

00721
913



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

NUEVOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS
A PARTIR DEL CÓDIGO PENAL DE 1931

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ERIK A URIBE VARGAS

DIRECTOR DE TESIS:
DR. SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

MÉXICO, D.F.

JUNIO, 2003.

CIUDAD UNIVERSITARIA



a



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.

PAGINACIÓN

DISCONTINUA



LIBERTAD NACIONAL
AYERMA II
MEZFO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/104/SP/04//03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

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

La alumna URIBE VARGAS ERIKA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. SERGIO GARCIA RAMIREZ, la tesis profesional intitulada "NUEVOS BIENES JURIDICOS TUTELADOS A PARTIR DEL CODIGO PENAL DE 1931", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. SERGIO GARCIA RAMIREZ, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "NUEVOS BIENES JURIDICOS TUTELADOS A PARTIR DEL CODIGO PENAL DE 1931" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna URIBE VARGAS ERIKA.

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

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

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 6 de mayo de 2003.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/igp.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

b

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por colmarme de bendiciones y hacer posible que culminara mi carrera profesional.

*A mis padres, porque no será suficiente una vida para agradecer el amor que me han brindado, el apoyo incondicional, los sabios consejos, las palabras de aliento, las enseñanzas...
Gracias por creer en mi.*

A mis hermanos, por ser verdaderos hermanos y amigos, y muy especialmente por su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

*Al Doctor Sergio García Ramírez,
profesionista ejemplar a quien profeso gran
cariño y admiración; por darme la
oportunidad de conocer el Instituto de
Investigaciones Jurídicas y descubrir mi
vocación académica.*

*Gracias maestro por enseñarme que la
dedicación y la constancia hacen a las
personas grandes y a los profesionistas de
calidad,*

... por dirigir mi tesis profesional,

... por ser mi amigo.

AGRADECIMIENTOS

A mi Alma Mater: la Universidad Nacional Autónoma de México, porque siempre estaré orgullosa de ser universitaria, de haber tenido la oportunidad de formarme académicamente en la Facultad de Derecho y de recibir las sabias enseñanzas de sus catedráticos.

DEDICATORIA

Dedico esta tesis profesional a mis padres: Joel y Teresa, mis mejores maestros en las enseñanzas de la vida.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO NOCIONES ACERCA DEL BIEN JURÍDICO

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	1
II. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO	3
III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS	6
IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO	8
1. El bien jurídico como derechos subjetivos	10
2. El Jusracionalismo	13
3. El Sociologismo	14
4. Escuela neokantiana teleológica	20
5. El bien jurídico como intereses	21
6. El bien jurídico como situación	21
7. Configuraciones metódicas formales del bien jurídico	22
8. Escuela de Kiel	22
9. Nociones sustantivo-materiales del bien jurídico	23
10. Teorías intrasistemáticas y extrasistemáticas	24
11. Teoría crítica del sistema	25
V. LOS TIPOS PENALES	25
VI. PRINCIPIOS APLICABLES EN LA CREACIÓN DE LOS TIPOS PENALES	33
1. Principio de intervención mínima	33
A. Principio de subsidiariedad o de última ratio	34
B. Principio de carácter fragmentario	36
2. Principio de culpabilidad	37
3. Principio de bien jurídico	39
4. Principio de humanidad	41
VII. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELACIÓN CON LOS BIENES JURÍDICOS	41
VIII. LA FORMA DE LOS CÓDIGOS	44
IX. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO	54
1. Escuelas jurídico penales	54
A. Escuela Clásica	55
B. Escuela Positiva	56

2. Antecedentes legislativos del Código Penal	58
A. Época prehispánica	59
B. Época colonial	59
C. Época independiente	60
a. El Código penal de 1871	60
b. Proyecto de Código penal de 1912	64
c. El Código penal de 1929	66

CAPÍTULO SEGUNDO
LA TUTELA PENAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1931

I. ANTECEDENTES	70
II. TUTELA PENAL ESPECÍFICA	74

CAPÍTULO TERCERO
DELITOS ELECTORALES Y EN MATERIA DE REGISTRO NACIONAL DE CIUDADANOS

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	97
II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	101
1. En el nivel constitucional	101
A. Nota preliminar	101
B. La reforma de 1990	106
C. La reforma de 1993	108
D. La reforma de 1994	110
E. La reforma de 1996	113
2. En el Código penal federal	116
A. Nota preliminar	116
B. La reforma de 1990	126
C. La reforma de 1994	127
D. La reforma de 1996	130
III. TUTELA PENAL ESPECÍFICA	131
1. Introducción	131
2. La tutela penal por artículos	132
A. Artículo 403	132
B. Artículo 404	138
C. Artículo 405	140
D. Artículos 406 y 412	145
E. Artículo 407	149
F. Artículo 408	152
G. Artículo 409	153

H. Artículos 411 y 413	155
3. Faltas administrativas	156
IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO: LA DEMOCRACIA	157
CAPÍTULO CUARTO	
DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA	
I. INTRODUCCIÓN	163
II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	170
1. En el nivel constitucional	170
A. Reforma de 1980	172
B. Reforma de 1983	173
2. En el Código penal federal	175
A. Antecedentes	175
B. La reforma de 1994	180
C. La reforma de 1996	185
3. En los tratados internacionales	190
A. Antecedentes	190
B. Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes	194
C. Convenio sobre sustancias sicotrópicas, 1971	196
D. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988	198
III. TUTELA PENAL ESPECÍFICA	202
1. Introducción	202
2. La tutela penal por artículos	204
A. Artículo 193	204
B. Artículo 194	209
C. Artículo 195	211
D. Artículo 195 bis	213
E. Artículo 196	214
F. Artículo 196 ter	215
G. Artículo 197	217
H. Artículo 198	218
I. Artículo 199	219
IV. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS	221
1. Consideración introductoria	221
2. La salud pública	224
3. Los bienes jurídicos indirectamente tutelados	231
A. Delito pluriofensivo	231

B. Libertad del consumidor	232
C. El control estatal en la producción y comercio de los narcóticos	234
D. El orden público	236
E. Desarrollo económico	239
F. La Política	245
G. El Estado	249
H. Las relaciones familiares	254

CAPÍTULO QUINTO

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

I. INTRODUCCIÓN	256
II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES	264
1. Derecho de autor	264
2. Naturaleza jurídica	266
3. Derechos conexos	268
III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	269
1. En el nivel constitucional	269
2. En la legislación secundaria	272
3. En el Código penal federal	278
4. En los tratados internacionales	281
A. Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, 1946	283
B. Convención universal sobre derecho de autor, 1952	284
C. Convención de Roma sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, 1961	285
D. Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional, 1966	285
E. Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, 1971	286
F. Convenio (de Ginebra) para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, 1971	287
G. Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales, 1974	288
H. Tratado de la OMPI sobre derecho de autor, 1996	288
I. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, 1994	288
J. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 1994	291

IV. TUTELA PENAL ESPECÍFICA	294
1. Introducción	294
2. La tutela penal por artículos	296
A. Artículo 424, fracción I	297
B. Artículo 424, fracción II	298
C. Artículo 424, fracción III	300
D. Artículo 424 bis, fracción I	301
E. Artículo 424 bis, fracción II	304
F. Artículo 424 ter	306
G. Artículo 425	307
H. Artículo 426, fracción I	308
I. Artículo 426, fracción II	310
J. Artículo 427	311
V. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS	313
1. Consideración introductoria	313
2. Bienes indirectamente tutelados	315
A. La Cultura	315
B. La Economía	316

CAPÍTULO SEXTO
DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL

I. INTRODUCCIÓN	318
II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES	329
1. Consideración Introductoria	329
2. Derecho a la protección del medio ambiente	331
Contenido	335
III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	337
1. En el nivel constitucional	337
2. En e Código penal federal	345
a) Adición del título	345
b) Primer reforma	349
c) Segunda reforma	349
3. En los tratados internacionales	354
A. Antecedentes	354
B. Resolución relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales	356
C. Declaración sobre el Medio Humano	357
D. Declaración de Río	359
E. Tratado de Libre Comercio de América del Norte	360

F. Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros	361
--	-----

IV. TUTELA PENAL ESPECÍFICA	362
1. Introducción	362
2. Tipos penales	366
A. Artículo 414	366
B. Artículo 415	370
C. Artículo 416	372
D. Artículo 417	374
E. Artículo 418	375
F. Artículo 419	376
G. Artículo 420	377
H. Artículo 420 bis	381
I. Artículo 420 ter	384
J. Artículo 420 quater	386
V. IDONEIDAD DE LA TUTELA PENAL DE AMBIENTE	388
CONCLUSIONES	391
BIBLIOHEMEROGRAFÍA	401

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES ACERCA DEL BIEN JURÍDICO

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La libertad, importante bien dentro de los más preciados del hombre, que supone la facultad para autodeterminarse, requiere de mecanismos para su ejercicio. La libertad no es absoluta, debería estar gobernada por la razón, atendiendo a un "contrato social" por el cual los miembros de determinada sociedad ceden parte de este bien con la sola finalidad de garantizar el ejercicio de su libertad. La cesión tampoco es absoluta. Tiene como principio que las restricciones a la libertad solamente podrán existir cuando sea imprescindible para el mantenimiento del orden social. Este rasgo caracteriza a los Estados democráticos.

La protección del orden social se da a través de la tutela de ciertos bienes, los necesarios para una sana convivencia. Para tal efecto existen diversos instrumentos de naturaleza estatal; el más grave, el más lesivo, es el Derecho penal. Éste se encarga de proteger los bienes para cuya tutela no han sido eficaces los otros Instrumentos del Estado, en esa virtud, dichos bienes adquieren la calidad de bienes jurídicos, siempre y cuando, claro está, sea estrictamente indispensable su protección. La tutela penal se da mediante la lesión de otros bienes, bienes del que agrede, del que lesiona la convivencia social; bienes tan preciosos como la vida, la libertad, la dignidad, la propiedad, entre otros.

En este contexto, resulta claro que el Derecho penal tenga como fin la protección de bienes jurídicos. En un estado democrático de Derecho, inspirado en los principios de justicia, la finalidad del Derecho penal debe ser la protección de los bienes jurídicos de la mas alta jerarquía. No se admitiría en un régimen político de

esta naturaleza, la tutela penal de valores éticos. El régimen que así lo hiciera, se caracterizaría por ser mas bien uno de tipo político autoritario que democrático¹.

Sin embargo, no se ha establecido a lo largo de la historia, cuáles son esos bienes dignos de tutela penal, pues a pesar de los valiosos intentos emprendidos al respecto, aún no se cuenta con un concepto material de bien jurídico debidamente fundamentado y satisfactorio por su contenido. Así se han pronunciado numerosos autores².

Por ello se torna complicada la labor del legislador, a quien corresponde elegir, de entre los diversos bienes, los que según la sociedad resulten indispensables para la sana convivencia humana y fijar una pena para el caso de que sean lesionados, o puestos en peligro. Esta labor no puede hacerse de manera arbitraria, deberá tomar en cuenta diversos criterios, entre los que destaca la valoración de las condiciones históricas y sociopolíticas de la sociedad para la que se legisle.

Para tal efecto, es de especial pronunciamiento, haciendo uso de una acepción procesal, determinar, en la medida de lo posible, los contenidos material y formal del "bien jurídico tutelado en el Derecho penal", así como su precisión terminológica. Éste es el propósito que persigue el presente capítulo. Asimismo, se tiene presente que el estudio del bien jurídico va íntimamente ligado al de la pena,

¹ Islas de González Mariscal, Olga, "Valores éticos tutelados por el Derecho penal mexicano", en García Ramírez, Sergio (coordinador), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1997, sección de obras de Política y Derecho, p. 208.

² Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, Ed. Civitas, S. A., 1997, p. 54. En el mismo sentido Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, serie: Derecho, pp. 23 y 27; González-Salas Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*, México, Puzos Editores, 1995, p. XV; Islas de González Mariscal, *op. cit.*, p. 211.

en virtud de que la protección de bienes jurídicos implica la lesión de los bienes del inculpado.

II. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

En atención a la diversas teorías por las que ha atravesado este concepto del Derecho penal, se comprenderá que las definiciones que proporcionan diversos autores no tiene uniformidad. Sin embargo, este apartado tiene como finalidad proporcionar un marco conceptual que permita un adecuado manejo de los conceptos desarrollados a lo largo de los otros capítulos de este estudio.

Bien jurídico, define el *Diccionario Jurídico Mexicano*, es el "objeto de protección de las normas de Derecho"³. Dicho concepto implica una abstracción "porque es un concepto generalizante. Es el 'interés medio o genérico' tenido en cuenta por el orden jurídico y cuya lesión constituye el 'concepto material del injusto' (Mezguer)"⁴. Cabe adelantar aquí que bajo las precisiones terminológicas que se realizan líneas adelante, el término "interés" más que un objeto jurídico, se traduce en una relación, por lo que no es tan adecuada su utilización en la definición de bien jurídico.

En un estudio mas profundo, Roxin define: "los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema". La alusión a "circunstancias dadas y finalidades", aclara el propio Roxin, se refiere tanto a los estados previos

³ González Ruiz, Samuel Antonio, "Bien jurídico", *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1988, tomo A-CH, p. 338.

