acto de voluntad corporal, el resultado y el nexo causal.

Omisión: Radica en abstenerse de obrar, simplemente es una abstención; es dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado, violando así una norma dispositiva. Los elementos de la omisión son la voluntad y la inactividad.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple de la comisión por omisión:

En los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior mediante no hacer lo que el derecho le ordena. En la omisión simple sólo se viola la norma que ordena porque el agente no hace lo mandado; en la comisión por omisión se infringen dos normas: la dispositiva (que impone el deber de obrar) y la prohibitiva que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado. La omisión simple solo comporta resultado jurídico, la impropia uno jurídico y otro material, sensorialmente perceptible.

Cabe hacerse una pregunta en cuanto al nexo causal dentro de los delitos por omisión: ¿Existe realmente la relación causal en estos delitos?

Huelga decirse que en los delitos de simple omisión no existe resultado material, no es dable ocuparse de la relación causal (solo comportan resultado jurídico) únicamente en los de comisión por omisión existe nexo de causa a efecto, porque producen un cambio en el mundo exterior (material) además del resultado jurídico.

Resultado material: es el efecto causado por la conducta y es perceptible a través de los sentidos, es decir, la mutación del mundo exterior.

Nexo causal: Es la vinculación estrecha, ineludible, indispensable entre la conducta realizada como causa y el resultado producido como efecto.

E) Ausencia de conducta

En algunas circunstancias surge el aspecto negativo de la conducta o sea, la ausencia de conducta, el cual es el aspecto negativo de este elemento objetivo del delito. Esto quiere decir que en cuya existencia se nulifica el movimiento corporal de acción un omisión y consecuentemente no existe el delito.

Según el artículo 16 del Código Penal Para el Estado de Guanajuato, no existe conducta cuando se viola la ley penal por fuerza física irresistible (vis absoluta), impedimento físico, fuerza mayor (vis mayor) o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente.

Vis absoluta: consiste en una fuerza humana exterior e irresistible que se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva, sin embargo obra como si fuese un instrumento que actúa por la fuerza proveniente de otro ser humano.

Impedimento físico: el cual consiste en la falta o disminución de algún miembro del cuerpo humano.

Vis mayor: Es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta proviene de la naturaleza.

Dentro de otras causas que nulifican la voluntad y que no se encuentran establecidas dentro de nuestra ley penal, pero no obstante su presencia nulifica la conducta las cuales son llamadas supralegales, siendo estas las siguientes: actos reflejos, sueño y sonambulismo e hipnosis.

Actos reflejos: Son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de este a un nervio periférico.

Sueño y sonambulismo: Dado el estado de inconciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta.

2.3.2. TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Para que podamos entender correctamente el significado de la tipicidad es necesario tener claro diferentes conceptos, tales como: tipo, tipicidad, atipicidad, falta de tipo y tipo-a

El tipo.- Es la descripción o definición en abstracto de las conductas que se consideran delito y es elaborada por el legislador.

Por lo que en este aspecto podemos hacer mención del penalista, Maestro Ernesto Bon Beling, el cual descubrió que en la parte especial se encontraban definiciones, descripciones de la conducta a los cuales llamó TIPO.

La tipicidad.- Es la adecuación o encuadramiento de la conducta dada en la realidad con la descrita en abstracto por el tipo penal.

La atipicidad.- Existe cuando la conducta dada en la realidad no encuadra perfectamente con la descrita en el tipo penal por faltar uno o más elementos que el tipo penal exija.

La Falta de tipo.- La tenemos cuando no existe descripción en abstracto, ya que sin un tipo penal no puede haber delito, y de este modo podemos mencionar las siguientes dogmas: *Nullum crimen sine tipo*, *Nullum Crimen sine lege* y *Nullum crimen sine pena*.

Lo típico-a.- Es el adjetivo que califica a la conducta que encuentra perfectamente en el tipo penal resultado del juicio de valor de la tipicidad.

El tipo penal señala sus propios elementos, elementos del tipo, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, haciendo referencia en este momento sobre los elementos del tipo penal los cuales pueden ser objetivos y subjetivos:

Elementos objetivos del tipo penal:

- a) **Conducta.-** El movimiento voluntario positivo o negativo encaminado a un fin.
- b) **Resultado.-** Es la modificación del mundo exterior, el cual debe de corresponder a la conducta y a su vez deben ir unidos ambos elementos por el nexo.
- c) **Nexo causal.-** Es el vínculo o bien, el nexo entre la voluntad y la conducta, así como esta última con el resultado, tal como lo indica el artículo 13 del Código Sustantivo Penal para el estado de Guanajuato, en el que reza: "Nadie podrá ser sancionado por un delito, sin el resultado del cual depende la existencia del mismo, no es consecuencia de la propia conducta."

- d) Especiales formas de ejecución.- Son las vías o caminos que la conducta tiene que recorrer para alcanzar el resultado y si no recorre ese camino la conducta, no hay delito.
- e) Modalidades de lugar, tiempo y modo.- Estas se refieren a que en muchas ocasiones el tipo penal nos exige que la conducta se desarrolle en un lugar determinado, en un tiempo determinado o en una ocasión determinada.
- f) Los sujetos.- Estos a su vez pueden ser pasivos y activos.

1.- Sujeto Pasivo: es el que resiente la conducta, se identifica con el ofendido.

2.- Sujeto Activo: Pueden ser número y calidad

Sujeto Activo de número.- Es cuando el tipo penal requiere de un número determinado de sujetos para colmar el tipo penal, como ejemplo en la Asociación delictuosa se indica que se requiere mas de dos sujetos que realicen este delito para que se tipifique el mismo.

Sujeto Activo de calidad.- Característica que debe de tener el sujeto activo, es decir, debe reunir la calidad de ser padre, madre, etc.

- a) Objeto Material: es la persona o cosa sobre la que recae la acción delictuosa.
- b) Objeto Jurídico: Es el bien jurídicamente protegido, o bien, el interés social jurídicamente tutelado.

Elementos subjetivos del tipo penal

Estos fueron delimitados por Meyer y entre otros podemos mencionar los siguientes, que no son otra cosa que juicios de valor:

- a) Animos
- b) Propósitos
- c) Fines
- d) Sabiendas
- e) Normativos: honestidad, castidad, probidad.

Se les denomina juicios de valor por la razón de que dejan a la interpretación del juez, tomando en consideración a lo que en la sociedad se entiende por ellos. Por lo que se refiere al resto de los elementos subjetivos del tipo penal, estos se encuentran enunciados en el tipo penal, es decir, la propia ley marca estos elementos.

A) Función de la tipicidad

Al establecer el artículo 14 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, antes de la reforma de este año de 1999, se le daba a la tipicidad el rango constitucional de garantía individual, por lo que se podía confirmar que la tipicidad tenía la función del principio de legalidad y seguridad jurídica, ahora con la reforma en donde se establece que no es necesario comprobar todos los elementos del tipo, sino únicamente los objetivos, excluyendo a los subjetivos y normativos, no podríamos de acuerdo a su definición, establecer que la tipicidad completa sea elevada a este rango de garantía constitucional.

B) Aspecto negativo de la tipicidad

El aspecto negativo es denominado atipicidad y es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la no existencia del delito.

La conducta del agente no se adecua al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo etc.

2.3.3. ANTIJURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

—

Se entiende como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquello que viole una norma penal tutelar de un bien jurídico.

Es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico desde el punto de vista objetivo externo de la manifestación de voluntad que implica el movimiento o la abstención.

Por esto podemos decir que la antijuridicidad existe:

- 1.- Cuando se viola la norma jurídica
- 2.- Cuando se violan los intereses colectivos de la sociedad.

De esta manera resulta que hay dos tipos de antijuridicidad, la formal y la material.

Carnelutti señala en su teoría general del delito que: “antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo” y agrega: “Jurídico es lo que está conforme a derecho.”

A) Aspecto negativo de la antijuridicidad

Cuando la conducta realizada, sea cual fuere, se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe con el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa de justificación.

Las causas de justificación son las condiciones de realización de la conducta que elimina el aspecto antijurídico de dicha conducta.

La legislación penal mexicana contempla las siguientes:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad
- Ejercicio de un derecho
- Cumplimiento de un deber
- Obediencia jerárquica
- Impedimento legítimo

1.- Legítima defensa

Existe legítima defensa cuando la persona, objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho que entrañe un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor.

Es menester que la agresión sea actual, es decir en el momento, ni pasada ni futura; que sea violenta, por lo que se debe entender, enérgica, brutal, con fuerza física o moral que significa contraria a la ley, ilícita y que entrañe un peligro inminente, inmediato, inevitable por otros medios, para la persona, honor o bienes propios o ajenos.

La defensa debe ser vinculada necesariamente con la protección de estos objetos de la tutela penal.

2.- El estado de necesidad

Es la situación de peligro real, inminente, inmediato para la persona, su honor o bienes propios o ajenos, que sólo pueden evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados pertenecientes a persona distinta.

En el Código Penal Federal se prevén dos casos específicos de estado de necesidad: el aborto terapéutico y el robo indigente, que aún no están contemplados en nuestro Código de Guanajuato.

Elementos.- Al analizar la definición legal del estado de necesidad, se observa que este se integra de los elementos siguientes:

- Peligro: debe existir la amenaza (posibilidad segura) de una situación que puede causar daño a alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona. Al igual que la legítima defensa, el peligro debe ser real, actual o inminente.
- El peligro no debe haberlo ocasionado el agente. La ley precisa expresamente este hecho al excluir las formas intencional y de grave imprudencia; si esto ocurriera, o podría invocarse el estado de necesidad

- El peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos. Al igual que en la legítima defensa, los bienes tanto propios como ajenos son amparados por el estado de necesidad. Tampoco aquí se precisa o distingue cuales pueden ser, por lo cual se entiende que cualquiera puede serlo

3.- Cumplimiento de un deber

Consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley, o que provenga de un superior jerárquico, tal sería el caso del agente de la policía judicial, que en el cumplimiento de una orden de aprehensión detiene a una persona, en esta situación no comete delito por este hecho, toda vez que está cumpliendo con un deber.

4.- Ejercicio de un derecho.

Noción: Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar etc.

La persona que actúa conforme a un derecho, que la propia ley confiere, se ampara en una causa de justificación, las lesiones u homicidio cometido en la práctica de deportes, las realizan quienes los practican en el ejercicio de un derecho concedido por el estado para llevar a cabo tales actividades y, salvo situaciones de imprudencia o dolo (en todo caso sujetos a prueba, la conducta realizada no es antijurídica.

5.- Impedimento legítimo

El impedimento legítimo consiste en causar un daño, en contravención a lo dispuesto por una ley penal, de manera que se deje hacer lo que manda, por un impedimento legítimo. Constituye propiamente una omisión. Se trata de no ejecutar algo que una ley ordena, pues otra norma superior a aquella lo impide, por ejemplo, no auxiliar al atropellado, si quien lo atropelló lleva gravemente enferma a su madre

6.- Cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades.

7.- Obediencia Jerárquica

Para algunos estudiosos, la obediencia jerárquica constituye una excluyente de responsabilidad; sin embargo en esta tesis se estudiará como causa de justificación.

La obediencia jerárquica consiste en causar un daño en obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía.

La orden que se da al inferior, deberá tener apariencia de licitud, aunque no lo sea. Existe jurisprudencia al respecto. La relación de jerarquía entre quien ordena y quien obedece debe tener por fuente a la ley.