⁴ Núñez, José Manuel, "Bien jurídico", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo II B-Cla, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1968, p. 189.

al Derecho, como a los deberes que impone la norma⁵. Dicho concepto es mutable, y aunque si bien tiene el carácter de normativo, no es estático porque está abierto al cambio social y a los progresos científicos⁶.

Roxin sintetiza las dos teorías generales del bien jurídico: la material y la formal. Reúne en el mismo concepto el sentido naturalista, prejurídico, de valoración, con el sentido formal de Binding que toma en cuenta el incumplimiento de determinado deber contenido en la norma. De ahí se llega a los conceptos de desvalor del acto --por la violación del deber-- y desvalor del resultado --por la lesión al bien jurídico--. Ambos conceptos son igualmente importantes y no se pueden imaginar separados⁷.

Welzel, a quien se atribuye la creación de la teoría finalista de la acción, en el ámbito dogmático penal, define al bien jurídico como "todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones"⁸; los bienes jurídicos en su conjunto constituyen el orden social. Asimismo, Welzel afirma que son "bienes jurídicos aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el Derecho Penal"⁹. Continúa, "el bien jurídico ha de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la

⁵ *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, Ed. Civitas, S. A., 1997. p. 56.

⁶ *Ibidem*, pp. 57-58.

⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis Librería, 1984, p. 87.

⁸ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 5.

⁹ *Ibidem*, p. 350.

comunidad y que puede atribuirse, como su titular, tanto al particular como a la colectividad"¹⁰.

Un mérito de este concepto radica en considerar al bien jurídico dentro de un contexto social (igual consideración realiza Liszt). Empero, puede observarse que al justificar la sanción por el desvalor del acto, se aparta de la naturaleza material del bien jurídico¹¹ y aniquila el alcance del contenido social del concepto, que el autor, en principio, defendió¹².

José Manuel Gómez, sostiene que el bien jurídico es "un interés social protegido por la norma, que pretende precisamente regular o que se considera suficientemente perjudicial para la sociedad y su funcionamiento como para constituir materia de prohibición"¹³. Este autor adopta una posición sistémico funcionalista, al condicionar el interés social a la utilidad que preste al funcionamiento de la sociedad.

Olga Islas ha definido al bien jurídico como el bien necesario "para la subsistencia misma de la sociedad o para hacer soportable la vida humana en la sociedad o para hacer viable el integral y democrático desarrollo (biótico, económico, político y cultural) de los seres humanos"¹⁴. En otra de sus obras alude al bien jurídico

¹⁰ *Ibidem*, p. 351.

¹¹ Cfr. Gudiño Galindo, Jullán Jesús, "Derecho penal y discrecionalidad legislativa (el problema del bien jurídico)", *Bien Jurídico y Gobierno*, año 3, núm. 36, noviembre 1997, p. 7.

¹² Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano. Teoría general de la ley penal. Teoría General del delito. Teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable. Teoría de la pena*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998, p. 285.

¹³ Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, España, Editorial Civitas, S. A., 1984, p. 166.

¹⁴ "Valores éticos...", *op. cit.*, pp. 211-212.

como el "concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo penal"¹⁵.

III. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

No solamente el contenido sustancial del bien jurídico suscita cuestiones polémicas, también la terminología utilizada para denominar al bien jurídico conduce a equivocaciones¹⁶. Se han utilizado indistintamente, las siguientes denominaciones: "bien jurídico", "interés jurídico", "valor jurídico", "objeto jurídico" y "objeto material", entre otras acepciones. Es preciso señalar que éstas no tienen el mismo significado.

Debemos entender por "bien", "todo aquello que tiene una medida de valor y puede ser objeto de protección jurídica"¹⁷. El sentido de utilidad es determinante para integrar este concepto con base en una valoración objetiva y externa. Como se dijo, todo bien reviste algún valor, entendido este último como la utilidad que pueda proporcionar para la satisfacción de necesidades, tanto individuales como colectivas. Por ello, resulta conveniente la conceptualización de "bien" como "todo lo que en general es susceptible de contribuir al bienestar y perfeccionamiento físico o psíquico de la persona"¹⁸.

Atendiendo a una valoración objetiva del "interés", se puede afirmar que éste, es toda situación "idónea o favorable" para la satisfacción de necesidades humanas.

¹⁵ Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4ª. ed., México, Ed. Trillas, 1998, p. 32. Este concepto sigue la orientación que se extrae de la obra de Gustavo Malo Camacho. Cfr. *op. cit.*, p. 280.

¹⁶ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷ Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico. Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*, 5ª. reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, p. 125.

¹⁸ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 29.

Subjetivamente valorado, el mismo término representa "una condición psicológica del sujeto que pretende el mantenimiento de una determinada situación susceptible de satisfacer una necesidad personal". El interés constituye el exponente de la relación jurídica que se da entre el hombre y un bien, que le hace posible la disposición jurídica o la expectativa del mismo¹⁹.

Para llegar a una definición de la palabra "valor", es necesario realizar la transfiguración del bien y del interés hacia una consideración ético-jurídica, respondiendo para esto a la "conciencia colectiva"²⁰.

No obstante el similar contenido de estos, no deben confundirse. Polaino Navarrete afirma que el bien se traduce en un satisfactor de necesidades, el interés, por su parte, constituye una relación entre un objeto y el sujeto que puede disponer de él o tiene la expectativa del mismo; finalmente, el valor, cuya concepción es la más amplia de entre estos tres conceptos, "asume un sentido pluridimensional de trascendencia más dilatada dentro del propio ámbito del Derecho penal"²¹.

Tampoco debe confundirse al "objeto material" --también denominado objeto de la acción-- con el "objeto jurídico" --bien jurídico u objeto de protección--, puesto que la configuración del primero, "pone de relieve sólo la existencia de una estimación básica relativa a aquel ente sobre el que una acción descrita en un tipo legal es susceptible de realización exterior tangible. Se reduce, por tanto, a la función delimitadora y fundamentadora de determinadas formas de acción respecto de las que ulteriormente --en otro estadio de la calificación penal-- se predicará el

¹⁹ *Ibidem*, pp. 32-33 y 36.

²⁰ V. Caballo, *Diritto penale, Parte generale*, vol. II, Napoli, 1955, p. 53, *cit.* en *Ibidem*, p. 29, nota 6.

²¹ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 30.

carácter de (sustancialmente) antijurídicas²². El objeto material constituye, dentro de los elementos de la tipicidad, aquel ente corpóreo, animado o inanimado, sobre el que recae la conducta delictiva²³, por ejemplo, el cuerpo del occiso en el homicidio, la cosa robada, etcétera. El bien jurídico por su parte, es un concepto abstracto²⁴, no se reduce a objetos corpóreos, pues pertenece a una esfera valorativa diferente²⁵, es un "estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones"²⁶; aunque en ocasiones ambos conceptos coinciden, no deben confundirse. Se debe a Liszt la delimitación entre bien jurídico y objeto de la acción, la que llevó a cabo con base en la teoría de los intereses de Ihering²⁷.

También se han utilizado otras expresiones al referirse al bien jurídico, como "objeto de delito", "objeto gramatical", "objeto de definición", "objeto local", "objeto último", "objeto próximo" y "objeto mas próximo del delito". Para los efectos que aquí se persiguen y para evitar confusiones, utilizaremos los términos "bien jurídico" y "objeto jurídico" indistintamente, para referirnos a la materia de estudio de esta tesis, siempre referido al ámbito penal.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

La concepción que se tenía respecto del bien jurídico, ha evolucionado radicalmente. Dicha evolución ha ido a la par de la historia de la transformación de las formas de Estado, que va desde uno absolutista, hasta el Estado de Derecho,

²² *Ibidem*, p. 40.

²³ Cfr. Islas de González Mariscal, *Análisis lógico...*, *op. cit.*, p. 44; asimismo Malo Camacho, *op. cit.*, p. 340.

²⁴ Gómez Benítez, *op. cit.*, p. 167.

²⁵ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 39.

²⁶ Welzel, *op. cit.*, p. 5.

²⁷ González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 22.

cuyo cometido es el reconocimiento de los derechos individuales, ubicado también dentro de las normas penales²⁸.

En un sentido formal, la expresión de bien jurídico se identifica con aquellos bienes que a criterio del legislador son dignos de tutela penal (Binding). En el sentido material del concepto, se ha sostenido que es un bien natural del hombre que es reconocido y protegido por el legislador (Liszt)²⁹. Son éstas las dos teorías que sirven de base para orientar a las demás³⁰.

El desarrollo de la teoría del bien jurídico ha ido de la mano con la evolución de la teoría de la pena: "instrumento de violencia institucionalizada en manos del estado"³¹. En palabras de Max Weber, "el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio --el concepto del 'territorio' es esencial a la definición-- reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima. Por lo específico de la actualidad es que a las demás asociaciones o personas individuales sólo se les concede el derecho de la coacción física en la medida en que el Estado lo permite. Éste se considera, pues, como fuente única del 'derecho' de coacción"³².

²⁸ De Toledo y Ubieta, Emilio Octavio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XLIII, fasc. I, enero-abril MCMXC, p. 12.

²⁹ Gustavo Malo Camacho, se refiere a estas teorías como "concepción trascendente" y "concepción immanente". Cfr. *op. cit.*, pp. 283 y 286.

³⁰ Cfr. Polaino Navarrete, *op. cit.*, pp. 107-108. En el mismo sentido Gudíño Galindo, *rev. cit.*, p. 6.

³¹ Zugaldía Espinar, José Manuel, "¿Otra vez la vuelta a von Liszt?", Liszt, Franz von, *La idea del fin en el Derecho penal*, trad. Carlos Pérez del Valle, Granada, Ed. Comares, 1995, p. 11.

³² *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª edición en español de la 4ª en alemán, 9ª reimpresión, trad. José Medina Echavarría *et. al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pág. 1056.

Liszt realizó una importante aportación a la teoría de la pena al llevar a cabo el estudio de las dos importantes vertientes de esta teoría, que son: las teorías retributivas, que fundamentaron la pena en el daño sufrido por el mal causado; y las teorías relativas, que sustentaron la pena en la prevención. Con base en las dos vertientes anteriores, se llegó a una teoría unificadora de la pena. El fin de la pena, según se determinó y conforme se considera actualmente, es la prevención (general: dirigida a la sociedad, y especial: para evitar que el sujeto reincida). A pesar de que la prevención fundamenta la pena, no puede dejarse al margen el criterio retributivo al momento de determinar el grado de sanción, pues la misma no podría exceder de la culpabilidad por la comisión del hecho³³.

1. El bien jurídico como derecho subjetivo

Durante la Edad Media, se consideraba delitos a las conductas de *Laesa Majestad*. Revestía mayor trascendencia vulnerar la voluntad de Dios que las normas estatales. Se consideraba a Dios como el legislador máximo, que expresaba sus disposiciones a través del legislador ordinario³⁴. De ahí que en ese tiempo se identificaba el contenido del bien jurídico, con los derechos de Dios que protegían su voluntad.

Ya en la Ilustración, etapa relevante para el tema que nos ocupa, surgen los conceptos de Estado de Derecho y de bien jurídico, como limitantes de la intervención punitiva del Estado. Este período condujo al juez a la sujeción estricta a la ley³⁵. Es una etapa caracterizada por la reacción a la situación intolerable en que se encontraba el Derecho penal, al igual que los demás instrumentos del Estado.

³³ Al respecto cfr. Liszt, *op. cit.*

³⁴ González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 2.

³⁵ Weizel, *op. cit.*, p. 13.

En esta etapa surge la figura de "daño social", aún sin determinarse su alcance y contenido. La reforma total del Derecho penal tiene su origen en esta época, en la que brillantes escritores pugnaron por encontrar el verdadero espíritu de esta rama del Derecho, entre ellos, Cesare Beccaria, milanés destacado que a los veintiséis años de edad ya era autor de "una obra celebrada; poco después su nombre se asociaría a la reforma penal en Europa; luego, en el mundo entero"³⁶. Adelantado a su época, Beccaria "conció los fundamentos de un sistema garantista, cuando faltaba mucho tiempo para que se hablase de garantismo"³⁷, principalmente en su obra *De los delitos y de las penas*. Asimismo, Montesquieu, quien en su obra *El espíritu de las leyes*, resaltó la necesidad de fundamentar de manera sustancial la pena, pues ésta no podría ser un acto caprichoso del legislador³⁸.

A partir de la Ilustración, cambian los criterios de determinación de ilicitud de las conductas; si bien se consideró delitos a las violaciones a la voluntad divina, en ese momento se adoptó el criterio de tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Según Feuerbach, al Estado le estaría vedado intervenir punitivamente, a menos que existiera una lesión a los derechos subjetivos o cuando dicha lesión afectara el mantenimiento del orden y la seguridad³⁹. Para la función punitiva no era relevante la destrucción o daño fáctico de un objeto no

³⁶ García Ramírez, Sergio, "Estudio introductorio. Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra", en Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pág. 9.

³⁷ *Ibidem*, pág. 7.

³⁸ Cfr. Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 95.

³⁹ González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 5.

vinculado de manera positiva a determinado sujeto⁴⁰, sino la lesión a los derechos subjetivos cuyo titular podría ser el particular o el Estado⁴¹, pero ya no la divinidad.