2.3.4. LA IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Es la capacidad de entender y querer considerarla dentro del ámbito del Derecho Penal. Esta capacidad tiene dos elementos: uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de índole volitiva, es decir, desear un resultado. Se puede considerar que la imputabilidad en el ámbito penal, condicionada por razones de edad y salud mental.

Responsabilidad: El maestro Castellanos Tena, define la responsabilidad como el deber jurídico en el que se encuentra en individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

A) Aspecto negativo de la imputabilidad

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, o sea es la incapacidad para entender y querer en materia penal. La causa de inimputabilidad son: minoría de edad, trastorno mental, sordomudez, estados de inocencia, miedo grave.

2.3.5. CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho como con la conducta realizada.

Jiménez de Asúa, define la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.⁽⁵⁾

Según Castellanos Tena, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.⁽⁶⁾

A) Formas de culpabilidad

La culpabilidad presenta tres formas básicas, que son el dolo o intención, culpa o imprudencia y la preterintención.

El dolo opera cuando el sujeto activo se ha presentado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se presentó. La conducta dolosa es intencional y voluntaria

Fundamentalmente el dolo puede ser: directo, indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado.

Directo: El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico.

5.- JIMENEZ de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Núm. 957 p. 68

6.- CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, S.A. México D.F. 1990 p. 231.

Indirecto o eventual: El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes.

Genérico: Es la intención de causar un daño o afectación, o sea, la voluntad conciente encaminada a producir el delito.

Específico: Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba.

Indeterminado: Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado.

La culpa o imprudencia se encuentra cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o no intencional.

Los elementos de culpa son: una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o preocupaciones exigidas por el estado, resultado, típico, previsible, evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado.

Las especies de culpa son las siguientes:

Conciente, con previsión o con representación: Existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado es para que no haya el evento típico.

Culpa inconsciente, sin previsión, sin representación: Esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible, no se prevé o no se representa en la mente del sujeto.

La preterintención consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia.

Los elementos de la preterintención son:

Intención o dolo de causar un resultado típico, de manera que el sujeto solo desea lesionar, pro ejemplo.

Imprudencia en la conducta por no prever ni tener cuidado, la acción para lesionar ocasiona un resultado distinto.

Resultado mayor que el querido. La consecuencia de la intención y de la imprudencia ocasiona la muerte de modo que se produce un homicidio preterintencional.

B) Aspecto negativo de la culpabilidad

Este aspecto es denominado la inculpabilidad y se presenta cuando una persona actúa aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad, que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta como en el caso del error esencial de hecho invencible, las eximentes putativas, la no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado o el caso fortuito.

El error de hecho recae en condiciones del hecho; así puede ser de tipo o de prohibición. el primero es un error respecto a los elementos del tipo, en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar.

Error esencial Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se de el dolo.

Las eximentes putativas son los casos en que el agente cree ciertamente (por error esencial de hecho) que está amparado por una circunstancia justificativa, porque se trata de un comportamiento ilícito.

La no exigibilidad de otra conducta es cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones, parentesco etc., de la persona no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

El temor fundado consiste en causar un daño por creerse el sujeto fundamentalmente que se halla amenazado de un mal grave y actúa por ese temor, de modo que se origina una causa de inculpabilidad, pues se coacciona la voluntad.

El caso fortuito. En este caso la conducta y el resultado que se verifican no son atribuibles al sujeto, ni a título de dolo, ni a título de culpa, habida cuenta de que el agente no se propone realizar una conducta típica ni actuar en forma negligente o imprudente, en consecuencia, el evento viene a ser un mero accidente, un hecho extraño a la voluntad y al cuidado del sujeto de la conducta.

2.3.6. LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

El hecho típico, antijurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionado el comportamiento delictuoso. Hay quienes afirman que efectivamente, es un elemento del delito y otros que manifiestan que es sólo una consecuencia del mismo.

A) Aspecto negativo de la punibilidad

En casos excepcionales, señalados expresamente por la ley, y posiblemente – en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar, en el caso concreto, pena alguna al sujeto activo del delito.

Estas situaciones excepcionales constituyen las excusas absolutorias que, según Castellanos Tena, son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena.

Las excusas absolutorias son:

Estado de necesidad: Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad.

Temibilidad mínima: En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento.

Imprudencia: Este tipo de excusa es el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada.

No exigibilidad de otra conducta: Uno de los ejemplos mas comunes es el encubrimiento de determinados parientes y otras personas.

Innecesariedad de la pena: Esta excusa es aquella en la cual cuando el sujeto activo sufrió consecuencias graves en su persona que hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de la pena.

CAPITULO III
PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

CAPITULO TERCERO

LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

3.1. LA PENA

3.1.1. NOCION DE LA PENA

Antes de entrar a la definición de la palabra, deberemos recalcar que la delincuencia, es combatida por el estado como un mal social, a través de diversos actos, entre los cuáles se encuentran la pena y las medidas de seguridad, por ello, nos avocamos a su estudio.

Así pues, ahondando en la definición, diremos que la pena es un castigo impuesto por el poder público al delincuente, con base en la ley, para mantener el orden jurídico.

3.1.2. CLASIFICACION DE LA PENA

3.1.2.1. POR SUS FINES

La pena tiene así, como fines últimos, la justicia y la defensa social; pero como mecanismo para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser:

- a) Intimidatoria, sin lo cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito.
- b) Ejemplar, para que no exista una conminación teórica en los códigos sino que todo sujeto que virtualmente pueda ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.

c) Correctiva, no sólo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino porque cuando afecte la libertad se aproveche el tiempo de su duración para llevar a efecto los tratamientos de enseñanza, curativos o reformadores que en cada sujeto resulten indicados para prevenir la reincidencia.

d) Eliminatoria, temporalmente, mientras se crea lograr la enmienda del penando y suprimir su peligrosidad; o perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles. Quizá esta clase de sanciones, desde que se ha suprimido todo agregado con que antes se quería darles mayor carácter aflictivo, corresponda mas bien a la categoría de las medidas de seguridad, aún cuando muy respetables opiniones rechazan la exclusividad de este carácter por no perder de vista el efecto intimidatorio que no se desprecia en ellas.

e) Justa, porque si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia misma mediante injusticias, ésta da vida a todo medio correctivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante injusticias; pero además, porque no se logrará la paz pública sin dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la sociedad ofendidos por el delito, ni se evitarán de otra manera las venganzas que renacerían ante la falta de castigo.

3.1.2.2. POR EL BIEN JURIDICO QUE AFECTAN

Las penas se podrán clasificar de acuerdo al bien jurídico afectado de la siguiente manera:

a) Contra la vida o pena capital.

b) Corporales, que son aquellas que se aplicaban directamente sobre la persona: como azotes, marcas o mutilaciones.

c) Pecuniarias, que imponen la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales.

d) Contra la libertad, que pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a determinado lugar, o bien, privativas del mismo como la prisión.

e) Contra ciertos derechos, como la suspensión o destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aún cuando éstas pueden tomarse más bien como medidas de seguridad que trataremos en otro punto dentro de éste capítulo.

3.1.2.3. POR SU FORMA DE APLICACION O SUS RELACIONES ENTRE SI

a) Principales: Que son las que la ley señala para el delito y el Juez debe imponer en su sentencia.

b) Complementarias: Aquellas que, aunque señaladas también en la ley, su imposición puede tomarse como potestativa; se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por esto, por su naturaleza y por su fin se consideran secundarias.

c) Accesorias: Que son aquellas que sin mandato expreso del Juez, resultan agregadas automáticamente a la pena principal: como la interdicción para el ejercicio de profesiones libres que requieren moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una condena de prisión; imposibilidad para ejercer cargos como el albaceazgo, la tutela etc.

3.1.2.4. CLASIFICACION LEGAL.

En este apartado nos referiremos a la clasificación que da el Código Penal para el Distrito Federal, pues el análisis de este trabajo, es derivado de un delito de competencia Federal.

Dicho esto, nos remitimos al artículo 24, del título segundo, del capítulo primero del citado Código que nos da la siguiente división a la letra:

Las penas y medidas de seguridad son:

- 1.- Prisión.
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria.
- 7.- (derogada)

- 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
 - 9.- Amonestación.
 - 10.-Apercibimiento
 - 11.- Caución de no ofender.
 - 12.- Suspensión o privación de derechos.
 - 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
 - 14.- Publicación especial de sentencia.
 - 15.- Vigilancia de la autoridad.
 - 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
 - 17.- Medidas tutelares para menores.
 - 18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.
- y las demás que fijen las leyes.

3.2. CARACTERISTICAS DE LA PENA.

De los mismos conceptos en que se clasifica la pena de acuerdo a sus fines podemos inferir otros caracteres como sigue:

Para que la pena sea intimidatoria, debe ser AFLICTIVA, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente; debe ser LEGAL, ya que sólo así, conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca; debe ser CIERTA, pues la sola esperanza de eludirla por deficiencias de la maquinaria encargada de investigar y sancionar los delitos, por indultos gratuitos etc., deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar.

Para que sea ejemplar, debe ser PUBLICA; no con la publicidad del espectáculo morboso y contraproducente que se usó en tiempos pasados; pero si en cuanto lleve a conocimiento de todos los ciudadanos la realidad del sistema penal.

Para ser correctiva, en forma específica, debe disponer de medios curativos para los reos que lo requieran, educativos para todos y aún de adaptación al medio cuando en ello pueda estribar la prevención de futuras infracciones, comprendiéndose en los medios educativos.

Para ser justas, todas las penas deben ser HUMANAS, de suerte que no descuiden el carácter del penado como persona; IGUALES, en cuanto habrán de mirar sólo a la responsabilidad y no a categorías o clases de personas, hoy desconocidas, pero procurando efectos equivalentes ya que no hay igualdad.

Deben ser **SUFICIENTES** (no más ni menos de lo necesario); deben ser **REMISIBLES**, para darlas por concluidas cuando se demuestre que se impusieron por error o que han llenado sus fines; **REPARABLES**, para hacer posible una restitución total en casos de error; **PERSONALES** o que sólo se apliquen al responsable; **VARIAS**, para poder elegir entre ellas la más propia. para cada caso; y **ELASTICAS** para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad.

3.3. DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

3.3.1. CONCEPTO

Las medidas de seguridad son aquellas que, sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener el carácter definitivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos; así, en tanto que la multa y la prisión son verdaderas pena, todas las demás que menciona el artículo 24 de nuestro Código, pueden tomarse como simples medidas de seguridad.

Este concepto puede demarcar dos errores frecuentes que deben evitarse:

El primero consiste en confundir las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del estado que se refieren a toda la población del territorio y que en muchos casos tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal, aunque redunden en la disminución de los delitos. Las medidas de seguridad en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, la cual, por haber cometido una infracción anterior, hace suponer una particular temibilidad que requiere de un apercibimiento, una caución de no ofender, una vigilancia especial, un tratamiento curativo si es alguna anomalía la que hace al sujeto peligroso, etc.

El segundo error nos lleva a suponer que las medidas de seguridad se toman exclusivamente respecto de incapaces. La medida de seguridad a diferencia de la pena que tiene a prevenir el delito desde antes de que se cometa, por medio de la intimidación, y que se aplica por la responsabilidad del delincuente, mira sólo a la peligrosidad del sujeto; por esto es que, habiendo en los irresponsables una característica exclusiva de peligro, a tales sujetos no se puede aplicar sino medios asegurativos; pero como en los delincuentes normales se asocian la responsabilidad y la capacidad de ser influidos por la amenaza del castigo, dirigidos por los mandatos de la ley, nada impide que también para estos se dicten medidas de seguridad, o bien, que alguna sanción, como la privativa de libertad, se use a la vez como pena y como medida de seguridad.

3.4. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

La individualización de la pena consiste en imponer y aplicar la pena según las características y peculiaridades del sujeto, para que la pena se ajuste al individuo y realmente sea eficaz. También se entiende como el adaptar la ejecución de una pena a las características personales del delincuente, pena que ha sido determinada por el juez tomando en cuenta, principalmente, el delito cometido, el daño causado y otras circunstancias del infractor y de su víctima, y de acuerdo a la enunciación de la legislación correspondiente.

La individualización es un fenómeno único, pero que no se da en un solo momento, pudiendo distinguir tres fases o momentos: *el legislativo, el judicial y el ejecutivo*. Cada uno de estos momentos tiene características y problemas propios, y deben entrelazarse para lograr una verdadera individualización de la reacción penal.

La *individualización legislativa*, es la etapa en la que la amenaza es enunciada; el legislador no sólo criminaliza determinada conducta, sino que la valora y la califica por medio de una punibilidad; si considera que la conducta es grave, que el daño o el peligro que causan a la sociedad es superlativo, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud. La ley da a cada delito su propia punibilidad, es decir enuncia una amenaza de pena individual, pero debe tener cuidado en hacerlo de manera elástica, para dar lugar a la individualización judicial.

El legislador al momento de establecer la punibilidad debe tomar en cuenta varios aspectos, entre los cuales podemos mencionar: a) la jerarquía del bien jurídico que es objeto de tutela a través de la norma; b) los elementos integrativos del tipo que da lugar a la calificación de delitos; c) las diferentes clases de penas existentes a fin de seleccionar aquella que sea acorde al daño jurídico que produce la conducta desvalorada; d) la conjugación de la o las penas principales y accesorias que permitan obtener el fin de prevención general y específica que el Estado se propone, al igual que la readaptación social del sujeto que delinque; e) *el "quantum" de la pena en forma tal que no sea inoperante e injusta*, etc. (7)

La *individualización judicial*, es el verdadero momento de la individualización de la pena, es el momento en el que el juez escoge entre la variedad de penas que la ley le proporciona para el delito en cuestión, la que sea más adecuada tomado en cuenta tanto al delito y sus circunstancias como la personalidad y las características del delincuente. De ahí pues, la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez en la individualización de la pena, puesto que su decisión es la que declara cuál es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente, en particular, en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

⁷ Op. Cit. *Supra* (21), pag. 40.

De esta manera, si el legislativo fue injusto al hacer la norma, si el legislativo se equivocó al dar características de ilicitud a cierta conducta que no es suficientemente antisocial, o dio una punición desproporcionadamente elevada, el juez debe remediar en parte esa injusticia, el juez puede aplicar los mínimos que van a marcar la ley, pudiendo entonces hacer un contrapeso a los errores del Poder Legislativo. Sin embargo, existen casos de delitos con penas tan elevadas, que aún y cuando el juzgador pretenda aplicar la pena mínima considerada por la ley, esta continua siendo excesiva para la conducta delictiva descrita en el tipo, tal es el caso del delito de Portación de Arma de Fuego de Uso Exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, el cual será analizado posteriormente.

Cabe mencionar, que el Código Penal Federal vigente, en sus artículos 51 y 52, fija las bases al juez para graduar la sanción en cada caso. El primero de esos preceptos establece que para la aplicación de las sanciones se tendrá en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.; mientras que el segundo de los dispositivos invocados, ordena que el juez fijará las penas y medidas de seguridad, con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta la magnitud del daño causado o del peligro corrido; la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para la ejecución; las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima; la edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Indica el precepto que cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta además, sus usos y costumbres; el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, y 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.

Por último, la *individualización ejecutiva*, es la fase de aplicación real de la pena. Así como los jueces deben tener un gran arbitrio para determinar la punición, los encargados de la aplicación deben gozar de gran libertad para aplicar las modalidades de ejecución, de acuerdo a las peculiaridades del reo

3.5. CONDENA CONDICIONAL

La condena condicional, tiene por objeto evitar la ejecución o cumplimiento de las penas cortas de privación de libertad en ciertas condiciones, evitando en lo posible la contaminación moral que produce la prisión en los delincuentes de escasa peligrosidad, a los que se supone corregibles mediante el empleo de determinados estímulos. Mediante la condena condicional se suspenden las penas cortas privativas de libertad, a condición de que el sentenciado no vuelva a delinquir en un tiempo determinado, de lo contrario se le hace cumplir la sanción señalada.

En la condena condicional la pena impuesta no se aplica al culpable, ni éste la cumple. El sentido de la condena condicional consiste en someter al condenado a una prueba por el período de tiempo indicado en la sentencia, al término del cual el culpable que haya cumplido con las condiciones de la prueba queda exonerado incondicionalmente de la pena.

Fundamentalmente son tres las consideraciones que se han hecho para explicar y fundamentar la institución que nos ocupa:

En primer término, la inconveniencia que presentan las penas cortas privativas de libertad, dado que como ya se analizó, se corre el riesgo de resultar contraproducente debido a que el sujeto revela una mínima peligrosidad.

Por otra parte, en esos casos, existe la posibilidad de obtener mayor provecho procediendo con indulgencia, despertando el arrepentimiento o propiciando la enmienda del agente; que obrando con severidad extrema, cuando en realidad no hay verdadera perversidad o temibilidad que lo amerite. A mayor abundamiento y por si las anteriores argumentaciones no fueran suficientes, se agrega el arraigado anhelo por encontrar nuevos caminos para llegar a los objetivos que persigue nuestra rama del derecho, sin recurrir por sistema al castigo, sobre todo en aquellos casos en que se pueda y convenga evitarlo.

-

Cabe mencionar que el Código Penal Federal, regula el beneficio de la condena condicional, en su artículo 90, el cual establece que el juez otorgara dicho beneficio a petición de parte o de oficio, si concurren las siguientes condiciones: *que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años; que el sentenciado no sea reincidente por delito doloso y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir. Esto además de reparar el daño causado; obligarse a residir en lugar determinado; otorgar garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido; desempeñar en el plazo que se le fije, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos; y, abstenerse del abuso de bebidas embriagantes u otras sustancias que produzcan efectos similares.*

3.6. LIBERTAD PREPARATORIA

Esta medida consiste en que al cumplir determinados requisitos el reo, habrá de ser puesto en libertad quedando sujeto a una vigilancia especial y con ciertas condiciones que, de no cumplirse, podrán motivar su retorno a la cárcel, lo que ha dado también a este beneficio el nombre de libertad o liberación condicional.

El estado jurídico de la persona, mientras dura esa libertad preparatoria o condicional, es aún el de un penado y termina al cumplirse el tiempo faltante para completar la condena impuesta. En ese momento el interesado debe ocurrir al Tribunal competente para que declare que ha quedado en absoluta libertad.

3.7. CONMUTACION Y SUSTITUCION DE LA PENA

La sustitución de la pena, consiste en la libertad del juez de sustituir una sanción por otra, siempre y cuando se cumplan los requisitos que la propia ley señala. La prisión podrá ser sustituida, a juicio del juez, únicamente al tiempo de dictarse la sentencia, tomando en cuenta la duración de la misma, ya sea por multa o por tratamiento en libertad, semilibertad o trabajo a favor de la comunidad. *Dicho beneficio, esta contemplado por el Código Penal Federal en su artículo 70, el cual establece que la prisión podrá ser sustituida a juicio del juzgador, por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años; por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años; o por multa, si la prisión no excede de dos años.*

Generalmente para los efectos de la sustitución se requiere que el sentenciado satisfaga las siguientes condiciones: que sea la primera vez que delinque y que el delito por el que se le procesó no sea de los calificados por la ley como grave; que haya observado buena conducta, antes y después del hecho punible; que tenga modo honesto de vivir y que se presuma que por sus

antecedentes, el sentenciado no volverá a delinquir; que haya cubierto la reparación de daños y perjuicios o garantizado efectivamente su pago; y que se obligue a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza sobre él cuidado y vigilancia, así como abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

El juzgador dejará sin efecto la sustitución y ordenará la reaprehensión del sentenciado, a fin de que se ejecute la pena de prisión impuesta, cuando el mismo no cumpla las condiciones que le fueron señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si incurre en nueva falta, se hará efectiva la sanción sustituida.

CAPITULO IV
SALUD PUBLICA

CAPITULO CUARTO

SALUD PUBLICA

4.1. DISPOSICIONES GENERALES

Salud pública es la parte del derecho de protección de la salud que se otorga a través de prestaciones realizadas por el estado en beneficio del individuo y de la sociedad en general, tendientes a proteger y restaurar la salud de la persona y de la colectividad a fin de alcanzar un estado físicamente sano de la población del país, de manera individual o concurrente.

La salud pública, es decir, la salud del pueblo, es una condición imprescindible y necesaria del estado moderno y requiere de una constante intervención nacional y de medios idóneos. Se refiere al aspecto higiénico o sanitario de una colectividad y por lo mismo, se encuentra íntimamente relacionada con la salubridad pública que es un orden público material que se logra mediante prescripciones policiales relativas a la higiene de las personas, animales y cosas.

La Constitución Política en su artículo 4º., las leyes nacionales y los tratados internacionales constituyen el marco jurídico-legal de la salubridad pública.

Desde el año de 1978, la Conferencia Internacional sobre atención Primaria a la Salud (OMS-UNICEF), apuntó una conceptualización de la salud que ha generado una influencia importante en el enfoque normativo de las legislaciones de los Estados, al entender las mismas como: "El estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades; es un derecho fundamental y el logro del grado mas alto posible de la misma es un objetivo social importantísimo en el mundo"

4.2. LEY GENERAL DE SALUD

4.2.1. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES GENERALES

Anteriormente en nuestro país se encontraban enumerados los preceptos relativos a la salud en el Código Sanitario del 26 de Febrero de 1973, sin embargo, fue derogado con la finalidad de coadyuvar mas a la efectividad del precepto contenido en el artículo 4º. Constitucional y el 7 de Febrero de 1984 apareció publicada la Ley General de Salud, que en su artículo 2º. Precisa las finalidades e la declaración constitucional del derecho de protección a la salud, complementándose con la Ley sobre el sistema Nacional de Asistencia publicada el 9 de Enero de 1986, cuyo artículo 1º. Alude al propósito de promover la prestación de servicios de asistencia social establecidos por la Ley General de Salud, definiendo mecanismos para la coordinación y acceso de los mismos, garantizando de esta manera la concurrencia y colaboración de la Federación, entidades federativas y los sectores social y privado.

4.3. LA SALUD PUBLICA EN LA LEY PENAL

Es bien sabido que el Derecho Penal, a través de la tipificación de determinados actos en sus Códigos, lo que pretende, es tutelar determinados bienes que considera como imprescindibles para el orden social. Así pues, en materia penal, la salud pública es un bien jurídico que el estado pretende vigilar a través de la imposición de sanciones a actos que la vulneren. El Código Penal Federal en particular tiene un capitulo referente a los delitos contra la salud que serán tratados en el capítulo correspondiente.