Se atribuye al pensamiento de Feuerbach, la limitación al irracional uso del Derecho punitivo que caracterizó a la Edad Media⁴². Asimismo, se le considera el padre del principio de legalidad penal: *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Posteriormente, Birnbaum, con su pionero trabajo de 1834, lleva a cabo una aportación altamente significativa a la teoría del bien jurídico. Por ello es considerado el padre del concepto de "bien jurídico", no obstante que sólo hizo referencia al término "bien", terminología que posteriormente sería perfeccionada por Binding para adoptar la de "bien jurídico". Se ha afirmado, al respecto, que la teoría de Birnbaum probablemente hubiera pasado inadvertida, de no haber sido percibida y consolidada en la obra "racional-positivista" de Binding⁴³. Sin embargo, el auge de dicho concepto formal de bien jurídico, no se dio sino hasta la escuela neokantiana de la dogmática jurídico-penal⁴⁴.

Birnbaum cuestiona la idea de protección de los derechos subjetivos con la intención de determinar, con base en la naturaleza de las cosas, qué era lo que realmente se lesionaba con una conducta antisocial. Concluye que lo que esta conducta lesiona no son derechos subjetivos, mas bien son "bienes", consistentes, a su manera de ver, en personas o cosas; sustenta el núcleo de su afirmación en

⁴⁰ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 97.

⁴¹ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, España, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1978, vol. primero, p. 350.

⁴² Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 100.

⁴³ Lascaraín Sánchez, Juan Antonio, "Bien jurídico y legitimidad de la Intervención penal", *Revista chilena de Derecho*, núm. 2, vol. 22, mayo-agosto 1995, p. 254.

⁴⁴ *Idem*.

el ámbito de la naturaleza, de lo fáctico, de lo real⁴⁵. Con ello, Birnbaum, sin proponérselo, se acerca "a una posición materialista del objeto de protección del Derecho Penal"⁴⁶.

Con la determinación de que el objeto de protección penal está integrado por un bien y no por un derecho subjetivo --afirma Miguel Polaino--, se asume un sentido que determina la gravedad y carácter de la lesión o puesta en peligro del mismo⁴⁷.

2. El Jusracionalismo

Esta corriente parte del pensamiento de Hegel, para el que el delito es "la consciente sublevación en contra de la voluntad general"⁴⁸. El delito es entendido como la negación de la voluntad general; la pena será entonces la confirmación de esa voluntad, y así se justifica. Para Hegel no importa tanto la lesión a derechos subjetivos como la contradicción con el Derecho⁴⁹.

Esta idea orientó algunas ideas de Merkel, quien señaló que los comportamientos incompatibles con los intereses sociales son susceptibles de pena. La colectividad es titular de dichos intereses, en cuanto son portadores de valor social⁵⁰. El iusracionalismo también orientó el pensamiento de Ihering en su teoría del injusto objetivo.

⁴⁵ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁶ González-Salas Campos, *op. cit.*, pp. 7-10.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 102.

⁴⁸ *Filosofía del Derecho*, trad. J. Garzón V, México, Editorial UNAM, *cit.* en González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁹ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 105.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 129.

3. El Sociologismo

Para determinar el objeto de tutela penal, esta corriente basa su teoría en la dañosidad social que la conducta desviada pueda ocasionar. Principalmente, Ihering, en su obra *La Lucha por el Derecho*, sostuvo que los "motivos prácticos", es decir, la finalidad del actuar humano, es lo que dota de contenido al derecho; por ello, toda cosa que sea útil, por su capacidad de proporcionar servicio, es un bien, y esta determinación depende de la relación que lo vincula con el sujeto que lo considera como interés. Señaló: "un bien es todo aquel objeto que a su titular le proporcione un placer"⁵¹.

Por ello, a decir de este autor, el fin del Derecho punitivo sería el asegurar las condiciones de vida de todo individuo. Así proporciona la definición material del delito. A Ihering se debe también el desarrollo de la teoría de los titulares de los bienes jurídicos.

A partir del pensamiento positivista de Ihering, surgen dos importantes teorías que marcarían el camino de las demás teorías del bien jurídico. Se trata de la teoría formal-normativa-lógica representada por Karl Binding y de la teoría denominada positivismo-naturalístico-sociológico representada por Franz von Liszt⁵², teorías a las que aludí al inicio de este apartado.

Binding, con su teoría de las normas, dota de precisión terminológica a la concepción dada por Birnbaum respecto del objeto jurídico. Para el primero, el fin del Derecho penal no era la protección de perturbaciones de la vida humana, sino

⁵¹ Así en cita de González-Salas, *op. cit.*, p. 14.

⁵² *Ibidem*, p.17.

mas bien la tutela de los mas preciados "objetos exteriores", entre los que se encontraban el hombre, los animales y las cosas⁵³.

Según este autor, con el delito se lesiona un derecho subjetivo del Estado. De ahí se obtiene el aspecto material del delito; bien jurídico, por tanto, es lo que a criterio del legislador sea significativo para la sana vida en común. Dicho criterio se condiciona únicamente "por los límites de la propia consideración valorativo-objetiva y por las exigencias lógicas. Aquéllo que no pueda ser destruido o menoscabado no admite reconocimiento como susceptible de lesión o deterioro por el derecho"⁵⁴. De este criterio se obtiene lo que Miguel Polaino denomina: "capacidad de lesión"⁵⁵. Por ello, el delito es, para Binding "la culpable violación de una norma penal amenazada con pena". Con el delito no se viola una ley penal, sino una norma penal⁵⁶. De ahí que pueda afirmarse que para Binding el bien jurídico es un "estado valorado del legislador"⁵⁷. Corresponde a Binding haber atribuido al término bien jurídico un ámbito de vigencia incalculable, pues a la fecha y desde entonces, se integra como un elemento constitutivo del delito⁵⁸.

Liszt consideró que el fin de todo Derecho penal se encuentra integrado por intereses humanos, denominados bienes jurídicos⁵⁹, que constituyen la columna vertebral de la teoría del delito --lo mismo consideró Binding--. Definió al delito como "un acto contrario al derecho, es decir, un acto que contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica,

⁵³ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁵⁴ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁶ González-Salas Campos, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁵⁷ Jescheck, *op. cit.*, p. 350.

⁵⁸ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 113.

materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico⁶⁰. De esta definición podemos desprender los dos sentidos de la antijuridicidad: el formal, por la violación de un precepto legal, y el material, por la lesión a un bien jurídico⁶¹.

Bien jurídico, según este autor, es un bien del hombre que el derecho no crea, solamente lo reconoce y protege elevándolo a esa calidad. Esta posición --contraria a la de Binding, en cuya opinión, el derecho crea los bienes jurídicos cuando los reconoce; para él, el bien jurídico es un bien de Derecho--, es un "ejemplo ulterior de argumentación circular", ya que si bien por un lado se elevan a la categoría de bien jurídico los intereses vitales y fundamentales de las personas, por otro lado se definen como vitales y fundamentales aquéllos que tome en cuenta el derecho penal⁶².

Liszt, a quien se ha denominado "el padre del Derecho penal moderno"⁶³, aportó el criterio de determinación de las penas, pronunciándose, como ya se dijo, en contra de las teorías retributivas, e inclinándose en favor de las relativas. La pena, según asegura, sirve de manera exclusiva para la protección de bienes jurídicos y mediante dicha protección indirectamente se estará protegiendo también el orden público⁶⁴.

Con fundamento en las argumentaciones de Liszt se intentó encontrar la antijuridicidad material de los delitos, llegándose así al concepto de nocividad social. Así, se consideró al bien jurídico como una condición necesaria para

⁶⁰ González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 23.

⁶¹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 23.

⁶² Baratta, Alesandro, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico", *Revista Mexicana de Justicia*, no. 3, vol. VIII, julio-septiembre 1990, p. 27.

⁶³ Zugaldía Espinar, José Manuel, "¿Otra vez la vuelta a von Liszt?", Liszt, Franz von, *op. cit.*, p. 33.

conservar la sociedad, por lo que solamente será digno de pena aquello que constituya un ataque a las condiciones sociales --mínimos necesarios--. Según esto, se requiere, además de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, la posibilidad de lesión fáctica del mismo; empero, existen excepciones: la presencia de nocividad social ideal, cuando se requiera un proceso de abstracción para proteger un bien jurídico⁶⁵.

Dentro de estas teorías podemos diferenciar algunas corrientes. La primera es la denominada *teoría sistemática del bien jurídico*, que al igual que hizo Liszt, ha estudiado el problema del bien jurídico desde la perspectiva sociológica. Se pretende ver al bien jurídico como elemento de un orden social, dentro del cuál le son atribuidas funciones o utilidades para el mismo, por lo que cada elemento del orden social puede ser considerado como bien jurídico y su lesión o puesta en peligro será graduada de acuerdo con el daño que pueda causar al sistema total, específicamente a su funcionamiento. A partir de esta concepción, se han clasificado los bienes jurídicos en las siguientes categorías: a) referidos a las bases del sistema --sin los cuales no es posible la existencia del mismo--, b) relacionados con el funcionamiento del sistema --en conexión con las condiciones indispensables--, c) institucionales --por virtud de los cuales los sujetos pueden interrelacionarse-- y d) de control --los que aseguran el poder del Estado--. Notemos que en realidad, lo que todos estos bienes protegen, a través del Derecho penal, son las posibilidades de participación en el sistema y la confianza que se pueda tener en el funcionamiento del mismo⁶⁶.

⁶⁴ González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 30-32.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 48-51.

También encontramos, en la vertiente sociológica, la *teoría sistemático-funcionalista*, que toma como punto de partida "el funcionalismo sociológico que se originó con Durkheim en Estados Unidos de América durante los años treinta de ese siglo"⁶⁷. Tiene como fundamento que la función de la pena será propiciar la "estabilidad del sistema y la Integración social" a través del restablecimiento de la confianza en el sistema. Si ya dentro de la teoría sistemática había obtenido relevancia el concepto de perjuicio social, es dentro de esta teoría que dicho concepto se adopta totalmente; dicha adopción se atribuye a Sutherland, quien toma como base las ideas de Durkheim, y además señala ciertas conductas como dañosas o perjudiciales para la sociedad. La dañinidad social implica la obstaculización, de alguna manera --menoscabándolo o paralizándolo--, del buen funcionamiento del sistema social⁶⁸. Sutherland sostiene que la explicación de los bienes jurídicos no es de corte material, más bien se pueden explicar a partir su funcionalidad y utilidad para la vida social. Por ello, la reacción penal solo podrá graduarse atendiendo a las necesidades colectivas y subordinando a éstas las necesidades del individuo⁶⁹.

Actualmente el funcionalismo, refiere Winfried Hassemer, consiste en la "incorporación de los intereses políticos a los principios normativos de determinación del merecimiento de pena y de su ejecución"⁷⁰. Se funcionalizan, mediante este criterio, los principios de Derecho penal, atendiendo en todo caso a las necesidades de una efectiva política criminal⁷¹.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 56

⁶⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 53-54.

⁷⁰ "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, año 12, no. 46/47, abril-septiembre 1989, p. 275.

⁷¹ *Ibidem*, p. 276.

Amelung, siguiendo la postura utilitarista, determinó que el legislador, al momento de seleccionar los bienes que deberán ser sancionados, debía adoptar el principio de la dañosidad social, es decir, valorar el daño o perjuicio que determinada conducta produce en el sistema social o su estructura⁷².

Severas críticas se han dirigido a estas teorías, también denominadas utilitarias, que se fundamentan en la dañosidad social. Se consideran causa que origina "la perversión de la legislación penal"⁷³. Dichas teorías, en opinión de Welzel, no fundamentan la intervención en contra del individuo, la persona no debería ser utilizada como un medio para obtener determinado fin⁷⁴, la persona es un fin en sí misma, no debe ser un medio para fines ajenos⁷⁵. También se argumenta en contra, que estas tesis padecen de conservadurismo, pues lo que en realidad pretenden es la conservación del sistema. Al respecto, Octavio de Toledo afirma que si "el Estado interviene no sólo para mantener el sistema, sino además, para mantenerlo en beneficio de quienes lo integran, es claro que puede suceder que esté persiguiendo fines contradictorios: ya que, en ocasiones, manteniendo el sistema perjudicará --no beneficiará-- a ciertos --que pueden ser los más-- individuos que lo integran"⁷⁶. Sin embargo, señala González-Salas, estas teorías ofrecen gran utilidad para determinar el grado de lesión a bienes jurídicos, en algunos casos⁷⁷.

⁷² González-Salas Campos, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁷³ Expresión que cita María Cruz Camacho Brindis y que atribuye a Muñoz Conde. "El bien jurídico penal", *Alegatos*, no. 31, 1995, p. 432.

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 3-4 y 288

⁷⁵ Bajo Fernández, Miguel, "Una respuesta a ciertas críticas sobre el cometido dogmático del bien jurídico", *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 3, II semestre de 1980, p. 60.

⁷⁶ Cit. en González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 63.

También Alessandro Baratta se pronuncia en contra de estas teorías, y señala que la principal dificultad de la teoría de la pena es la valoración axiológica, que debería limitar los derechos y sufrimientos que se imponen al condenado, solamente por motivos instrumentales. El mismo autor resalta la problemática que se presenta en Estados Unidos, donde la referida dificultad axiológica, entre otros factores, da lugar a la teoría retributiva de la pena. La ideología tecnocrática del Derecho que se tiene en este país, adquiere dos variantes en la aplicación de la pena: la incapacitación, es decir, la neutralización del infractor, y la intimidación específica (*specific deterrence*). Se ha llegado, incluso, a un "neorretribucionismo", que "no es un símbolo de fuerza, sino una debilidad y también (símbolo) de la potencial crisis de la concepción instrumental del Derecho penal en aquel país"⁷⁸.

Por su parte, Miguel Bajo ha orientado la crítica a las teorías utilitaristas mediante el argumento de que la justificación del Derecho penal no radica exclusivamente en su carácter de instrumento para los fines de la sociedad, debe, para justificarse responder a la justicia, desde un determinado criterio. El Derecho debe servir al hombre⁷⁹.

4. Escuela neokantiana teleológica

Si Liszt estudió el problema del bien jurídico en el ámbito de los intereses, esta corriente, por el contrario, lo estudia fuera de la realidad social prejurídica, desde una visión externa al Derecho, y en el ámbito de los valores, que constituyen mínimos a respetar, no así objetivos a lograr⁸⁰.

⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 40, 43-44.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 59.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 34-35.

Bajo esta óptica, el bien jurídico debe pasar por un proceso de espiritualización o purificación, es colocado en el centro del conjunto de valores y liberado de todo aquello que le pueda dar materialidad. Así, el legislador no percibe objetos, solo sentidos, equivalentes a deberes de respeto como fin de la disposición punitiva⁸¹.

5. El bien jurídico como intereses

Las vertientes que consideran al bien jurídico como intereses se fundamentan en el siguiente postulado: todo Estado tiene interés en que se respeten las normas jurídico-penales que establece; al cumplirse este postulado surge el deseo de mantener la vigencia de los bienes a los que se dotó de tutela penal. Empero, ese interés no puede determinar la esencia del bien jurídico; a más de que, como ya se señaló en el apartado anterior, no se debe confundir interés con bien jurídico⁸².

6. El bien jurídico como situación

El más significativo antecedente de esta tendencia lo constituye la tesis de T. R. Schütze, ampliamente desarrollada por F. Oetker. El bien jurídico se integra, según esta tesis doctrinal, por la situación que guarde el ordenamiento jurídico en cada caso. Por ello, dicho ordenamiento será el objeto común de todos los tipos penales de los diversos delitos; mas propiamente dicho, las situaciones que, aunque no existen en realidad, son aspiraciones jurídicas del Derecho objetivo⁸³.

⁸¹ *Ibidem*, p. 6.

⁸² Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 119. Sobre las tesis de Ihering, Hertz, Kessler, Mayer, Merkel, Ferneck y Wolf cfr. *Ibidem*, pp. 120-136.

⁸³ Cfr. *Ibidem*, pp. 136-143. También respecto de la posición que asumen Gerland e Hirschberg.

7. Configuraciones metódicas formales del bien jurídico

Dentro de las configuraciones metódicas formales del bien jurídico, básicamente, encontramos la "teoría metodológica", introducida por Honig en 1919. De esta se desprenden dos posiciones importantes: las "teorías del bien jurídico en sentido lato" --teorías promocionales de la pena-- y las "teorías del bien jurídico en sentido estricto" --de uso exclusivamente defensivo de la pena--⁸⁴.

En general, todas las configuraciones metódicas formales tratan de establecer una intensa vinculación entre el sistema de Derecho penal y el fin de la norma, teniendo presente el sentido teleológico y metódico que corresponde desempeñar al bien jurídico. Existen varias doctrinas en este sentido. Así, la que considera al bien jurídico como "fin de la norma"⁸⁵.

8. Escuela de Kiel

La Escuela de Kiel es también conocida como "versión nacional-socialista del contenido de injusto". Fundamentalmente, se representa el contenido material del injusto por el incumplimiento de una obligación jurídica a cargo de determinado sujeto, no así por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Sus concepciones dogmáticas, son generalmente rechazadas⁸⁶. Tal es el sentido que orienta el comentario de Welzel relativo a que dicho criterio "fué desacertado". Al concebir el delito como la lesión de un deber y no de un deber jurídico, --continúa-- se abrió paso a la discusión que a la fecha ocupa a los doctrinarios del Derecho penal: la idea de que el delito debe estar representado por el desvalor del

⁸⁴ Baratta, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁵ Cfr. Polaino Navarrete, *op. cit.*, pp. 144-164. Respecto de la opinión de Honig, Grünhut, Schwinge y Zimmerl, cfr. *Idem*.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 164-165.

resultado (como lesión o puesta en peligro del bien jurídico) y como desvalor del acto (al contrariar un deber); "ambos pares de conceptos no son equivalentes"⁸⁷. Respecto de este tópico mencionemos la posición que adopta Francisco Muñoz Conde, quien señala, que la distinción entre ambos conceptos atiende únicamente a razones político criminales que le son útiles al legislador al momento de crear los tipos penales, ya que puede acentuar más un desvalor que otro. Sin embargo, según afirma, la polémica sobre la prioridad del desvalor de la acción y el desvalor del resultado es supérflua. "Ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados"⁸⁸.

Weizel afirma que "la lesión del deber sólo es, en el fondo, la lesión del deber jurídico entendida de forma personal, el injusto de la acción consta, en cambio, de los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento típico"⁸⁹.

9. Nociones sustantivo-materiales del bien jurídico

A consecuencia de la orientación política fascista del bien jurídico, surge la tendencia a favor de la comprensión sustancial del concepto de bien jurídico. Resulta de relieve la determinación material del injusto que limita las concepciones formales que se habían realizado al respecto. Por ello, la *ratio legis* adquiere relevancia en relación con el concepto de "garantía" que delimita la intervención punitiva, con miras tanto a la retribución como a la prevención general y especial. Bien jurídico, desde su configuración sustancial, será entendido "no como puro

⁸⁷ Weizel, *op. cit.*, p. 351.

⁸⁸ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis Librería, 1984, p. 87.

⁸⁹ Weizel, *op. cit.*, p.351.

paradigma conceptual, sino como categoría dogmática de valor, de pluridimensional proyección en sectores diversos del Derecho penal⁹⁰.

10. Teorías intrasistemáticas y extrasistemáticas

En las tesis intrasistemáticas se da prioridad a los modelos ideales y las valoraciones político-criminales, por encima de las operaciones analíticas sobre las normas penales. Contrarias a estas tesis, las extrasistemáticas se obtienen utilizando el sistema de bienes protegidos por las normas penales como punto de vista heurístico⁹¹.

Un ejemplo de teorías extrasistemáticas se encuentra en la "teoría personal del bien jurídico", sustentada por Winfried Hassemer en 1989. El postulado es el siguiente: toda vez que el Derecho penal debe asegurar los elementos personales, su función no es la de proporcionar seguridad general o disminución social del daño, mas bien le corresponde la individualización del problema, que se consigue a través de la imputación de un hecho punible a una persona⁹². Esta postura, de relativa novedosa creación, ha encontrado ya la crítica enderezada por Alessandro Baratta, quien afirma que su intención es "rigurosamente limitativa"; es admitida "en esta teoría --continúa-- la legitimidad extrasistemática únicamente de la tutela penal de bienes jurídicos 'aferrables' y determinados, relacionados directa o indirectamente con intereses de personas físicas"⁹³.

⁹⁰ Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 198.

⁹¹ Baratta, *op. cit.*, p. 23.

⁹² Cfr. Hassemer, *op. cit.*, p. 281.

11. Teoría crítica del sistema

Finalmente, Juan Bustos Ramírez se ha pronunciado por una "teoría crítica del sistema". Dicha teoría supone que frente a bienes jurídicos que cumplen una fórmula sintética de relación social, se indague si en realidad dicha fórmula sintética refleja la relación social actual o las implicaciones sociales entre los hombres, que se indague además si el Derecho ha concretado en bienes jurídicos aquello que surge de la relación social⁹⁴.

V. LOS TIPOS PENALES

Atendiendo a que nuestro país es un Estado democrático de corte liberal⁹⁵, resulta imperativo que todo tipo penal proteja uno o varios bienes jurídicos; repercutirá en perjuicio de nuestro sistema y asimismo en contra de las garantías individuales de los gobernados, la existencia de tipos penales que no tutelaran al menos un bien jurídico.

Ya que la tutela penal se establece en los tipos penales, es imprescindible referirnos a esta figura, cuya raíz se encuentra en el concepto de cuerpo del delito, tal y como lo afirma Márquez Piñero de la siguiente manera: "La raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes, vertido después, con la denominación de *Tatbestand*, a la lengua alemana

⁹³ Baratta, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁴ "Política criminal e Injusto", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 49^o année, no. 1, 1978, p. 126.

⁹⁵ Dispone en artículo 40 de nuestra Constitución: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental".

(concretamente en el siglo XVIII), como acredita la Ordenanza Criminal prusiana de 1805 (parágrafo 133), y que aún perdura en algunos ordenamientos jurídicos modernos. El *tatbestand* fue entonces el hecho del delito, el contenido real, en oposición al puro concepto (*Begriff*), lo que Jiménez Huerta, en su acepción primera del cuerpo del delito, entiende como acción punible, como el hecho objetivo"⁹⁶.

Pero la primera teorización que se realizó del tipo, como fundamento de la teoría del delito, se atribuye a Ernesto Beling en el año de 1906; éste lo conceptualizó de manera diferente a como había sido considerado hasta esa fecha: le atribuyó un significado formal con la función de describir en abstracto los elementos materiales de cada delito. Ya para 1930 --según refiere Rafael Márquez--, Beling establece la separación entre el tipo y la especie delictiva⁹⁷; el primero es, el "tipo *regens*" que norma cada especie delictiva, la imagen rectora⁹⁸ y con ello otorga materialidad al tipo, al tiempo que soluciona algunos problemas que había planteado su anterior conceptualización, como el de la tentativa, o el de la complicidad, por ejemplo. También en este sentido se pronunció Mariano Jiménez Huerta, quien afirma que "el concepto de tipo se 'materializa cuando en 1906 (Beling) publica su fundamental obra *Die Lehre vom Verbrechen*; se espiritualiza veinticuatro años mas tarde, cuando en 1930 da a conocer *Die Lehre vom Tatbestand*"⁹⁹.

A partir de la definición de Beling, han surgido diversos conceptos de tipo penal. Roxin proporciona el siguiente: "se denomina tipo a esas descripciones de delito

⁹⁶ *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, serie G: Estudios doctrinales, número 99, pp. 159-160.

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 161.

⁹⁹ *Derecho penal mexicano, tomo I. Introducción al estudio de las figuras típicas*, 5ª. ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1985, p. 28.

que contienen las leyes penales¹⁰⁰; para Zaffaroni, el tipo penal "es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)"¹⁰¹. La definición que se adoptará para este estudio es una de tipo funcional que proporciona Olga Islas, al señalar que el "tipo es, funcionalmente, una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos"¹⁰².

El tipo penal también ha sido entendido como el producto de una "solución de conflicto", es decir, después de la determinación de un bien jurídico que se ha hecho merecedor de tutela penal, se requiere "sopesar el valor del bien jurídico y el de aquellos <<intereses opuestos>> que hacen que ciertas formas de lesión o de puesta en peligro resulten tolerables. De este modo, ya el propio tipo penal aparece como producto de una <<solución de conflicto>> entre puntos de vista favorables y contrarios a la conminación penal"¹⁰³.

Generalmente el tipo contiene, además de la materia de la prohibición, la sanción penal aplicable a esa precisa figura delictiva; es ésta una de las funciones del tipo penal, el objeto de la decisión tomada por el legislador "ya no aparece constituido

¹⁰⁰ "La Parte General del Derecho Penal sustantivo", *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, versión española por Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 1989, serie Derecho penal, p. 37.

¹⁰¹ *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., 3ª. relmp., México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1997, p. 391.

¹⁰² *Análisis lógico semántico de los tipos en materia electoral y de Registro nacional de ciudadanos*, México, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 15.

¹⁰³ Schaffstein, en cita de Amelung, Knut, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en Schünemann, Bernd (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin. En su 50º*

por la cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena¹⁰⁴.

Aludiendo a las definiciones que otorgan autores nacionales, en algunos casos se utiliza la denominación con la que nació el tipo penal: cuerpo del delito. Y es que "el concepto de *corpus delicti* --afirma Mariano Jiménez-- es medular en el sistema mexicano"¹⁰⁵. Este concepto ha tenido tres significados, el primero alude a la "acción punible abstractamente descrita en cada infracción", el segundo se entiende "como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración", y finalmente se ha utilizado como "cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada"¹⁰⁶; las bases dogmáticas nacionales --continúa el autor-- permiten afirmar que el concepto está referido a la primera de las acepciones, es decir, "el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el Código punitivo o una ley especial"¹⁰⁷.

Sin embargo, al analizar las reformas que se han dado en la ley penal respecto de este concepto, observamos que al cuerpo del delito no siempre se le ha dado el mismo significado. Se puede afirmar, de manera cronológica, que hasta el año de 1993, tanto la doctrina como la jurisprudencia y la legislación mexicanas contaban con una fórmula clara y precisa del concepto de *corpus delicti*, pues lo entendían como el "conjunto de elementos contenidos en la descripción del delito --tipo penal-- que figura en la ley. Obviamente, esto involucra todos los elementos:

aniversario, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Madrid, Ed. Tecnos, S. A., 1991, p. 96.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 97.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, tomo I..., *cit.*, p. 34. En el mismo sentido: García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria, *Prontuario del proceso penal mexicano*, 8ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 282.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 35.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 36.

objetivos, subjetivos y normativos"¹⁰⁸, superando así el antiguo concepto que sólo tomaba en cuenta los elementos objetivos, que de ninguna manera son los únicos posibles en la configuración típica.