Así, podemos anticipar que en los delitos contra la salud, el bien jurídico tutelado es precisamente la salud de la colectividad, es decir, no la salud de una persona en particular, sino la protección de la salud de la ciudadanía en general ya que cuando existen situaciones en común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente, todas las necesitan y las aprovechan, o porque un determinado número de ellos puede necesitarlas o aprovecharlas.

4.4. TERMINOLOGIA USUAL

Droga: El origen de la palabra lo encontramos en la voz anglosajona “drug”, que significa seco, árido. Según el Diccionario de la Lengua Española droga es: “El nombre genérico de ciertas sustancias minerales, vegetales o animales que se emplean en la medicina, en la industria o en las bellas artes, o bien una sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente o narcótico.”⁽⁸⁾

Desde el punto de vista de su relación, con las ciencias jurídico sociales el concepto de droga se asimila al de aquellas sustancias cuya acción sobre el organismo humano, pueden provocar consecuencias que se manifiestan en el campo de las mencionadas ciencias.

Para la Organización mundial de la salud, droga es toda sustancia que por la consumición repetida provoca en el hombre un estado de intoxicación periódica perjudicial para él y para la sociedad.

8.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española 1970, Madrid, España, Decimonovena Edición. Pág. 496

El Código Penal Federal en vez de utilizar la palabra droga, emplea las denominaciones narcóticos, estupefacientes y psicotrópicos (Art. 193).

Fármaco: Desde el punto de vista etimológico, la palabra fármaco proviene del latín *farmacum*, que se asemeja a medicamento.

Los fármacos pueden ser naturales cuando provienen de vegetales o animales, o bien sintéticos cuyo origen se da en el laboratorio.

Fármaco es toda sustancia capaz de modificar los sistemas biológicos en sus componentes estructurales y funcionales. Se le pueden dar diversos empleos: clínico o experimental.

Así tenemos que todo compuesto químico activo sobre los sistemas biológicos es un fármaco.

Estupefaciente: La palabra estupefaciente proviene del latín *stupefactio*, *stupefaciens*, *stupefacción*, que significa, pasmo, estupor, adormecimiento.

Según el Diccionario de la Lengua Española "Es sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad, que produce estupefacción, pasmo o estupor" (9)

El estupefaciente al ser introducido en un cuerpo viviente, provoca que la sensibilidad se transforme, esto es, que haya un cambio anormal.

9.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española 1970, Madrid, España, Decimonovena Edición. Pág. 590

Psicotrópico: Es aquella sustancia que provoca en el sujeto que las ingiere un cambio en la psique, una deformación de la misma.

La ley General de salud clasifica a los psicotrópicos en cinco grupos y para dividirlos se ha utilizado el criterio de la eficacia terapéutica y la mayor o menor gravedad de los problemas sanitarios que provocan ⁽¹⁰⁾

Hábito: Según el Diccionario de la Lengua Española es la “costumbre adquirida por repetición de actos de la misma especie” ⁽¹¹⁾

Cuando hay un consumo repetido de droga estamos frente a la habituación. Las características de la misma son las siguientes:

- 1.- Un deseo sin llegar a la exigencia de seguir usando la droga.
- 2.- Una tendencia escasa o nula al aumento en la dosis de lo suministrado.
- 3.- Cierta dependencia psíquica provocada por los efectos, sin que exista dependencia física y por tanto no se manifiesta el síndrome de abstinencia.

El consumo reiterado de drogas, produce entonces la habitualidad, pero hay drogas que sólo originan hábito, pero hay otras que además engendran tolerancias que llevan a la dependencia física.

En términos generales se puede decir que hay una diferencia más cuantitativa que cualitativa entre la toxicomanía y la habituación, ya que el hábito reiterado a las drogas lleva a la dependencia, aunque no necesariamente ⁽¹²⁾.

10.- GARCIA Ramírez Sergio. Delitos en Materia de Estupefacientes y psicotrópicos, Edit. Trillas, México 1980, Págs. 25, 30 a 31.

11.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española 1970, Madrid, España, Decimonovena Edición. Pág. 691

12.- GARCIA Ramírez Efraín. “Drogas” op. Cit. MENDEZ Sánchez, Felipe Luis. Consideraciones criminológicas en materia de estupefacientes, Edit. Dykinson, Madrid, España 1989. Págs. 99 a 100.

Necesidad: Para el Diccionario de la Lengua Española es “el impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido. Todo aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir. Falta de las cosas que son menester para la conservación de la vida.” (13)

La necesidad de consumir drogas se refleja en un impulso irresistible de ingerirlas, pues de no hacerlo y faltar al organismo se presentarían signos de malestar físico, psíquico o ambos (14).

Adicto: El Diccionario de la Lengua Española lo define como “dedicado, muy inclinado, apegado. Unido o agregado a otro u otros para entender en algún asunto o desempeñar algún cargo o ministerio”. (15)

La adicción a las drogas se traduce en la costumbre de consumirlas y el sujeto pierde el control pues tiene que ingerirlas, ya que de no hacerlo representa un malestar, físico, psíquico o ambos.

Con la palabra adictum se designaba al hombre que para saldar una deuda se convertía en esclavo. De esta manera el que es adicto a una droga se esclaviza a ella y no puede o le es muy difícil dejar de ingerirla.

13.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española 1970, Madrid, España, Decimonovena Edición. Pág. 914

14.- DIAZ DE LEON Marco Antonio, Diccionario de Derecho Penal, Edit. Porrúa S.A. México 1986, Pág. 1152.

15.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española 1970, Madrid, España, Decimonovena Edición. Pág. 26

Para la Organización Mundial de la Salud, la adicción a las drogas se entiende como un estado de intoxicación periódica o crónica, perjudicial para el individuo y para la sociedad, producido por el consumo repetido de tales sustancias. Sus características son las siguientes:

1.- Deseo o necesidad invencibles (compulsión) para continuar tomando la droga o para obtenerla por cualquier medio posible.

2.- Tendencia a aumentar la dosis de droga.

3.- Dependencia psíquica, física o ambas.

En relación con el adicto o habitual, se mencionará en el capítulo sobre los delitos contra la salud en particular la manera en que la ley prevé estas circunstancias.

Dependencia: Por dependencia debe entenderse un estado fisiológico alterado, producido por la ingestión repetida de un estupefaciente o psicotrópico y mismo estado que debe mantenerse para evitar los síntomas de la abstinencia.

Existe la dependencia física y psíquica y hay drogas que producen ambas dependencias como el alcohol.

En el Código Penal Federal se utilizan los términos adicto y habitual, los cuales están vinculados con el concepto dependencia.

Dosis personal o individual: Es la cantidad de estupefaciente o psicotrópico que ingiere una persona en una sola ocasión.⁽¹⁶⁾

Dosis Terapéutica: Es la que el médico prescribe al paciente.⁽¹⁷⁾

Narcóticos: El grupo de los narcóticos lo constituyen las sustancias que actúan sobre el sistema nervioso central, que alivien el dolor e inducen al sueño. Entre los narcóticos u opiáceos se incluyen: el opio y sus componentes activos, tales como la morfina, la heroína y la codeína. También se incluyen en éste grupo, una cantidad de sustancias sintéticas con efectos morfínicos, tales como la petidina, la metadona y la normetadona.⁽¹¹⁾ El artículo 193 del Código Penal utiliza la palabra narcótico, como un término que abarca en general, todas las sustancias reglamentadas bajo el ámbito jurídico penal.

Narcotráfico: Tráfico ilícito. Se refiere a la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, venta, distribución, entrega, corretaje, envío, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o psicotrópico que se realice ilícitamente.⁽¹⁸⁾

16.- GARCIA Ramírez Efraín. "Drogas op. Cit. YESID Ramírez, Bastidas. Los estupefacientes. Edit. Empresa de publicaciones del Huila, Colombia 1985, Pág. 62

17.- Idem, Pág. 62

18.- PROGRAMA NACIONAL PARA EL CONTROL DE LAS DROGAS 1989-1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación, de 30 de Enero de 1992, Págs. 75, 76 y 77

CAPITULO V
DELITOS CONTRA LA SALUD

CAPITULO QUINTO

DELITOS CONTRA LA SALUD

5.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El título de delitos contra la salud, es el séptimo que se encuentra plasmado en nuestro Código Penal; en él se comprenden los delitos denominados “De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos”, en el capítulo I; y, “Del peligro de Contagio” en el capítulo II, los cuales estudiaremos en los próximos apartados.

Por salud, gramaticalmente entendemos aquel estado en que el ser orgánico ejerce normalmente sus funciones y la ampliación de este tema, se trató ya en un capítulo especial. Al hablar de delitos contra la salud pues, en este mismo sentido, podríamos considerarlos como todos aquellos en los que su ejecución afecta el normal desarrollo de las funciones del ser humano; no obstante, el título al cual nos referiremos en las siguientes páginas se encuentra enfocado exclusivamente a los tipos penales sobre estupefacientes y del peligro de contagio.

5.2. SU CLASIFICACION

Para el análisis del ilícito en examen, hemos tomado como tipo básico el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, con el fin de facilitar el aprendizaje del mismo, el cual dice: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aún gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico.”

El delito en comento lo clasificaremos de acuerdo a los siguientes aspectos:

A) En función de su gravedad

Como debemos recordar, en nuestro país se aplica la clasificación bipartita, dentro de la cual se encuentran los delitos y las faltas.

La conducta en estudio es un delito, porque es sancionada por la autoridad judicial, a diferencia de las faltas, las cuales son sancionadas por la autoridad administrativa.

B) En orden a la conducta del Agente

En relación a este punto, el tipo penal es de acción, debido a que para su realización se requieren movimientos corpóreos del agente para cometer el hecho delictivo.

C) Por el resultado

El tipo en estudio es de resultado material, porque para configurarse el mismo, debe haber algún resultado, es decir, la materialización del delito.

D) Por el daño que causan

Este ilícito es de lesión, por causar un daño al bien jurídicamente tutelado, consistente en la salud pública. No basta con poner en peligro al bien jurídicamente protegido.

E) Por su duración.

Es un delito instantáneo, se comete a través de la realización de una sola acción, única, o de una acción compuesta por diversos actos que enlazados entre sí, producen el resultado, atendiéndose esencialmente a la unidad de la acción. Se consuma en un sólo movimiento y en ese momento se perfecciona.

Cabe señalar que para algunos autores existen los delitos instantáneos con efectos permanentes, los cuales se caracterizan por realizarse en forma instantánea, pero sus efectos no cesan de inmediato, es decir, producen efectos permanentes.

F) Por el elemento interno

Es un delito de realización dolosa, por ser indispensable la plena y absoluta intención del agente para la perpetración del acto ilícito. No se puede efectuar de manera culposa, es decir, sin intención, atribuyendo la acción criminal a la imprudencia, negligencia, descuido o torpeza.

G) En función a su estructura

Como debemos recordar, en este punto se clasifica al delito en simples y compuestos; el tipo que nos ocupa es de estructura simple, porque daña un sólo bien jurídicamente tutelado, es decir, la salud pública.

H) En relación al número de actos

El tipo analizado es unisubsistente, porque basta la realización de un acto para su tipificación, la acción no se puede dividir o fraccionar en diversos actos, el sujeto activo logra su propósito ilícito en un sólo acto. Para cometer el hecho delictivo, basta un sólo acto consistente en producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar o prescribir alguno de los narcóticos aludidos en el artículo 193, previstos en la Ley General de Salud.

I) En relación al número de sujetos

Es unisubjetivo porque la ejecución de la conducta antijurídica requiere de un sólo sujeto. Esta situación la observamos claramente en la descripción legislativa del artículo 194 del Código Penal Federal, al expresar “al que”.

J) Por su forma de persecución

Es menester citar el texto constitucional del Artículo 21, el cual establece:

“Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel...”

Como ya sabemos, existen dos formas de perseguir los delitos; de oficio y a petición de parte ofendida; el ilícito en estudio es de oficio, ya que la autoridad tiene la obligación de perseguirlo, aún en contra de la voluntad del ofendido, siendo improcedente el perdón del agraviado.

K) En función de su materia

Es un tipo perseguible en todos los Estados de la República Mexicana y en el Distrito Federal por lo cual es de carácter federal, sometiéndose a los participantes en el mismo, a la jurisdicción de este rango.

L) Clasificación legal

El ilícito en examen se encuentra localizado en el Título Séptimo “Delitos contra la salud”, Capítulo I, “De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos”. Artículo 194, Fracción I.

5.3. ELEMENTOS DEL DELITO CONTRA LA SALUD

5.3.1. LA CONDUCTA

Dentro de la clasificación de la conducta, el artículo 194, fracción I, comprende una hipótesis de acción; se necesitan movimientos materiales o corporales voluntarios encaminados a la producción de un resultado; éstos son la elaboración, el tráfico, comercio, suministro o prescripción de alguno de los narcóticos previstos en el artículo 193 del Código Penal Federal, sin la autorización correspondiente expresada en la Ley General de Salud.

A) Sujetos

El sujeto activo en este tipo penal no establece ninguna calidad especial, por lo que podrá ser cualquier individuo.

El sujeto pasivo al igual que el activo tampoco establece alguna calidad, por lo que también puede ser común e indistinto.

En cuanto al ofendido será quién resiente el daño del ilícito en forma directa.

B) Objetos del delito

El objeto jurídico como ya lo hemos mencionado anteriormente es la salud pública.

El objeto material es la persona o cosa sobre la que recae la acción del delito, en el caso del artículo 194, fracción i, será la salud pública, y la privada de las personas que consumen los narcóticos, sustancias o vegetales aludidos anteriormente.

5.3.2. TIPICIDAD

El tipo penal es el estipulado en la fracción I, del artículo 194, el cual expresa lo siguiente:

“Artículo 194.- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I.- Produzca, transporte, comercie, suministre aún gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico.

Luego entonces, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir, se presentará la tipicidad cuando se amolda al tipo penal la conducta desplegada por el agente.

La atipicidad se presentará cuando falte el objeto material. Por ejemplo, si se está suministrando bajo prescripción médica alguna clase de narcótico a una persona con cáncer, para minimizar los dolores, en esta hipótesis no se daña la salud pública.

5.3.3. ANTIJURIDICIDAD

En el tipo a estudio se presenta la antijuridicidad material, porque infringe una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico.

También se presenta la antijuridicidad material, porque la realización de la conducta delictiva en estudio, es socialmente dañosa.

En el delito que nos ocupa no se presenta ninguna causa de justificación.

5.3.4. IMPUTABILIDAD

La imputabilidad como ya lo sabemos, la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, por lo cual únicamente cuando una persona tenga la citada capacidad, podrá ser sujeto a la imputación de delitos que ejecute.

La inimputabilidad es la falta de capacidad para querer y entender en el campo del derecho penal, por lo que no ahondaremos más en este elemento, dejando únicamente la reflexión de que para que exista esta inimputabilidad deberá existir en el sujeto activo una incapacidad, un trastorno mental transitorio, falta de salud mental o un miedo grave.

5.3.5. CULPABILIDAD

El tipo en estudio es eminentemente doloso, ya que para su realización se requiere de la plena intención del agente para la ejecución del mismo, por lo cual, no cabe la presentación culposa.

5.3.6. PUNIBILIDAD

La punibilidad se encuentra establecida en el tipo en estudio en el artículo 194, de la siguiente manera:

“Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que...”

En cuanto a las excusas absolutorias, considero necesario para mejor entendimiento y explicación, transcribir una opinión del Poder Judicial de la Federación que nos comenta al respecto:

POSESION DE MEDICAMENTOS PARA USO TERAPÉUTICO. EXCUSA ABSOLUTORIA OPERA CUANDO SE POSEE CANTIDAD NECESARIA PARA TRATAMIENTO. En los términos del último párrafo del artículo 194 del Código Penal Federal, adicionado por decreto de veintitrés de Diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, publicado en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos ochenta y seis, la simple posesión de medicamentos previstos entre las sustancias a las que se refiere el Artículo 193 del propio Código, cuya venta al público se encuentra supeditada a requisitos especiales de adquisición no será sancionada si los medicamentos por su naturaleza y cantidad son los necesarios para el tratamiento médico de la persona que los posea, lo cual significa que la valoración de la cantidad poseída, debe

hacerse a la luz de un criterio racional vinculado al tratamiento médico, sin tomar en cuenta los diversos criterios establecidos por el propio numeral 194 para valorar la posesión de drogas diversas a los medicamentos como son los de consumo inmediato y no de exceso a la cantidad necesaria para la satisfacción del adicto durante un término máximo de tres días, pues la voluntad del legislador fue excluir una sanción a los simples poseedores de medicamentos cuando estuvieran sujetos a tratamiento médico, de ahí que si la cantidad poseída es acorde a lo necesario para el tratamiento, conforme a la presentación del producto médico, resulta contrario al numeral 194, último párrafo, determinar que la posesión del medicamento no está excluida de sanción, si la cantidad excede de la necesaria para el consumo inmediato o para la satisfacción del adicto por un término que no exceda de tres días, ya que la razón explicativa de la excusa absolutoria no radica en la satisfacción del adicto, sino en la necesidad de la utilización del producto para el tratamiento médico. (Tribunal Colegiado del Décimo cuarto Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. Tomo XI. Febrero. Tesis XIV. 25 P. Página 301).

PRECEDENTES: Amparo directo 314/92. León Alberto Toscano Guerrero. 25 de Septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Renato Sales Gasque. Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

5.4. ASPECTOS COLATERALES DEL DELITO

5.4.1. TENTATIVA

Por lo que se refiere al delito contra la salud, éste da cabida a la tentativa pues se pueden llevar a cabo actos ejecutivos tendientes a la verificación de tal delito como es el caso de quien pretende sacar algún estupefaciente o psicotrópico del país y es detenido, por lo que no logra su objetivo, luego entonces, tal

comportamiento quedará en tentativa, independientemente de cualquier otro ilícito que pudiera haber realizado.

5.4.2. PARTICIPACION

Como lo hemos mencionado, la participación es la cooperación de varios sujetos en la comisión de un ilícito.

El artículo 13 del Código Penal Federal dispone:

Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que los realicen por sí;

III.- Los que los realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito;

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64-bis de este Código.

En el delito contra la salud, se pueden verificar cualesquiera de las formas de participación tutelados por el artículo antes transcrito.

- 5.4.3. CONCURSO

Cuando un sujeto comete varios delitos, se le da el nombre de concurso a esta serie de infracciones.

El concurso de delitos puede ser ideal o material como ya se ha explicado anteriormente.

Me referiré a las tesis siguientes para hacer mas explícita la definición y en particular en los delitos que estamos tratando en el presente trabajo:

DELITOS CONTRA LA SALUD Y EL PREVISTO EN EL ARTICULO 101 DE LA LEY GENERAL DE POBLACION. CUANDO NO CONCURRE EL ULTIMO CON EL PRIMERO.- Es violatoria de garantías la sentencia reclamada, porque condena al ahora quejoso como responsable de la comisión del delito previsto en el artículo 101 de la Ley General de Población, por el hecho de haber incurrido en la comisión del delito contra la salud, en la modalidad de introducción ilegal al país de cocaína, pues de acuerdo con los elementos que constituyen el tipo a que se contrae el citado numeral de la Ley General de Población, para que el delito se configure se

requiere que la conducta del autor sea reiterada, precisándose en el activo la habitualidad de actividades ilícitas y deshonestas. Por lo tanto, la comisión de un solo hecho ilícito no es suficiente para tener por comprobado el delito previsto en el artículo 101 de la Ley General de Población.

Amparo Directo 499/85.- Marisol García Jiménez.- 2 de Julio de 1985.-
Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario:
José Jiménez Gregg.

Informe 1985, Segunda parte. Primera Sala, Pág. 14.

SALUD, DELITO CONTRA LA UNIDAD DEL, Y PENA APLICABLE EN CASO DE COMISION DE VARIAS MODALIDADES PREVISTAS EN DIVERSOS PRECEPTOS.- Cuando el Delito contra la salud se puede considerar bajo dos aspectos, tanto del artículo 194, como del 195 del Código Penal Federal, la pena aplicable es la del delito mayor.

Amparo directo 5921/72.- Gilberto Cocom Catain.- 11 de Abril de 1973.-
5 votos.- Ponente: Mtro. Mario G. Rebolledo F.

Sostiene la misma tesis:

Amparo directo 2243/72.- Jerónimo Magaña González.- 9 de Abril de 1973.-
5 votos.- Ponente: Mtro. Mario G. Rebolledo F.

Precedente: Séptima Epoca. Vol. 30. Segunda Parte. Pág. 22.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Segunda Parte.
Primera Sala. Vol. 52. Págs. 40 y 41.

CAPITULO VI
POSESIÓN

CAPÍTULO SEXTO

POSESIÓN

6.1. CONCEPTO GENERAL

Del latín *Possessio-onis*; del verbo *possum, potes, posse, potui*: poder.

Para otros autores del verbo *sedere* y del prefijo *pos*: sentarse con fuerza.

Es el acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro. ⁽¹⁹⁾

Para el Diccionario de la Lengua Española la palabra poseer “viene del latín *possidere*, que se traduce en tener uno en su poder una cosa.”

Agrega también que respecto a la posesión civil es la que uno tiene con justa causa y con buena fe, y con ánimo y creencia de señor, esta posesión civil siempre es justa y se contrapone a la natural, en cuanto ésta, no es justa o no tiene los efectos del derecho.” ⁽²⁰⁾

6.2. CONCEPTO DOCTRINAL

Para Domínguez Martínez la posesión implica en principio la detentación directa de una persona respecto de una cosa, es decir, se presenta como: “la situación objetivamente apreciable por la que alguien tiene algo en su poder, de tal manera que está consigo y lo usa con exclusividad porque lo tiene físicamente” ⁽²¹⁾

19.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Tomo IX, Pág. 3044, Ed., Selecciones Reader's Digest.

20.- Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española 1970, Madrid, España, Decimonovena Edición, Pág. 1052.

21.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa 4ta. Edición México D. F. P. 465

Para Planiol, la posesión es un estado de hecho que consiste en retener la cosa de forma exclusiva, llevando a cabo sobre ella los mismos actos materiales de uso y de goce como si se fuera el propietario de la misma. (22)

Para Bonnecase, es un hecho jurídico consistente en un señorío ejercitado sobre una cosa mueble o inmueble, señorío que se traduce por actos materiales de uso, o de goce o de transformación, llevados a efecto con la intención de comportarse como propietario de ella o como titular de cualquier otro derecho real. (23)

Para Saleilles la posesión es la efectividad consciente y querida de apropiación económica de las cosas (24)

Para Morineau la posesión no es un mero hecho sino: "Todo un derecho que atribuye a su titular la posibilidad de ejercer un poder de hecho sobre una cosa." (25)

Antonio de Ibarrola dice que antes de iniciar el estudio de la posesión; aclara de antemano que la protección que la ley le otorga tiene a primera vista algo de anómalo, de curioso y de singular, ya que dentro de esa protección quedan a veces comprendidos, para gozar de ella, aún los bandidos y los ladrones (26)

22.- Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Derecho Civil*, Ed. Harla 1ª. Edición, México D. F, P. 386

23.- Bonnecase, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Edit. Harla 1ª. Edición, México D. F. p. 475.