En 1993 se reformaron los artículos 16 y 19 constitucionales para sustituir el concepto de cuerpo del delito por el de tipo penal, cuyos elementos se enumeraban a manera de fórmula en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y el correspondiente 122 en el Distrito Federal; los cuales, entre otros, exigieron la acreditación del bien jurídico para la comprobación del tipo penal. Dicha reforma resultó muy polémica, algún sector de la doctrina la aplaudió, otro sector de la misma la criticó más o menos en el siguiente sentido: "El relevo --afirman Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra-- era a todas luces innecesario y luego resultó perturbador. Se adujeron diversas consideraciones doctrinarias... para justificar la reforma. Al cabo de los años, el Constituyente Permanente resolvió el retorno a la noción de cuerpo del delito"¹⁰⁹.

Y efectivamente así sucedió. En 1999 se retornó a la figura de cuerpo del delito, argumentando que la difícil comprobación de los elementos del tipo penal daba lugar a la impunidad. Empero, la definición que ahora contempla el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 168, incluye solamente los elementos objetivos o externos, y en su caso, los normativos, olvidando a los elementos subjetivos:

"Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera" (el subrayado es mío).

Puede considerarse que este precepto constituye una violación a las garantías

¹⁰⁸ García Ramírez y Adato de Ibarra, *op. cit.*, p. 282.

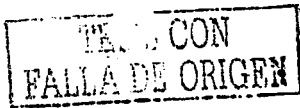
¹⁰⁹ *Idem.*

individuales del gobernado (principalmente la garantía de legalidad), pues existen tipos penales que requieren de específicos elementos subjetivos para su configuración; señalemos, a manera de ejemplo, que la descripción típica del delito de fraude exige el "ánimo de lucro", elemento subjetivo del injusto.

Lo cierto es que el tipo penal y el cuerpo del delito son conceptos estrechamente vinculados --según opinión de Guillermo Colín Sánchez--, "el primero se refiere a la conducta, considerada antijurídica por el legislador; el segundo, a la realización del delito; en consecuencia, para que exista el cuerpo de un delito determinado, deberá contarse con el tipo delictivo correspondiente. El tipo penal, a no dudarlo, es creación del legislador; la segunda, es la adecuación de una conducta o hecho a la descripción hecha por aquél"¹¹⁰, es decir, la tipicidad. Compartiendo la opinión del autor anterior, entendemos que el tipo penal es la creación del legislador, el instrumento en el que plasma su protección a los bienes jurídicos, tema del presente estudio.

Coincido con la opinión de Sergio García Ramírez, al afirmar que los conceptos de cuerpo del delito y tipo penal no se contraponen, la diferencia radica en que el concepto de cuerpo del delito es procesal. Si bien se ha afirmado que el concepto de cuerpo del delito atiende a la doctrina causalista, y que el de tipo penal al finalismo, lo cierto es que nada tienen que ver con la disputa entre estas doctrinas, sólo se trata de precisar la fundamentación de los actos de autoridad para fines procesales. "Cuerpo del delito es un concepto procesal". En el mismo sentido se pronuncia Enrique Díaz Aranda, quien afirma que "el cuerpo del delito es un término empleado en la legislación procesal de nuestro país desde finales del siglo XIX; pero su concepto se ha ido restringiendo de todos los elementos del delito (conducta típica, antijurídica y culpable) a sólo el tipo objetivo. Por otra parte, el

¹¹⁰ *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 16ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, p. 377.



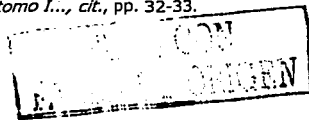
término cuerpo del delito no se ha empleado en el Código penal sustantivo; por ende, el término cuerpo del delito es propio del derecho procesal penal mexicano... los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad son términos procesales cuyo contenido varía según la sistemática aplicada: clásica, neoclásica, final o funcional"¹¹¹.

Ahora bien, la importancia del tipo penal, radica, sobre todo, en la función metodológica que proporciona a los fines de exposición y sistematización de las figuras delictivas --asegura Jiménez Huerta--; pero además, "el concepto de tipo penal nos ministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito, pues, en primer término, concretiza, a los fines penales, la antijuridicidad... y en segundo lugar, pone de relieve la forma que el comportamiento antijurídico ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo"¹¹².

El tipo es fundamental en la descripción de la materia de la prohibición; ésta deberá especificarse de manera concreta, mediante una descripción objetiva, lo mas exacta posible de su modelo de conducta; tiene que ser Derecho penal

¹¹¹ "Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?", en Díaz Aranda, Enrique (editor), *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, UNAM, 2001, pp. 28 y 35. Adelante señala: "... el legislador penal de 1999 pretendió erradicar posturas doctrinales de la ley; empero, después de la reforma volvió a adoptar la estructura de la doctrina que tanto repudió: finalismo.- Si esto es así, surge, entonces, una pregunta ¿es trascendente la reforma de 1999? Y la respuesta es negativa; pero la trascendencia no radica en el aspecto doctrinal, sino en el procesal, dado que el fondo de la reforma se sustenta en disminuir la carga probatoria del Ministerio Público para obtener una orden de aprehensión y para que el juez pueda dictar un auto de formal prisión con pruebas mínimas.- El grado probatorio (indicios o prueba plena) de los elementos del delito no es una cuestión que determinen los sistemas penales (clásico, neoclásico, final o funcional) sino es una decisión político-criminal que adopta el legislador en los códigos procesales de cada país. En consecuencia, si con la reforma de 1999 se quiso reducir la carga probatoria del Ministerio Público para obtener con facilidad una orden de aprehensión o para dictar un auto de formal prisión por el juez, entonces nuestro legislador se equivocó al considerar que el problema de grado de prueba durante el procedimiento penal corresponde a la dogmática penal". *Ibidem*, pp. 36-37.

¹¹² Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano, tomo I...*, *cit.*, pp. 32-33.



"sustancial"¹¹³. La descripción detallada de todas las características de la materia de la prohibición facilitará la comprobación de la tipicidad, que como quedó señalado, es la adecuación de la conducta a lo prescrito por el tipo¹¹⁴. Además el tipo deberá caracterizarse por estar "libre de valor (no valorativo)", es decir, no debe contener elementos que impliquen procesos subjetivos, intraanímicos, o que afecten la objetividad¹¹⁵.

El tipo cumple también la función de ser garantía del principio de legalidad. Este principio, cuya fórmula en materia penal se manifiesta en la frase *nullum crimen nulla poena sine lege*, está consagrado en el artículo 14, párrafo tercero, de nuestra Constitución Política, que señala:

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

Asimismo, se encuentra recogido en el artículo 7 del Código Penal Federal, que estipula: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Reiteramos, por ello, la necesidad de que la materia de la prohibición se encuentre debidamente detallada en los tipos penales; el tipo, entendido en sentido amplio, debe contener "presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activo y pasivo y acerca del objeto"¹¹⁶.

¹¹³ Welzel, *Derecho penal alemán*, pp. 74-76, citado por Marquez Piñero, *El tipo penal...*, op. cit., p. 159.

¹¹⁴ La tipicidad, junto con la antijuridicidad y la culpabilidad, integran los elementos del delito.

¹¹⁵ Cfr. Roxin, *Derecho penal...*, op. cit., p. 279.

¹¹⁶ García Ramírez, Sergio, *Derecho penal*, 3ª. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, McGraw-Hill, 1998, p. 59.

VI. PRINCIPIOS APLICABLES EN LA CREACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Reiteremos. Si bien es cierto que la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, no le corresponde a éste la tutela de todos los bienes que deben proteger los Instrumentos del Estado; tutelaré solamente los mas importantes que garanticen una sana vida en sociedad. Moisés Moreno Hernández¹¹⁷ señala los pasos que debe seguir el legislador para obtener tal objetivo. Deberá conocer la realidad social y los bienes que necesiten protección; con base en ello llevará a cabo una jerarquización de los mismos a efecto de determinar cuáles revisten fundamental importancia para el fin perseguido: la vida ordenada en comunidad. Posteriormente deberá analizar si dichos bienes ya se encuentran protegidos por algún otro Instrumento estatal y si dicha protección es efectiva; de ser así, se tornaría innecesaria la tutela penal.

De no existir tal protección, o de ser ineficaz, y habiendo constatado tanto la necesidad como idoneidad de tutela penal, se podrá hacer uso del Derecho punitivo. Este Derecho punitivo no es absoluto, debe estar regido y limitado por algunos principios del Derecho penal, los relevantes en la materia, se enuncian a continuación.

1. Principio de intervención mínima

Este principio significa que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las lesiones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho; por ello se afirma que el

¹¹⁷ "Penalización y despenalización en la reforma penal: importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales", *Criminalia*, año LIX, núm. 2, mayo-agosto 1993, pp. 66-67.

Derecho penal tiene carácter "subsidiario" frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico¹¹⁸.

Este principio se desarrolla en la observancia de dos postulados o principios fundamentales: la conservación del Derecho penal como *ultima ratio* y el respeto al *carácter fragmentario* del Derecho penal.

A. Principio de subsidiariedad o de última ratio. Implica que el Derecho penal debe ser el último recurso a utilizar entre aquéllos con que cuenta el Estado para la protección de bienes jurídicos. Por ello, podrá intervenir para tal efecto sólo cuando los demás recursos fallen. Es este el presupuesto de una sociedad democrática¹¹⁹.

El sustento a este principio atiende a que el Derecho penal "se sirve del más poderoso medio de poder de que dispone el Estado: la pena pública"¹²⁰, cuya lesividad generalmente recae sobre la libertad, bien jurídico que, después de la vida, es el máspreciado¹²¹.

Otra consecuencia de este principio es que cuando un medio no penal baste para garantizar la efectiva protección de bienes jurídicos, el legislador deberá estipular una falta administrativa para lograr el fin que se persigue. Es el caso de los delitos cuya lesión al bien jurídico es insignificante, o cuando dicha lesión, aun siendo grave, presente un escaso contenido de desvalor ético; podrá incluso hacer uso de la desincriminación en los casos que lo considere conveniente. Por ello, se dice, "el

¹¹⁸ Cfr. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, España, Bosch, Casa Editorial S. A., 1975, pp. 59-60.

¹¹⁹ Bustos Ramírez, *op. cit.*, p. 127.

¹²⁰ Jescheck, *op. cit.*, p. 4.

¹²¹ González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 107.

principio de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador¹²²; sin embargo, deberá valorar la lesión, preferentemente, de acuerdo con un criterio material, no puramente formal.

Lamentablemente, en la mayoría de los casos, el Derecho punitivo es utilizado como primer Instrumento en la tutela de bienes jurídicos; en otras ocasiones, se utiliza como instrumento de control político.

Cabe incluir aquí, la cita que hace Zugaldía Espinar respecto de la siguiente afirmación de Liszt: "...por paradójico que pueda sonar, el Código Penal es la carta magna del delincuente. Protege, no a la colectividad, sino al individuo que se rebela contra ella. Le garantiza el derecho de ser castigado sólo si se dan los presupuestos legales y sólo dentro de los límites legales. El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal --no en vano, el autor del delito es el titular del bien jurídico anulado o limitado por la pena"¹²³.

Sin perjuicio de aludir al principio de culpabilidad líneas adelante, menciono de una vez que del principio de *subsidiariedad o de última ratio* deriva el de *proporcionalidad*. Este último parte de la siguiente premisa: ya que el Derecho penal implica las más severas intromisiones en la libertad de los ciudadanos, solo Intervendrá cuando los otros medios no sean eficaces¹²⁴. Según Raúl González-Salas, este principio deriva del de culpabilidad, pues exige la correspondencia entre la gravedad de la conducta y la gravedad de la sanción. La pena, por tanto, no

¹²² Roxin, *op. cit.*, pp. 66-67.

¹²³ Zugaldía Espinar, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁴ Roxin, *op. cit.*, pp. 65-66.

deberá rebasar los límites de la culpabilidad, pues de rebasarlos se estaría ante una "hipertrofia cualitativa"¹²⁵.

El *principio de proporcionalidad* significa que las penas deben ser determinadas de manera proporcional a la gravedad del delito cometido y que éste no puede ser reprimido con penas más severas que la propia entidad del daño causado por el delito¹²⁶, es decir, que "la severidad de la pena se corresponda con la gravedad del hecho, y que la medida de seguridad sea también proporcional a la magnitud del delito revelador de la peligrosidad del sujeto activo del delito y a lo que probablemente pueda cometer en el futuro"¹²⁷.

B. El *principio de carácter fragmentario* del Derecho penal adquiere su denominación, en virtud de que el Derecho punitivo no protege de manera exhaustiva los bienes jurídicos, mas bien se limita a seleccionar "conforme al criterio de 'merecimiento de pena', determinados puntos esenciales". Es ésta una característica de un Estado liberal de Derecho. La frase de "carácter fragmentario" se atribuye a Binding¹²⁸. Este principio significa que el Derecho penal sólo debe proteger los bienes jurídicos fundamentales para el Individuo y la sociedad y que a éstos únicamente debe tutelarlos frente a los ataques más intensos, más intolerables, en suma, los más peligrosos y repudiados por la sociedad. El criterio para determinar tales ataques, será aquél que atiende a la "significación ética que la comunidad tiene respecto de esos comportamientos"¹²⁹.