24.- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, op. Cit. Nota 2, Pág. 475

25.- *Íbidem* p. 488.

26.- Ibarrola, Antonio de, op. Cit. Nota 1 P. 114.

En efecto, de los anteriores conceptos podemos colegir lo siguiente:

- 1) Al decir que la posesión es un ESTADO DE HECHO, se afirma que cae bajo el dominio de los sentidos. Es un contacto material del hombre con la cosa.
- 2) Por virtud de ese estado de hecho, una persona retiene en su poder exclusivamente una cosa.
- 3) Como manifestación de ese poder, el titular ejecuta un conjunto de actos materiales que se refieren al aprovechamiento de la cosa.
- 4) Por último, ese poder físico puede derivar de un derecho ya sea real o personal, o no reconocer la existencia de derecho alguno que e incluso contra derecho. En relación con la última proposición se anticipa como normalmente el que tiene un derecho, casi siempre se ejercita la posesión, pero muchas veces se ejerce la posesión sin derecho alguno.

Las doctrinas predominantes en relación con la posesión son las siguientes:

- 1) Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861), expone lo que él considera la doctrina tradicional, la doctrina romana de la posesión y da a la teoría el carácter SUBJETIVO: por eso se denomina su teoría la TEORÍA SUBJETIVA DE LA POSESION. Es el fundador de la escuela histórica . Su obra "Das Recht des Besitzes", el derecho de la posesión.

- 2) Rudolph Von Ihering (1818-1892) se coloca en el extremo opuesto y expone la TEORIA OBJETIVA DE LA POSESION. Critica a Savigny afirmando que la teoría de éste no es la fiel expresión del concepto romano. La doctrina de Ihering fue tan predominante en la segunda mitad del siglo XIX como lo había sido la de Savigny en la primera. Sus obras "Beitrag zur Lehre von dem Besitz" (contribuciones al estudio de la posesión); "Der Besitzwille" (el ánimo de poseer, la voluntad de la posesión).

- 3) Saleilles (Raymundo) estudia ambas doctrinas, las expone con claridad, y se coloca en un punto ecléctico.

6.3. CONCEPTO ROMANO

Los Romanos ante el problema de la posesión, consideraron ante todo el poder físico o material y decidieron que la posesión sólo podía recaer sobre bienes corpóreos: *possessio rei*. Para los romanos, la propiedad entraña un poder jurídico sobre las cosas; la posesión, un poder meramente material. *Nihil commune habet proprietatis cum possessione*, dice Ulpiano, nada de común tiene la propiedad con la posesión. Para los Romanos la posesión no constituye un derecho, sino un simple hecho: *res facti non juris* (cosa de hecho, no de derecho), como hasta la fecha se ha admitido siempre, excepto por Morineau. La profunda división entre propiedad y posesión se nota por último en la máxima *separata esse debet possessio a proprietate* (la posesión debe ser preparada de la propiedad). En el Proceso posesorio nadie puede validamente defenderse invocando su derecho a la posesión: el régimen de la paz posesoria se mantiene en una esfera aparte de aquella en que se mueven los derechos. Tal es lo que todavía hoy se quiere decir cuando se afirma que en los procesos posesorios no se admiten jamás excepciones petitorias.

Con el tiempo fue saliendo la posesión en Roma del estado primitivo que sólo admitía la posesión de bienes corpóreos, y entonces se admitió que podía ejercitarse sobre una cosa un simple derecho de servidumbre: a esto se llamó posesivo *juris* o *quasi* posesivo. Así salió la posesión del dominio de las cosas para trasladarse al de los derechos.

Planiol y Ripert hacen notar que nunca ha existido en realidad posesión sobre las cosas: lo que se posee en realidad son los derechos, y en especial el derecho de propiedad: la posesión de las cosas es en realidad una posesión del derecho real por excelencia, la propiedad. Para ellos, cuando los romanos hablan de que una persona posee una cosa, quieren decir que se conduce con respecto de esa como propietario: no dicen que sea propietario, sino que se conduce como tal. En cuanto a los demás derechos, comenta Planiol, la situación es idéntica: el que goza del derecho de usufructo tiene que conducirse como usufructuario, ejercitando actos materiales que demuestren su deseo de apropiarse los frutos, etcétera.

La primera opinión que dominó en la doctrina, hasta SAVIGNY, fue la de los GLOSADORES que, apoyados en los textos romanos exigían para la posesión, la TOMA MATERIAL de las cosas: creían que lo que caracteriza a la posesión es el hecho de "colocarse sobre la cosa", *rei insistere*, poner la planta del pie sobre el inmueble o asir enérgicamente el mueble *corpore et tactu*, corporalmente y con el tacto. ⁽¹¹⁾

6.5. TESIS DE SAVIGNY

En la teoría de Savigny, la clásica, se han reconocido, como muy bien lo indica la definición, dos elementos de la posesión, uno MATERIAL, el corpus, otro psicológico, el animus. Fueron inventados, no se encuentran en los textos romanos, sino muy discretamente presagiados.

- 1) El corpus es el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa para retenerla en forma exclusiva. Por sí sola, engendra un estado de cosas que se llama DETENTACIÓN O TENENCIA, que es la base de la posesión; pero no implica la posesión, pues si no existe el animus no hay posesión, sino un fenómeno radicalmente distinto.

El corpus puede ser ejercitado por conducto de otro, según nos indicaba la definición del artículo 822 del Código Civil de 1884. El poseedor teniendo el animus, puede delegar el corpus, y ser sin embargo, poseedor en derecho: el arrendador ejerce su derecho de posesión por conducto del arrendatario. El corpus está reconocido por todas las teorías y por todas las legislaciones.

- 2) El animus consiste en ejercer los actos materiales de la detentación con la intención de conducirse como propietario, a título de dominio. ¿Debe ser siempre domini de dueño? Sí. Contestaba Savigny: debe ser siempre domini (de dueño) o al menos *rem sibi habendi* (de tener la cosa para sí). El artículo 826; "El que posee a nombre de otro no es poseedor en derecho", decía el Código de 1884.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Para Savigny, la posesión es, pues, una relación o estado de hecho que da a una persona la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre una cosa con *animus domini* o *rem simi habendi*.

Aclarando la teoría respecto del elemento corpus, Savigny, apartándose por completo de los Glosadores, afirma que no es necesario la toma de posesión materialmente realizada, sino pronta a realizarse: no consiste el corpus en el apoderamiento brutal de la cosa, sino en la manifestación de un poder de dominación que se revela:

- 1) Por la disponibilidad de la cosa;
- 2) Por la posibilidad directa e inmediata de someterla a un poder físico.
- 3) Por la posibilidad de excluir de intromisión a extraños.

En resumen, disponibilidad por lo que respecta al objeto, posibilidad por lo que toca al sujeto. Recordemos el ejemplo que cita Planiol "soy poseedor de mi correspondencia desde que el cartero la deposita en el buzón de mi casa, aún cuando no la haya yo asido materialmente, aún cuando ignore yo aún que se encuentra allí". La explicación de Savigny para este ejemplo, análoga a la solución de Celso, es ingeniosísima; todo lo que se encuentra en la casa se supone bajo la custodia de quien la habita, la casa es un verdadero instrumento de aprehensión y aunque esto nos parezca extraño, nuestro Código actual presume ser partidario de la doctrina objetiva lo contempla.

He aquí pues los elementos de la definición de Savigny:

- 1) Relación o estado de hecho;
- 2) En virtud de ese lado de hecho, una persona tiene sobre una cosa un poder actual, inmediato y exclusivo. La disponibilidad debe ser absoluta

y no estar sujeta a modalidad (plazo o condición);

- 3) *Animus domini* o *rem sibi habendi*. Este elemento es el que da su nombre a toda la teoría: TESIS SUBJETIVA DE LA POSESIÓN. Para Savigny el *animus* tiene enorme importancia. En virtud de él, un inquilino simple detentador que sólo tiene el *animus detinendi*, se convierte psicológicamente en poseedor, cuando se convence de que la cosa es suya. Claro que ese cambio espiritual no debe ser arbitrario: debe derivar de algún título de posesión. Así nuestro artículo 1080 definía el justo título como "el que es o fundamentalmente se cree bastante para transferir el dominio". Siendo el *animus* un elemento puramente subjetivo, Savigny favorece a todo tentador con una presunción *juris tantum*, contenida en nuestro artículo 825 que decía: "El poseedor tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo" y, contenida también en el artículo 828: "La posesión da al que la tiene, presunción de propietario para todos los efectos legales."

6.5.1. CRÍTICA DE IHERING A LA TEORÍA DE SAVIGNY

Arguye Ihering para desmentir a Savigny:

I.- No es cierto que cuando haya una posibilidad de ejercer sobre la cosa el poder físico en forma inmediata, exclusiva y presente, haya siempre posesión en Derecho Romano: casos hay en que a pesar de existir la posibilidad, no hay posesión:

- a) El derecho del tesoro. El poseedor del predio ejerce un poder físico innegable y sin embargo tanto en derecho romano como en derecho moderno, se considera que el poseedor del predio no lo es del tesoro;

- b) Cuando en la compraventa de muebles el vendedor entrega al comprador las llaves del local donde éstos se encuentran, el comprador puede abrirlo, y sin embargo, dice el Derecho Romano, no hay posesión.

En otros casos, continúa Ihering, hay posesión sin que exista la posibilidad de ejercer el poder físico:

- a) El animal capturado en las redes del cazador. Este tiene la posesión y sin embargo no tiene la posibilidad de ejercer el poder físico. Puede el animal evadirse o alguien apropiárselo, ya que el cazador no está presente en el momento en que el animal cae en la trampa.

II.- Lo anterior, por lo que hace al corpus. Tomando ahora el elemento animus, prosigue Ihering enderezando su crítica desde un triple aspecto:

- a) El lógico o legislativo. En la prenda, en el precario (que se distingue del comodato en que el primero tiene siempre como base la concesión provisional de la posesión de la cosa, y por tanto es recobrable en todo momento, mientras que el comodato no finaliza hasta terminar el uso pactado) y en la enfiteusis, el Derecho romano reconoce la posesión, sin que exista por parte del detentador el *animus domini*. Savigny tuvo que llamar a éstos y a casos parecidos POSESIÓN DERIVADA. Tomando tales ejemplos concluye Ihering que la teoría de Savigny está tomada de una opinión personal de Paulo, y que por ende no es una fiel interpretación legislativa. Ejemplos como los citados se multiplican, Savigny nunca tuvo razón de hablar de *animus possidendi* como *animus sibi habendi*. El Derecho Romano consideró que la simple detentación o corpus o poder físico sobre la cosa,

era la posesión misma. Los textos excluyeron únicamente ciertos casos típicos como los del arrendamiento, del depositario, el sirviente, por considerar que en ellos la simple detentación no implica posesión;

- b) En el aspecto interno. También en él critica Ihering el *animus possidendi* como *animus rem sibi habendi*. En el caso del representante indirecto (el que actúa en nombre propio, como representante tácito y no aparece contratado como el *dominus negoti* (dueño del negocio); en el del secuestratario (persona que tiene en su poder una cosa consignada por varios y que la devolverá a uno de ellos, por ejemplo, al que triunfe en un proceso, y a quien se reservan el derecho de reclamarse la devolución los depositantes mediante la *secuestrataria actio depositi*). Mientras dura el secuestro, el secuestratario, que posee jurídicamente excluye de la cosa a todos los depositantes); y en el caso de ACREEDOR PIGNORATICIO o ACREEDOR PRENDARIO. En todos ellos existe el *animus possidendi* del Derecho Romano, y sin embargo no existe en tales casos el *animus rem sibi habendi*. El acreedor prendario tiene simple garantía, y sin embargo el Derecho Romano le concede el *animus possidendi*, el secuestratario entregará la cosa a quien le indique el Juez, y empero, el derecho Romano, le concedió la posesión.