¹²⁵ *Op. cit.*, pp. 91-93.

¹²⁶ Sainz Cantero, Lecciones de Derecho penal. Parte General. II, Bosch, Casa Editorial S. A., Barcelona, 1982, p. 43.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ Jescheck, *op. cit.*, p. 73.

¹²⁹ González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 105.

La adopción de este principio, trae como consecuencia la reforma penal, la penalización, despenalización, criminalización y descriminalización; reforzar proporcionalmente la sanción y criminalizar las conductas que ataquen bienes jurídicos de una fundamental importancia para la convivencia de los sujetos que integran la comunidad jurídica (Estado). La pena deberá reducirse a sus justos límites, no sólo cuando se prescinde de las más graves, como la pena de muerte, y de las sanciones corporales que perturban la libertad, etc., sino eliminando ilícitos penales de bagatela¹³⁰.

2. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad está referido a la teoría de la pena, tiene como antecedente la tesis retribucionista de la pena (la pena es el mal sufrido por el mal causado). Significa que la pena solo podrá fundarse en la reprochabilidad del hecho a su autor. Este principio excluye la responsabilidad por el solo resultado y delimita la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad¹³¹.

Este postulado constituye una de las fundamentales e irrenunciables exigencias del moderno Derecho penal, respetuoso de las garantías de la persona y de la dignidad humana, pues este principio se considera una conquista de la civilización de la cultura. Viene a significar que no se admite imponer pena alguna al autor de un hecho antijurídico, si no lo ha cometido culpablemente, es decir, con culpabilidad¹³².

Esta premisa procura eliminar del Derecho penal, la responsabilidad objetiva por el resultado, característica del Derecho civil; en otras palabras, aquella obligación por

¹³⁰ Sainz Cantero, *op. cit.*, p. 40.

¹³¹ Jescheck, *op. cit.*, p. 30.

¹³² Sainz Cantero, *op. cit.*, pp. 40-41.

un hecho producido que no hubiera sido causado en forma dolosa o culposa, ya que, estos "nexos psíquicos", son los que se consideraban como especies o formas de culpabilidad y la necesaria correspondencia de la pena con los aspectos subjetivos del delito se consagren especialmente en la ley.

En este sentido, los artículos 8º y 9º del Código Penal Federal, que establecen que "las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente", y que "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Según Zaffaroni, el "principio de culpabilidad" entendido como no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor, debe fundamentarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse¹³³.

Aún existe debate respecto de si el individuo realmente cuenta con la libertad para autodeterminarse. Bettiol expresa que "si se desea mantener al Derecho penal vinculado con las nociones de culpabilidad y de pena-castigo, no puede prescindirse de la idea de libertad psicológica del sujeto para actuar en un sentido antes que en otro. Sin esta libertad de elección, la noción de culpabilidad como reprochabilidad pierde su único y verdadero significado, porque lógicamente no es posible reprochar a alguien la comisión de un hecho si tenía la necesidad de ejecutarlo¹³⁴.

¹³³ *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 469.

¹³⁴ *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1965, pág. 352.

En palabras de Moreno Hernández: si "hasta ahora es aceptable que no puede demostrarse científicamente la existencia, en el caso concreto, de esa libertad de voluntad, es igualmente aceptable que no se ha demostrado científicamente que realmente no exista, pues lo que se ha comprobado de esa manera es la concurrencia de <factores>; factores que, sin embargo, en la medida del conocimiento y de la motivabilidad del hombre, pueden arrastrar a éste a la necesaria causación de resultados, como cualquier fenómeno natural, o pueden ser neutralizados en mayor o menor medida"¹³⁵.

Las exigencias que se desprenden del principio de culpabilidad son¹³⁶:

1. La responsabilidad penal presupone dolo o culpa, descartando la responsabilidad objetiva;
2. Toda persona tiene capacidad de culpabilidad, y no puede ser castigado quien actúa sin ella;
3. La esencia de la culpabilidad se encuentra en que el autor ha sucumbido a la tentación en la situación concreta y se ha hecho culpable a través de su actuar (culpabilidad por el hecho y no por la condición de vida, ni basada en un defecto del carácter); y
4. La culpabilidad como criterio regulador de la pena, es decir, como fundamento para su imposición, y cuyo mínimo y máximo deberá imponerse de acuerdo al grado de reprochabilidad, de motivabilidad, y de criterios preventivos.

3. Principio de bien jurídico

Se ha considerado que el bien jurídico es la razón de ser de todo el sistema penal. La función del principio de bien jurídico es imponer límites a la potestad punitiva

¹³⁵ "Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad", en Piña y Palacios, Javier (coordinador), *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho penal*, México, UNAM, 1982, p. 150.

¹³⁶ Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, España, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1977, pág. 1922.

del Estado (*jus puniendi*) y la determinación de las formas de reacción ante conductas lesivas¹³⁷.

En este contexto, sólo podrán ser objeto de sanción aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico. Este principio se ha entendido en el sentido de que la existencia de todo delito está condicionada a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo que en otras palabras implica que la determinación de cada delito tutela, por lo menos, un bien jurídico¹³⁸. En la discusión de reforma de las últimas décadas, asegura Claus Roxin, semejante aseveración ha despertado polémica, pues algunos tipos de delitos se enderezan contra la moral, sin lesionar ningún bien jurídico¹³⁹.

También así lo considera Gómez Benítez, pues dicho principio en algunas ocasiones no es fácil de comprobar; muchos tipos, continúa, protegen más bien maneras de vivir o puntos de vista morales, es el caso de los delitos de prostitución entre adultos con el debido consentimiento del activo y pasivo. "Sólo mediante una buena dosis de retórica y ficción puede hallarse en ellos un bien jurídico protegido que merezca el calificativo de tal"¹⁴⁰.

Empero, reafirmemos aquí la reflexión hecha a propósito de un Estado democrático de Derecho, en el que, necesariamente, las normas que tipifican delitos, deben proteger bienes jurídicos y no valores morales, so pena de convertirse en régimen totalitario.

¹³⁷ Moreno Hernández, "Penalización y despenalización...", *rev. cit.*, p. 68.

¹³⁸ Así, Malo Camacho, *op. cit.*, p. 282; Lascurain Sánchez, *op. cit.*, p. 259; Polaino Navarrete, *op. cit.*, p. 80; Camacho Brindis, *op. cit.*, p. 434. Solo por citar algunos ejemplos, ya que dicha aseveración es generalmente adoptada.

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 52.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 166. Cfr. al respecto, Bustos Ramírez, *op. cit.*, pp. 126, 131 y 133.

En este orden de consideraciones, se ha aludido al "principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", que deriva de una condición democrática del Estado. La denominación de este principio ha sido catalogada como tautológica por su propio sustentante¹⁴¹. El principio que ahora se estudia consiste en hacer ver las posibilidades de que el concepto de bienes jurídicos sirva para limitar la potestad punitiva del Estado, así como los criterios que hagan efectivo este principio¹⁴².

4. Principio de Humanidad

Se trata de un principio muy importante para el Derecho penal, que a la vez sirve de sustento a la política criminal. Fundamenta, que todas las relaciones que surjan entre el hombre y el Derecho penal deben tener como base una responsabilidad social hacia el delincuente, "de una libre disposición a la ayuda y asistencia sociales y de una decidida voluntad de recuperación del condenado"¹⁴³. De este principio se desprende la proscripción de sanciones inhumanas tales como la pena de muerte, o las penas deshonrosas, y en general las que no tengan como fin resocialización.

¹⁴¹ Dicha crítica es secundada por Lascurain Sánchez, *op. cit.*, p. 263.

¹⁴² De Toledo y Ubleto, *op. cit.*, pp. 6-8 y 14.

¹⁴³ Jescheck, *op. cit.*, p. 35.

VII. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU RELACIÓN CON LOS BIENES JURÍDICOS

Se trata de determinar en este apartado, si los bienes jurídicos que el legislador penal decide tutelar, deben encontrarse consignados en la Constitución o si admiten fuentes extraconstitucionales. Para abordar este planteamiento desde una óptica histórica veamos lo sustentado por las "teorías jurídico-constitucionales".

Estas teorías sostienen que corresponde al legislador una valoración doble: por un lado determina los bienes jurídicos dignos de tutela penal, y al mismo tiempo debe proteger los derechos fundamentales del individuo contra la intervención punitiva del Estado. Constituyen así, los bienes jurídicos, límites al *ius puniendi* estatal, tal y como ya se refirió¹⁴⁴.

En virtud de que se ha superado la idea que planteaba al bien jurídico como derecho subjetivo, es que se ha determinado que no todos los derechos que consagra la Constitución son objeto de tutela penal.

En opinión de Raúl González-Salas, no se debe pasar por alto que algunos bienes jurídicos se encuentran en las Constituciones y por ello, deben ser considerados objeto de tutela penal, lo que no implica que necesariamente se deban extraer de la Constitución. El autor referido, se adhiere al criterio de Binding, por el cual el legislador podrá proteger penalmente o no, los bienes que a su criterio deban ser tutelados. Considero, que los bienes jurídicos, necesariamente deben albergarse en la Constitución, sobre todo tratándose de un Estado democrático, pues es ahí en

¹⁴⁴ González-Salas Campos, *op. cit.*, p. 37.

donde se establecen los bienes fundamentales de la sociedad, sólo esos deben tutelarse penalmente.

Aquí debo destacar que con base en el estudio de los bienes jurídicos comprendidos en este trabajo de tesis a partir del capítulo tercero, se obtuvo que los tipos penales protegidos por los títulos respectivos del Código Penal Federal si encuentran fundamento expreso en la Constitución Política mexicana, por lo que se puede concluir que en el caso nacional, los bienes jurídicos si se extraen de la Constitución, e incluso, en la protección de intereses colectivos el legislador ha cuidado la congruencia entre el ordenamiento fundamental y el secundario, aunque no siempre con éxito, reformando la Constitución, en la mayoría de los casos antes de establecer la tutela penal, y en otros, las reformas se han dado conjuntamente, como se verá a lo largo del desarrollo de este trabajo.

Debo precisar, que en algunos casos, el valor mismo del bien jurídico, exige la penalización de las conductas lesivas, aunque sean poco graves, por ejemplo cuando se pone en peligro el bien jurídico de suprema valía como la vida.

Ahora bien, en el ámbito nacional se plantea una cuestión especial, debido a que la Constitución establece en algunos de sus preceptos la obligación a cargo del legislador ordinario de proteger penalmente determinados bienes jurídicos; es el caso del artículo 16, referido a la correspondencia. El específico problema que aquí se plantea es determinar si bajo un criterio de jerarquía de valores deben tutelarse los bienes de mayor jerarquía que el de la correspondencia, a manera de ejemplo. Para resolver esta cuestión se debe atender a las funciones de un Estado democrático de Derecho y determinar si existe tal obligación o no. En el caso de la Constitución mexicana, se considera que sí existe¹⁴⁵.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 44-45.

De acuerdo con Malo Camacho, el problema se resuelve cuando se toma en cuenta que la Constitución tiene por objeto regular relaciones entre gobernantes y gobernados, fijando para el caso de los primeros, el límite de su actuar, y para los segundos, los derechos que mediante reconocimiento le son protegidos. Por ello, los derechos consagrados en la Constitución son diferentes de los bienes jurídicos, que observan mayor exactitud y amplitud en su función; el contenido de estos bienes no se presenta en la relación entre gobernantes y gobernados, más bien se proyecta en las relaciones entre los individuos, que implican respeto de esos bienes¹⁴⁶.

Por su parte, Roxin considera que los preceptos constitucionales son el exclusivo límite a la función legislativa. Por ello el bien jurídico que vincule penalmente sólo podrá "derivar" de los principios ahí consagrados; ¿la razón? un Estado de Derecho de tipo liberal¹⁴⁷.

VIII. LA FORMA DE LOS CÓDIGOS

Es deseable que los tipos penales se integren en el ordenamiento legal (código) de una manera sistematizada. Dentro de los códigos penales, las descripciones típicas se localizan en la parte denominada especial. Nuestro Código Penal Federal se compone de dos partes: la parte general (Libro Primero) y la parte especial (Libro Segundo). En la parte general de los códigos encontramos las disposiciones aplicables para todos los delitos sobre presupuestos y consecuencias de la conducta que se sanciona; se prevén figuras jurídicas tales como legítima defensa, error, tentativa, autoría y participación, y capacidad de culpabilidad; además de las

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 286.

¹⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 55-56.

penas y medidas de seguridad en particular¹⁴⁸.

Se puede afirmar, de acuerdo con Sergio García Ramírez, que la parte general de los códigos está constituida por las reglas generales sobre el delito, el delincuente, la ley y las consecuencias jurídicas del delito¹⁴⁹; en tanto que en la parte especial de los códigos se contempla la descripción de los delitos, es decir, los tipos penales, clasificados en atención al bien jurídico que tutelan¹⁵⁰ (aunque como veremos adelante, no siempre es así¹⁵¹), y las penas previstas para ese ilícito.

Si bien en la parte especial se contemplan las figuras delictivas, es decir, los delitos en particular, no se agotan ahí todos los tipos penales, existen además leyes especiales que prevén delitos en especial a los que son aplicables las reglas del Código Penal Federal, según dispone el artículo 6º de este mismo ordenamiento:

"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general".

En la última parte de este artículo se consagra el principio de especialidad del Derecho penal, por el que se resuelve la concurrencia de normas incompatibles entre sí. En virtud de este principio prevalecen las reglas de Derecho penal de la ley especial (cuando la misma las contemple) por encima de las del Código penal, solución que en ocasiones resulta perjudicial para el inculpado, ya que algunas

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 48.

¹⁴⁹ *Derecho penal, cit.*, p. 129.

¹⁵⁰ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal, op. cit.*, p. 129.

¹⁵¹ Respecto de la parte general y especial de los códigos cfr. también García Domínguez, Miguel Angel, *Los delitos especiales federales*, 1ª. ed., 1987, 1ª. reimp., 1991, México, Ed. Trillas, S. A. de C. V., p. 35 y Arz, Gunther, "B) La Parte Especial del Derecho Penal sustantivo", *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal, cit.*, pp. 83-84.

leyes especiales prevén sanciones o reglas generales mas severas que las estipuladas en el propio código punitivo. En este caso se plantea la interrogante sobre qué principio debe prevalecer: el principio de especialidad o el de *in dubio pro reo*¹⁵². Considero que debe prevalecer la segunda opción, sin embargo no hay duda, la ley establece que la norma especial excluye a la general.

Ahora bien, los delitos en particular, contemplados en la parte especial de los códigos penales, pueden ordenarse de acuerdo a variados criterios: uno de ellos, como ya lo referimos, es el que atiende al bien jurídico tutelado; este criterio es el que impera en la sistematización de los tipos penales. Se debe a Carrara haber establecido que el criterio que debería imperar en la clasificación de los tipos penales es el que atiende al bien jurídico, los demás criterios son, desde su punto de vista, inadecuados, arbitrarios o falaces, por lo que no deberían admitirse. "La variedad del derecho violado --verdadero criterio ontológico del ente jurídico-- es el único criterio exacto y seguro en la determinación de la cualidad de los delitos"¹⁵³.

En general --afirma Gunther Arzt--, los bienes jurídicos y por ende los delitos pueden clasificarse en dos grupos: *los bienes jurídicos individuales*, es decir, particulares (v. gr. vida, libertad, propiedad, patrimonio), que a su vez se subdividen en valores personales y valores materiales del individuo; y los *bienes jurídicos de la comunidad y del Estado*, que son los intereses públicos (v. gr. la seguridad del Estado, la administración de justicia y la administración pública)¹⁵⁴.

¹⁵² Una manifestación de este principio la encontramos en el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: "En caso de duda debe absolverse".

¹⁵³ Citado por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano, tomo I...*, cit., p. 287. Es evidente que Carrara, lo mismo que Feuerbach y Birnbaum, considera al bien jurídico como un derecho subjetivo.

¹⁵⁴ Se trata a todas luces, de una clasificación muy general, puesto que los bienes jurídicos pueden pertenecer a "una persona física, a un organismo colectivo con personalidad jurídica conforme al

Empero, esta clasificación tiene limitaciones que se manifiestan en los casos de entrecruzamiento de los bienes individuales y los de la comunidad, por ejemplo, cuando se analiza el medio ambiente como bien protegido, pues si bien la contaminación afecta la salud de las personas (bien individual), no se dirige en contra de un ofendido específicamente y se manifiesta como un peligro para la comunidad. Esta situación es característica de las sociedades organizadas, en la que generalmente la lesión de un bien jurídico individual repercute en la comunidad, el ejemplo clásico es el de una persona que conduce en estado de ebriedad y causa lesiones a un transeúnte, afectando por ello un bien individual, como es la integridad física de este último, y al mismo tiempo atenta en contra de la seguridad del tráfico, que es de interés público. Por ello se afirma que la clasificación genérica de bienes individuales y colectivos funciona sólo como consideración primaria¹⁵⁵.

Mas aún, no resulta tan fácil sistematizar las descripciones típicas, ya que si bien la clasificación de los bienes jurídicos particulares es relativamente sencilla, no sucede lo mismo tratándose de bienes jurídicos de la comunidad, que tienen la característica de ser difusos y que presentan conflicto al momento de determinar las diferencias entre "el Estado, la colectividad, los intereses y las instituciones públicas"¹⁵⁶.

Se suma a lo anterior el hecho de que existan especies delictivas que tutelan a la vez diversos bienes jurídicos¹⁵⁷, lo que también dificulta su sistematización. Este

Derecho público --Federación, entidad federativa, municipio, corporación-- o a un ente colectivo desprovisto de personalidad jurídica --familia, colectividad nacional o internacional--". Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano, tomo I...*, cit., pp. 233-234.

¹⁵⁵ Artz, "La Parte Especial...", *Introducción al Derecho penal...*, op. cit., pp. 87, 88 y 104.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 103.

¹⁵⁷ En atención a los bienes jurídicos que tutelan los tipos pueden ser simples (cuando tutelan un solo bien) o complejos (los que tutelan mas de uno). Cfr. Zaffaroni, *Manual...*, op. cit., p. 415.

problema se ha resuelto mediante una fórmula que toma en cuenta sólo el bien jurídico de mayor valor dentro de una jerarquía en la que, por ejemplo, el bien de la vida tiene mayor rango que el de la propiedad.

Otro criterio de clasificación es el que atiende a la gravedad de los delitos, aunque resulta lógico pensar que la "ordenación sistemática de acuerdo con el bien jurídico protegido proporciona una primera ordenación de los delitos conforme a su gravedad, pues cuanto más importante es un bien jurídico, mayor relevancia tiene su lesión, mayor es su grado de injusto y de culpabilidad y, en consecuencia, mayor es la pena con la que se conmina la conducta delictiva"¹⁵⁸. Este criterio ha dado lugar también a la separación entre delitos y faltas administrativas, pues mientras los primeros constituyen lesiones graves, las segundas se han separado del código penal en virtud de su levedad, lo que no significa que deban quedar sin castigo; sin embargo, para tal efecto no sería conveniente hacer uso de todo el aparato penal. Así se desprende de lo dispuesto por el artículo 21 de nuestra Carta Magna:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas".

Diferente criterio de ordenación se daría atendiendo a la manera en que se realiza la lesión al mismo bien jurídico, por ejemplo, la lesión o puesta en peligro de la vida se encuentra tipificada de diversas formas: homicidio, infanticidio, aborto, abandono de personas, etc; ello explica por qué en la parte especial del código existen mas delitos que bienes jurídicos protegidos y se pueden agrupar varios delitos bajo un solo rubro de determinado bien jurídico; así, en el capítulo de "los delitos en contra de las personas en su patrimonio" encontramos siete especies

delictivas (de aquí debemos exceptuar el despojo, que, claro está, no afecta la propiedad sino la posesión). Agreguemos, además, que el legislador echa mano de otros instrumentos para establecer las formas de las lesiones, éstos son las circunstancias agravantes o atenuantes que dan lugar a los tipos complementados cualificados (con pena agravada) o privilegiados (atenuados)¹⁵⁹.

La ordenación de los tipos penales en los códigos de acuerdo con el bien jurídico que protegen, permite apreciar cuáles son los bienes mayormente ponderados por cada Estado y con base en dicha apreciación conocer el sistema político de ese lugar en cierta época. También se puede deducir del análisis de un código "el régimen político, la rigidez o flexibilidad del control social, etcétera"; ello, en virtud de que los códigos penales son instrumentos de "control social en manos del poder público"¹⁶⁰.

Esta aseveración admite reservas, sobre todo para el caso de México. El Código Penal Federal nacional es un ordenamiento que surgió hace setenta años al que se le han ido adicionando, en virtud de las reformas, muy variadas expresiones de la cultura penal de casi todo un siglo, así como las "diversas expresiones vivas de la política criminal del país"¹⁶¹. Además, nuestro código nació falto de sistemática en la ordenación de tipos penales; nuestro legislador no se rigió por el criterio que atiende al bien jurídico tutelado, ni, al parecer, por algún otro criterio.

Prueba de ello encontramos al observar los nombres de los diversos títulos que

¹⁵⁸ Artz, "La parte especial...", *Introducción al Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 90 y Porte Petit, *Apuntamientos...*, *op. cit.*, pp. 356-357.

¹⁶⁰ Islas de González, "Valores éticos tutelados...", en García Ramírez (coord.), *Los valores...*, *op. cit.*, pp. 212 y 213. Señala Eugenio Raúl Zaffaroni que "el derecho penal es la instrumentación técnica de una política", *Manual...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶¹ Díaz de León, Marco Antonio, "La legislación penal de 1996", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo XLVII, núms. 213-214, mayo-agosto 1997, p. 346.

Integran el Código penal, pues se advierte que en algunos casos se denominan en función del bien jurídico tutelado ("Delitos contra la seguridad de la Nación"), en otros atendiendo a la acción ("Revelación de secretos..."), o a la calidad del sujeto activo ("Delitos cometidos por servidores públicos") y finalmente, atendiendo al sujeto pasivo ("Delitos contra la autoridad")¹⁶².

Debido a lo anterior, Jiménez Huerta señala: "Luces y sombras cubren el criterio típico del Libro Segundo del Código de México"; las luces, según afirma, están dadas por aquellos títulos que clasifican los delitos en atención al bien jurídico tutelado; las sombras, en sus propias palabras, "cubren de oscuridad oscilante aquellos títulos en los que se adoptan disímbolos criterios"¹⁶³.

Aún así, un Código penal es un buen orientador para conocer a las sociedades. Los tipos penales que integran los códigos, no son otra cosa que normas jurídicas que emanan de una decisión política con trascendencia penal, más aún, la selección del bien jurídico a tutelar en cada caso, señala la finalidad de la norma; el bien jurídico, por ello, es el componente teleológico. Claro está que una vez constituida la norma, no puede quedar sujeta a una decisión política, so pena de atentar contra el principio de legalidad. La decisión política otorga vida a la norma jurídica, es decir, "la norma es hija de la decisión política"¹⁶⁴.

En orden cronológico, encontramos que los primeros códigos iniciaban su tutela con el decálogo, lo que era propio de las sociedades religiosas. Posteriormente, este criterio fue sustituido por el que considera de mayor valor a los delitos contra

¹⁶² Cfr. Islas de González, "Valores éticos...", en *op. cit.*, p. 214.

¹⁶³ *Derecho penal mexicano, t. I...*, *op. cit.*, p. 294.

¹⁶⁴ Zaffaroni, *Manual...*, *op. cit.*, p. 88, cfr. también p. 89. De igual manera se pronuncia en su artículo "La reacción penal en el código penal tipo latinoamericano frente a la Convención Americana de derechos humanos y a las activas demandas de la política criminal continental",

el Estado, es el caso del Código Napoleón. Finalmente, ocuparon el primer lugar los delitos que van contra las personas¹⁶⁵.

Desde una óptica analítica, se aprecia que cuando en un código se describen en primer lugar los delitos que ofenden a la comunidad y finalmente los que atentan contra bienes jurídicos de particulares, se puede afirmar que éste pertenece a los de tipo liberal o autoritario¹⁶⁶. Si por el contrario, la tutela penal le otorga primacía a los bienes jurídicos individuales y no así a los bienes de la comunidad, estamos ante un Estado de corte democrático.

Estas aseveraciones son criticadas por Jiménez Huerta, pues afirma que la jerarquización hecha en un código que coloca en primer lugar a los bienes de la comunidad, atiende mas bien a un criterio cuantitativo, que supone que la vulneración de dichos bienes afecta a todos los individuos, o al menos a la mayoría o a la clase dominante; por ello casi no se relaciona este fenómeno con los lineamientos políticos o sociales que existan en cada Estado¹⁶⁷.

Lo cierto es que la tendencia actual se orienta a la exaltación del ser humano, considerado individualmente; por ello, el respeto a los derechos humanos existe como eje que debe regir todo acto de poder público. En consecuencia, la ideología actual que se fundamenta en esos derechos humanos, impone que la tutela penal de los códigos se inicie con la protección de los bienes que corresponden a los

Criminalia, año L, núms. 1-6, México, D. F., enero-junio 1984, Ed. Porrúa, S. A., p. 8.

¹⁶⁵ Cfr. Zaffaroni, *Manual...*, *op. cit.*, p. 414.

¹⁶⁶ Jiménez Huerta asegura que "la prelación contenida en la mayoría de los Códigos a favor de los llamados intereses estatales o colectivos, obedece más bien a una jerarquización cuantitativa de dichos intereses --se presupone que afectan a todos o, al menos, a la mayoría o clase dominante--, que poco tiene que ver con las directrices políticas y sociales imperantes en cada Estado". *Derecho penal mexicano, t. I...*, *op. cit.*, p. 288.

Individuos¹⁶⁸. La tutela que así se presentara, traería como beneficio la mayor vigencia de esos bienes jurídicos, puesto que se encuentran mas próximos a los derechos naturales del individuo y de la sociedad; es ésta la opinión de Maurach, en cita de Jiménez Huerta¹⁶⁹.