Dice Savigny que nunca el detentador puede poseer por sí o en beneficio propio; Ihering contesta que el arrendatario, simple detentador, usa y goza de la cosa en provecho propio.

Dice Savigny que los poseedores tienen voluntad permanente de poseer, y que la voluntad del detentador es sólo temporal; Ihering opone que hay poseedores temporales como el acreedor prendario, el secuestrario y el representante indirecto.

Según Savigny el poseedor es autónomo y el detentador es dependiente o subordinado; Ihering contesta que esto es falso, que hay poseedores autónomos y poseedores subordinados; que en derecho romano el acreedor prendario, el secuestrario y el representante indirecto son poseedores dependientes.

Para Savigny el poseedor es autónomo y el detentador es dependiente o subordinado; Ihering contesta que esto es falso, que hay poseedores autónomos y poseedores subordinados; que en derecho romano el acreedor prendario, el secuestrario y el representante indirecto son poseedores dependientes.

Según Savigny el poseedor aspira a la propiedad: toda posesión implica una pretensión de dominio, en cambio la detentación no. Ihering contesta que en los tres casos ya mencionados del derecho romano, éste admite la posesión y sin embargo no hay pretensión de propiedad.

Savigny dice que la posesión vale aunque no haya propiedad: es un valor patrimonial y puede transmitirse: habrá entonces un poseedor originario y un poseedor derivado. Ihering contesta: si Savigny deja al arbitrio de las partes transformar la tenencia en posesión o viceversa, la posesión se convierte en juguete de la voluntad de las partes: la disposición objetiva del derecho se substituye por la voluntad libre, subjetiva y completamente soberana: "Haced lo que os plazca". Por ello la teoría de Savigny va impulsada hacia el abismo.

La diferencia entre las teorías de Savigny e Ihering es muy profunda: para Savigny los detentadores por otro no son poseedores, porque no tienen un elemento para él necesario en la posesión, el *animus domini*. Todo aquel que detente en virtud de título que excluya la idea de propiedad, es incapaz de poseer. Para Ihering todo detentador tiene la posesión: sólo se le negará al detentador la protección posesoria cuando el legislador lo haya expresamente mandado; al detentador sólo por excepción, cuando la ley lo determine, puede no concedérsele la calidad de poseedor. Según Ihering al demandante en materia de posesión le basta probar el corpus, y a su contradictor corresponde probar que a aquella detentación no la defiende la ley, puesto que la ha privado del efecto normal de los interdictos.

- c) El aspecto práctico, cuando surge una controversia sobre la posesión, debería imponerse al poseedor la prueba del animus, según la doctrina de Savigny. Siendo el animus imposible de probar, Savigny favorece al poseedor con una presunción *juris tantum*, y dice que sólo tendrá que probar el poseedor la causa de la posesión.

Ihering hace notar que al desplazarse así la prueba del animus a la causa, de lo subjetivo a lo formal, se está claramente denunciando la insuficiencia de la doctrina de Savigny. Para Ihering el poseedor no necesita probar la causa (y en eso se parecen las dos teorías): es el adversario a quien le toca probar que tiene un título contrario. Al explicar la tesis de Savigny, Saleilles nos hace notar que para aquél el animus es la intención, expresada jurídicamente de obrar como propietario y aspirar a la propiedad; el animus no debe ser solo un fenómeno íntimo, tiene que aparecer del título mismo en virtud del cual se detenta. Por eso, a los detentadores precarios no se les reconoce el animus: el título mismo que los autoriza a disfrutar de la cosa reconoce la propiedad de otro y contiene por lo mismo la renuncia implícita de aspirar a la propiedad.

6.6. TEORÍA DE IHERING (OBJETIVA DE LA POSESIÓN)

Ihering reconoce la existencia del corpus y de animus: pero los entiende en forma muy diferente a Savigny:

- a) Para Ihering el corpus no es una simple relación física de lugar o de proximidad o contacto, ya que la misma puede existir sin que haya posesión: el prisionero no posee sus cadenas. Se necesita un interés. Este interés motiva la voluntad del poseedor de perseguir un fin determinado y ese fin, no es otro que llevar a cabo la explotación económica de la cosa. El corpus para Ihering, es la exteriorización del Derecho de propiedad. Llamar a la posesión de las cosas, dice él exterioridad o visibilidad de la propiedad, es resumir en una frase toda la teoría posesoria.

Para Ihering la posesión no es más que un medio para proteger a la propiedad, su exteriorización y manifestación: por lo mismo, el elemento material de la posesión consiste en el conjunto de actos o hechos mediante los cuales se manifiesta el derecho de la propiedad. El elemento material de la posesión es la Visibilidad de la propiedad, la que descubre y hace perceptible al propietario. El propietario ejercita muchas veces su derecho de estar en contacto con la cosa, sin dejarla bajo la custodia de nadie. El elemento material no es la aprehensión de los glosadores; no es la posibilidad de realizar la dominación sobre la cosa, como la entendió Savigny, es un estado de hecho entre el poseedor y la cosa que nos descubre al propietario y que corresponde a lo que sería el ejercicio de un verdadero Derecho de propiedad. No puede concretarse hecho alguno que encarne la realización del corpus, porque es claro que el ejercicio del derecho de propiedad no puede ser el mismo sobre los inmuebles que sobre los muebles: éstos casi siempre están al alcance del dueño en su domicilio. Tratándose de inmuebles para

resolver la cuestión de posesión, es necesario remontarse al origen de ella, origen que puede reconocer dos causas: una transmisión hecha por el anterior poseedor o una OCUPACIÓN en la que no haya intervenido poseedor alguno. Volviendo al ejemplo de los muebles, cuando después de una cosecha óptima deja el agricultor la cebada en montones con las consabidas letras trazadas con su dedo al pie de cada uno (para saber si alguien lo roba), el corpus posesorio no se ha roto. Tampoco cuando el granjero canadiense, ya llenos los graneros, deja algunas mieses en el campo. Tampoco cuando se deja un automóvil momentáneamente en la calle o en un estacionamiento; pero sí, naturalmente, cuando se deja descuidadamente una piedra preciosa lejos de la caja fuerte.

b) El animus

Para Savigny es el segundo elemento que se requiere para que la posesión se dé, y consiste en la voluntad, la intención del sujeto de poseer para sí. Es el *animus domini*, que él señala se necesita para que exista la posesión. Y supone la existencia de un título bastante para transferir el dominio o que se repute bastante para transmitirlo.

Para Ihering es el propósito de explotar económicamente la cosa y está bien ligado al corpus. Del corpus se desprende el animus.

Para Saleilles el corpus es: "Un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica en vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo, entre aquél a quien dichos actos se refieren y la cosa que éstos tienen por objeto."

El animus es: El propósito de realizar una apropiación simplemente económica de la cosa obrando como si se fuera el dueño material de la misma.

Vistas a grandes rasgos las teorías subjetivas de Savigny, objetiva de Ihering y la ecléctica de Saleilles, se analizará la posesión en nuestras leyes:

La doctrina objetiva de Ihering ha influido notablemente en los Códigos modernos, ya que soluciona de modo práctico parte de los múltiples problemas que acarrea la prueba de la posesión. Ha sido recogida por el Código Civil alemán y por el Código Federal de Suiza, entre otros.

El Código Civil actual penetrado de las ideas de Ihering y Saleilles, modifica el anterior concepto de posesión.

6.7. POSESIÓN EN MATERIA CIVIL

La connotación de posesión en materia civil es diferente a la Penal,

El artículo 790 del Código Civil Federal indica: “Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella el poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él.”

El propietario de la cosa es el poseedor originario, en tanto que al que se le entrega la cosa concediéndole el derecho de retenerla temporalmente es el que tiene la posesión derivada.

Para el maestro De Pina es: “poseedor en relación con una cosa, la persona que ejerce sobre ella un poder de hecho”; en relación con un derecho, la que goza de él.

6.8. POSESIÓN EN MATERIA PENAL

En materia Penal y tratándose del delito contra la salud, la modalidad de posesión debe llenar tres requisitos:

- 1.- La existencia de un narcótico considerado por la ley como tal.
- 2.- Que el activo tenga el poder de disposición y esté en su radio de acción el narcótico sin llenar los requisitos legales
- 3.- Que tenga conciencia y sea voluntario de ese hecho.

6.9. POSESIÓN DE NARCÓTICOS Y SU DIFERENCIA CON LA POSESIÓN EN MATERIA CIVIL.

Según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no es exacto que para que se tipifique la modalidad de posesión de estupefacientes deban reunirse los requisitos que la legislación civil establece para el Instituto Jurídico de la posesión, pues en materia penal, no se requiere, de manera definitiva, que se reúnan ninguno de estos términos a que la legislación civil hace referencia, pues en esta materia la posesión es una tenencia sin que se requiera el elemento subjetivo, o que por otra parte, deba existir un título bastante que justifique la posesión, ni tampoco que esa posesión derive una serie de derechos y obligaciones que la propia legislación civil se encarga de establecer: entre ellos, la posibilidad de enajenar lícitamente ese derecho.

En conclusión a esto estamos en presencia de un mismo término jurídico, posesión, con dos connotaciones distintas y dos tratamientos distintos, bien sea dentro del ámbito de aplicación de la Legislación civil, y otra, muy diversa en el ámbito de aplicación de la ley penal, en ambas situaciones, se tratan de preceptos distintos y se derivan de consecuencias jurídicas diferentes; por ello, es que en el tema que nos abocamos que es la posesión en el caso de estupefacientes es legalmente distinta de aquella a la que se refiere la Ley Civil.

CAPITULO VII
POSESIÓN DE NARCÓTICOS EN CENTROS
PENITENCIARIOS

CAPITULO SEPTIMO

POSESION DE NARCÓTICOS EN CENTROS PENITENCIARIOS

7.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como ya es sabido, la política mexicana en materia de estupefacientes o psicotrópicos es de no sancionar el consumo de drogas, política que también tienen otros países como Estados Unidos, Italia, Holanda, España, etc.

Se argumenta que el uso de las drogas no debe de ser penado, porque no se pone en peligro la salud de la colectividad, pues sólo el que consume la droga es el que sufre las consecuencias.

En relación a que sólo el consumidor de drogas es el afectado, no estamos de acuerdo pues en primer término el usuario requiere de traficantes que lo abastezcan, y en segundo lugar quien está bajo el influjo de los estupefacientes o psicotrópicos, por lo general realiza conductas antisociales, cuando se interrelaciona con terceros.

Sin embargo, aunque el gobierno tiene como una de sus metas el cuidar a la sociedad que depositó su confianza en aquel, y así el padre de familia debe darle todas las libertades al hijo, pero sin que éste llegue a lesionarse infructuosamente, de igual manera el Gobierno también debería procurar que la ciudadanía no se lesionara con consumidores de drogas, cuyas conductas son antisociales; pero por otro lado también resulta cierto que los gobernantes no pueden adoptar actitudes "paternalistas", pues es el pueblo el que dice cuáles son sus requerimientos y si este pueblo mexicano guiado más que nada por una tendencia internacional, encabezada por Estados Unidos de América, acepta el no sancionar el uso de las

drogas, luego entonces el Legislador está en lo correcto al interpretar la voluntad de la sociedad y no incluir como delito el uso de tales sustancias.

A lo antes expuesto, debemos añadir que resulta un aliciente para el consumidor de drogas, el que no se penalice esta conducta, que parecería es aprobada por la sociedad.

Lo cierto es que no se sanciona en parte porque, los policías, Ministerios Públicos, Jueces, Alcaldes de prisiones etc. dirigen sus funciones a combatir otro tipo de comportamientos como la posesión, tráfico, comercio, venta, etc. de estupefacientes y psicotrópicos, modalidades que implican una mayor peligrosidad que las del simple usuario.

7.2. SUJETO ACTIVO

En este caso en particular, el sujeto activo es calificado, pues deben concurrir ciertas circunstancias de lugar y tiempo, como es el que debe encontrarse en un centro de reclusión destinado a que los condenados cumplan una determinada sentencia.

7.3. SUJETO PASIVO

Consideramos en este caso en particular, que en este tipo penal propuesto concurren diversos sujetos que se considerarán pasivos, pues en los tipos penales ya establecidos, el sujeto pasivo es la sociedad misma, puesto que las conductas recaen sobre toda la sociedad cuya salud es el bien que se pretende tutelar, así, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos.

Pero en este caso en particular no sólo es la sociedad gozante de garantías, sino la colonia penal que no obstante que le fueron suspendidas ciertas garantías, prevalecen otras como lo es la protección de su salud.

7.4. CONDUCTA

En este caso en particular, nos referiremos a la conducta que es la simple posesión, remitiéndonos a los capítulos anteriores, pero con la modalidad de lugar, que debe ser en centros penitenciarios.

7.5. FINALIDAD

En este caso en particular la finalidad es simplemente poseer, detentar la droga o estupefaciente prohibido por la ley, es decir, basta la simple tenencia de la droga para que el sujeto se le considere penalmente responsable del delito, tenencia que desde luego no requiere que se demuestre, como en el derecho privado, que el tenedor ejerza sobre la cosa actos de dominio, sino que basta una tenencia simple y llana.

Es conveniente destacar que no existe la modalidad de "posesión con fines de tráfico", como tampoco puede existir "posesión con fines de suministro gratuito" o con fines de "distribución" etc. etc. etc. La modalidad es simplemente posesión. Aquella denominación que ha sido usada con frecuencia por las autoridades responsables en sus resoluciones, en los casos en que a un acusado le es recogida una gran cantidad de droga y que suponen que la posesión de ésta tiene finalidades de tráfico, no para otro tipo de perjuicios, ya que su conducta se sanciona por la posesión y no por sus finalidades. Sin embargo, consideramos este elemento lógico, jurídico y racional, que debe ser utilizado no para integrar el cuerpo del delito o la responsabilidad de la pena del acusado, sino para individualizar la pena, porque es de suponer que a mayor cantidad de droga poseída, mayores son la finalidad de tráfico y por ende la peligrosidad del reo en particular.

7.6. PROPUESTA DE TIPO

En este apartado a manera de conclusión, pedimos una agravante de la pena cuando la posesión sea cometida en centros de reclusión, no obstante que no se considere destinada a realizar una de las conductas del Art. 194 del Código Penal Federal.

Por esta razón proponemos un apartado que a la letra dirá:

“ARTICULO 195 TER: Las penas previstas en el artículo 195 se aumentaran hasta en una mitad cuando la posesión por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho se cometa en un centro de reclusión, siempre y cuando no se considere destinada a realizar una de las conductas previstas en el artículo 194 de éste Código”. (CODIGO PENAL FEDERAL)

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- Después del análisis de las diferentes definiciones existentes del delito, se considera que la definición dogmática de este, desarrollada por los penalistas alemanes y utilizada por el Código Penal para el Estado de Guanajuato, es la que permite un estudio sistemático del mismo, dicha definición establece: Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.

2.- La consecuencia última de la conducta delictuosa es la pena, castigo que el estado impone al sujeto responsable de un delito. Dicha pena, antes de ser aplicada debe de ser individualizada, es decir, aplicarla según las características y peculiaridades del sujeto con la finalidad de que esta se ajuste al individuo y sea más eficaz. Una de las penas que se aplican con mayor frecuencia es la pena de prisión, con la que se debe de tener especial cuidado, ya que su aplicación irracional e injusta, puede resultar contraproducente, contribuyendo a la perversión muchas veces innecesaria de individuos corregibles mediante otros medios.

3.- Los tipos penales relacionados con las drogas son de vital importancia, porque debido al narcotráfico, un gran número de jóvenes, niños y adultos de todas las naciones se vician al entrar al mundo ficticio de satisfacción que ofrecen las drogas, descarriándose y produciendo un gran problema social de delincuencia, enfermedades y desesperanza.

4.- Debemos hacer referencia a la salud y su protección, como un derecho subjetivo plasmado como garantía en el artículo 4o. constitucional que establece que toda persona tendrá derecho a la protección de la salud y la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federales en materia de salud general, dictando las leyes correspondientes, siendo en este caso la Ley General de Salud que en su artículo segundo precisa las finalidades de la declaración constitucional del derecho a la protección a la salud.

5.- Debemos hacer referencia en esta conclusión al título que denomina a estos delitos, que es "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos", debiendo concluir que el término proselitismo es mal empleado, pues el proselitismo consiste en el celo por ganar prosélitos; y proselito es el partidario de una facción o de una doctrina. No ha sido pues, atinado el empleo de este vocablo, para referirse a la ministración de drogas con el propósito de propagar su uso, o a la instigación del mismo uso, lo que nada tiene que ver con el proselitismo.

6.- En el artículo 194 del Código Penal, el legislador señala en el segundo párrafo, que por comerciar se deben entender las modalidades de: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico.

Consideramos que el legislador está equivocado en tal apreciación, pues cada uno de los términos expuestos tiene una acepción bien definida y no había necesidad de incluirlas en el concepto "comercio", pues va en contra de la lógica, ya que no es lo mismo el que vende ocasionalmente, al que comercia con drogas.

7.- Debemos concluir las diferencias del concepto "posesión" en materia penal y civil pues no es exacto que para que se tipifique la modalidad de posesión de estupefacientes deban reunirse los requisitos que la legislación civil establece para la institución jurídica de la posesión, pues en materia penal no se requiere, de manera definitiva, que se reúnan ninguno de estos términos a que la legislación civil hace referencia, pues en esta materia la posesión es una tenencia sin que se requiera el elemento subjetivo, o que, por otra parte, deba existir un título bastante que justifique la posesión, ni tampoco que esa posesión derive una serie de derechos y obligaciones que la propia legislación civil se encarga de establecer; entre ellos, la posibilidad de enajenar lícitamente ese derecho. Así concluiremos que estamos en presencia de un mismo término jurídico, posesión, con dos connotaciones y tratamientos distintos; por ello de ambas se derivan distintas consecuencias jurídicas.

8.- En base a la conclusión anterior, debo referirme a la definición que establece la suprema corte de justicia de la nación de éste término en diversas tesis, cuya reunión de las cuales nos pueden determinar que la posesión de narcóticos es suficiente con que el objeto se encuentre dentro del radio de acción de disponibilidad del activo, obviamente si esa disponibilidad es conciente y voluntaria, por lo que para integrar la modalidad de posesión no obsta que el agente no lleve consigo el estupefaciente.

9.- Debemos mencionar que como se argumenta en la ley, el uso de las drogas no debe ser penado, porque no se pone en peligro la salud de la colectividad, pues sólo el que consume la droga es el que sufre las consecuencias. En relación a esto, no estamos de acuerdo pues en primer término el usuario requiere de traficantes que lo abastezcan, y en segundo lugar quién está bajo el influjo de los estupefacientes o psicotrópicos, por lo general realiza conductas antisociales, cuando se interrelaciona con terceros. No podemos pues dejar desapercibido la existencia del principio de libertad consagrado en nuestra constitución. Los ciudadanos mexicanos por regla general tienen libertad de creencia, de tránsito, de hacer con sus bienes lo que deseen, inclusive de auto-lesionarse si así lo quieren; sin embargo dichas libertades están limitadas a no perjudicar a terceros; pero esto, aunque a manera de conclusión simple, no es materia de este trabajo de tesis.

10.- Consideramos que la posesión de narcóticos o estupefacientes, como lo establecimos en nuestra justificación dentro del proyecto de tesis, debe ser mayormente penalizada si esta ocurre en un centro penitenciario pues no es posible imponer la misma pena a una persona que comete esta conducta en la calle, en un bien inmueble o cualquier otro lado a una persona que comete esta conducta en un centro penitenciario, ya que consideramos que por este aspecto existe ya una serie de conductas, desde que se introduce el narcótico hasta que llega a manos de la persona a la cual se le encuentra en posesión del narcótico.

11.- Por lo anteriormente expuesto, creemos viable una agravante de la pena cuando la posesión sea cometida en centro de reclusión; no obstante que no se considere destinada a realizar una de las conductas del artículo 194 del Código Penal Federal por lo que proponemos un apartado que a la letra dirá:

“ARTICULO 195 TER: Las penas previstas en el artículo 195 se aumentaran hasta en una mitad cuando la posesión por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho se cometa en un centro de reclusión, siempre y cuando no se considere destinada a realizar una de las conductas previstas en el artículo 194 de éste Código”. (CODIGO PENAL FEDERAL)

BIBLIOGRAFIA

I.TEXTOS

CARRANCA Y TRUJILLO Raúl.- Derecho Penal Mexicano, Parte General.
Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

CARRANCA Y TRUJILLO Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl.- Código Penal
Anotado. Editorial Porrúa S.A.,. México 1971.

CASTELLANOS TENA Fernando.- Lineamientos elementales de Derecho Penal.-
Editorial Porrúa S.A. Mexico 1980.

DE PINA, Rafael.- Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, S.A., México 1981.

GARCIA RAMIREZ, Efraín.- Drogas, Análisis Jurídico del delito contra la salud.-
México, 1989. cuarta edición.

GARCIA RAMIREZ, Sergio.- Cuestiones Criminológicas y penales
contemporáneas.-
Instituto Nacional de Ciencias penales.- México 1984.

GARCIA RAMIREZ, Sergio.- Narcotráfico, un punto de vista mexicano.- Grupo
Editorial Miguel Angel Porrúa S.A.- México, 1980.

GARCIA VALDEZ, Carlos. Drogas e institución penitenciaria.- Ediciones
Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1986.

GANNON, Frank.- Drogas.- Editorial Pax.- México 1987.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Delitos en particular.- Editorial Porrúa, México, 1998.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis.- Los estupefacientes y el estado mexicano.- Ediciones Botas.- México, 1974.

ZAFFARONI Eugenio, Raúl Manual de Derecho Penal, Parte General. - Cárdenas Editoriales 2ª. Ed. México, 1988.

II.- LEYES Y CODIGOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal Federal

Ley General de Salud

III.- FUENTES DIVERSAS.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.- Real Academia Española.- Madrid, España 1970. Decimonovena edición.