Siguiendo este contexto, considero que la ordenación de delitos en el Código penal debería ser la que sugiere Sergio García Ramírez y que se inicia por contemplar los delitos que atenten contra el ser humano, posteriormente, los que vayan en contra de la familia, núcleo social fundamental, para después prever aquellos que atañen al Estado, y por último, los que vulneren a la humanidad y a la organización internacional¹⁷⁰.

También es ésta la opinión de Olga Islas, quien realiza una ordenación de los bienes jurídicos, mediante la reflexión que se transcribe a continuación, con el propósito de no variar su contenido:

"...parece necesario que la parte especial inicie con todos aquellos delitos que afectan directa e inmediatamente los bienes de los seres humanos individualmente considerados.

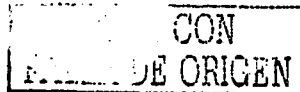
Por otra parte, los bienes que merecen protección penal por su trascendencia en el ámbito social, tienen su origen en los bienes de los individuos. En otras palabras: genéticamente, los bienes directamente conectados con los individuos se proyectan a su entorno y surgen así los bienes propios de la familia, a los cuales habrá que brindarles protección en segundo lugar. La familia, a su vez, logra plena realización en el contexto de una sociedad; por tal razón, serán los bienes de la sociedad los que ocupen el tercer lugar dentro de la organización de la parte especial de un código penal. En este orden de ideas, en una sociedad organizada de acuerdo con los

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ Cfr. Islas, "Valores...", en *op. cit.*, p. 213.

¹⁶⁹ *Derecho penal mexicano, t. I...*, *op. cit.*, p. 232. Sin embargo, como acertadamente lo manifiesta Zaffaroni, el fenómeno tecnocrático amenaza el respeto a los derechos humanos, refiriéndose específicamente al fenómeno americano, en donde se ponen en peligro la autonomía ética y la propia existencia física del hombre, pues "la tecnocracia es la apología del avance tecnológico sin miramiento alguno a la dignidad del hombre, víctima de sus propias obras". "La reacción penal...", *Criminalia, rev. cit.*, pp. 8-9.

¹⁷⁰ *Derecho penal, cit.*, p. 130.



postulados democráticos, el poder público dimana del pueblo soberano; en consecuencia, es ineludible ubicar en el cuarto apartado de la parte especial los delitos que afectan los bienes pertenecientes al pueblo soberano. Como final de esta estructura, debe incluirse el rubro dedicado a los delitos contra la humanidad¹⁷¹.

La autora citada puntualiza, asimismo, que dentro de cada apartado las especies delictivas deberán ordenarse en atención al valor de cada bien jurídico que tutelen, desde el bien más valioso hasta el menos importante. Para ello, antes de sistematizar los tipos penales debe realizarse una jerarquización de los bienes que permita determinar cuales tienen más valor. Sin embargo --lamenta la autora-- el legislador no sigue ni estas directrices ni otras que pudieran aceptarse razonablemente¹⁷².

Efectivamente, el legislador originario de nuestro código no adoptó criterio alguno en la ordenación de los tipos penales, sin embargo, algunas reformas han tratado de reordenarlos atendiendo a la familia delictiva a la que pertenecen (así, el delito de rapto, que estuviera incluido dentro de los delitos sexuales y que actualmente se encuentra en el grupo de los que afectan la libertad de las personas)¹⁷³.

Desde su publicación en 1931, nuestro código adoptó la estructura del código Napoleón y colocó de una manera inicial a los delitos que atacan bienes del Estado, para incluir al último los que atacan el patrimonio (bienes del individuo)¹⁷⁴. Empero, no por ello podemos afirmar que se trata de un código autoritario, más bien, como acertadamente se ha sostenido, nuestro código es el resultado de una política posrevolucionaria que deja ver el intervencionismo que imperaba en la

¹⁷¹ "Valores éticos...", en *op. cit.*, p. 213.

¹⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 214.

¹⁷³ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal, cit.*, p. 130.

¹⁷⁴ Hago este señalamiento sin perjuicio de lo que más adelante pronunciaré de la específica tutela penal del código.

época en que vio la luz¹⁷⁵; a este factor se suman, como ya lo señalamos, las expresiones de la cultura penal de casi todo un siglo.

IX. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO

1. Escuelas jurídico-penales

Ya que nos referimos a los antecedentes históricos de nuestro código punitivo, es necesario hablar de las escuelas jurídico-penales, cuyos postulados --sólo algunos--, han sido incluidos en este código. Señalemos desde ahora, sin perjuicio de abordar el tema con más detalle, que en general han sido dos las escuelas jurídico-penales que influyeron en nuestros ordenamientos represivos. Nuestro primer código penal, de 1871 adoptó una postura clásica; el segundo, de 1929, se considera totalmente positivista, y finalmente, el código de 1931, que se encuentra vigente hasta nuestros días --después de múltiples reformas, claro está--, adoptó un criterio ecléctico (de ambas escuelas).

Porte Petit, al realizar el estudio de las escuelas jurídico-penales, señala que éstas son la clásica, la positiva, la neopositivista y la tercera escuela (también denominada escuela crítica ó escuela del positivismo crítico); hace la aclaración de que la neopositivista en realidad nunca existió, sólo fue una depuración científica del positivismo, en tanto que la tercera escuela es una recopilación de principios de la escuela clásica y la positiva, por lo que más constituye una postura ecléctica¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal*, cit., p. 130.

¹⁷⁶ Cfr. *Apuntamientos...*, op. cit., pp. 33-42.

También se han enumerado, como escuelas jurídico-penales, a la joven escuela (escuela penal del pragmatismo) y a la defensa social, "como punto de unión actual"¹⁷⁷.

Se estudian enseguida los rasgos característicos de las Escuelas Clásica y Positiva, por ser las de mejor integración, pues cada una constituye un esquema, no sólo una tendencia, implican, en lo individual, un bloque monolítico en donde cada principio trae como consecuencia otro, llegando a construir una estructura que difícilmente se puede desintegrar.

A. Escuela clásica

Ambas escuelas nacieron en Italia, pero la primera en aparecer fue la clásica, que surgió a partir de la obra de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, y concluyó con Carrara y su *Programa de Derecho criminal*. Nace como una protesta enderezada contra las brutalidades e injusticias presentadas hasta antes de Beccaria. Cabe advertir que bajo el nombre de clásica no se encuentra un grupo unificado de autores y teorías, y que, de hecho, algunos de los integrantes de esta escuela no sabían que se les incluiría en una escuela que posteriormente fue bautizada por Carrara como clásica¹⁷⁸. Es más, muchas de las teorías que la integran cuentan con postulados contrarios y grandes diferencias, pero se han podido agrupar bajo una misma escuela mediante la extracción de sus caracteres básicos.

¹⁷⁷ Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1998, p. 234.

¹⁷⁸ También se ha sostenido que quien le dió ese nombre a esta escuela fué Enrico Ferri. Cfr. *idem*.

Como representantes de esta escuela figuran el mencionado Beccaria, Bentham, Rossi, Carmignani, Rosmini y Carrara, considerado este último como el "máximo escritor clasico"¹⁷⁹. En general, los postulados básicos de esta escuela¹⁸⁰ son:

a) Un método lógico abstracto, deductivo, apriorístico; es decir, el método jurídico. La gran diferencia entre las dos escuelas radica en el método;

b) El estudio del delito ya no sólo como hecho, sino como un ente jurídico; no es una acción sino una infracción. Con el método lógico-abstracto se construye una sorprendente anatomía jurídica del delito y una sistematización simétrica de las normas represivas;

c) La responsabilidad moral. Esta escuela admite la existencia del libre albedrío (el hombre puede elegir entre el camino del bien o el del mal), por lo que sólo los moralmente responsables pueden ser sujetos de Derecho penal, excluyéndose en consecuencia a los menores y a los enajenados mentales;

d) La pena se considera como retribución; el mal causado se paga con otro mal; además, tiene efectos intimidatorios. La pena debe ser proporcional al daño causado, aflictiva, determinada, cierta, ejemplar y debe tener los requisitos de publicidad, certeza, prontitud, fraccionabilidad y reparabilidad; por lo que hace a la ejecución, debe ser inmutable, improrrogable y correctiva;

e) Se parte de un respeto absoluto al principio de legalidad: *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege y nulla poena sine crimen*;

f) Se ocupa de estudiar más al delito que al delincuente, y en ello difiere de la escuela positiva, que se ocupa básicamente del delincuente. Estudia al ente jurídico, que es el hecho objetivo, no al hecho subjetivo, que es el delincuente.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 236.

¹⁸⁰ Al respecto cfr. Porte Petit, *Apuntamientos...*, *op. cit.*, pp. 34-36; Rodríguez Manzanera, *Criminología*, *op. cit.*, pp. 237-238 y Sodi, Demetrio, *Nuestra ley penal (Estudios prácticos y comentarios sobre el Código del Distrito Federal de 10. de abril de 1872)*, México, ...Anz. y comp., Impresores, 1905, pp. 21-28.

B. Escuela positiva

La escuela positiva tiene como principales exponentes a Lombroso, de corriente antropológica, a Ferri, de orientación sociológica, y a Garófalo, de orientación jurídica; sin que esta enunciación agote la lista de los autores que la integraron. A diferencia de la escuela clásica, la positiva tuvo una existencia real traducida en un grupo unificado integrado por médicos, juristas y sociólogos que hicieron de Lombroso su jefe y de sus conocimientos su doctrina. Contemplaron al delito como un hecho natural con consecuencias jurídicas, y tuvieron los siguientes postulados básicos¹⁸¹:

- a) Se utiliza el método galileano, denominado también experimental, inductivo y positivo, de donde la escuela toma su nombre¹⁸²;
- b) En virtud de que se estudia al delito como un fenómeno natural, la atención principal se dirige a quien comete este delito, el hombre delincuente, e incluso se admite la existencia de "tipos criminales", es decir, criminales que en virtud de sus características orgánicas y psíquicas constituyen una categoría especial en la especie humana. Esta idea se desarrolla con base en la clasificación que elabora Lombroso en *El hombre delincuente*;
- c) La responsabilidad se funda en el determinismo, y de aquí surge una responsabilidad social, por la que un hombre es responsable por el solo hecho de vivir en sociedad. Al desconocer la responsabilidad moral los positivistas consideran sujetos con capacidad de culpabilidad a todos los individuos por el hecho de que viven en sociedad, incluyendo a los menores y enajenados. El libre albedrío no existe; los factores intrínsecos y extrínsecos determinan al sujeto a delinquir;
- d) Las sanciones tienen como medida la defensa social y la peligrosidad del delincuente. La sanción tiene carácter positivo, ante lo negativo de la ofensa

¹⁸¹ Cfr. *Idem*.

¹⁸² No es éste el parecer de Luis Rodríguez, quien sostiene que esta escuela encuentra en Comte sus bases filosóficas (positivismo) y las científicas en Darwin. Cfr. *Criminología, op. cit.*, p. 241.

que realiza el delincuente. Asimismo, al incluir dentro de las sanciones a las medidas de seguridad que atienden únicamente a la peligrosidad del sujeto, aun cuando no haya delinquido, se aniquila el principio de legalidad; algunos positivistas extremistas pugnan, incluso, por la desaparición de códigos, leyes y jueces y su consecuente sustitución por médicos y antropólogos;

e) Las sanciones no serán aflictivas ni retributivas, y pueden ser indeterminadas (en el caso de las medidas de seguridad). La pena, por su parte, deja de tener las características de certeza, determinación, inmutabilidad e improrrogabilidad.

Dentro de esta escuela, los sustitutivos penales adquieren mayor importancia que las penas, que han demostrado su ineficacia.

Se ha aseverado que nada queda del positivismo, y que lo único que resta refleja solamente alguna tendencia, ya no una escuela. Sin embargo, Jiménez de Asúa destaca las dos ventajas que aportó esta escuela, y que son: haber atacado el racionalismo excesivo de las normas jurídicas, dotándolas de un matiz de realidad, y la creación de la criminología: "una ciencia a la que pertenece el porvenir"¹⁸³.

Con fundamento en el esbozo hecho antes, veamos la regulación punitiva que ha existido en México.

2. Antecedentes legislativos del Código Penal

A. Época prehispánica

En México no hubo códigos sino hasta avanzado el siglo XIX. En la etapa prehispánica, nuestro país estaba dividido en reinos y señoríos, por lo que la legislación existente se encontraba dispersa y se caracterizaba por muy severa.

¹⁸³ *Tratado de Derecho penal*, 2a. ed., Buenos Aires, II, pp. 83-84, citado por Porte Petit,

Existía en materia punitiva la ordenanza penal de Texcoco, que se atribuye al mandato de Netzahualcóyotl; sin embargo, se asevera que ningún ordenamiento de esta etapa ha tenido influencia sobre nuestro moderno Derecho, aunque sí la tuvo en materia de interpretación y aplicación, así como en el gobierno de la conducta; el Derecho precortesiano "esparció en el espíritu lo que no quedó recogido en el precepto"¹⁸⁴.

B. Época colonial

Durante la Colonia como es bien sabido, rigió el Derecho indiano¹⁸⁵ conformado por los ordenamientos generales españoles y la regulación creada para los dominios ultramarinos; la legislación fundamental que integraba este Derecho fue la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias. Los ordenamientos aplicados fueron --a decir de Emma Mendoza-- el Fuero Real, las Partidas de Alfonso el sabio, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes del Toro, la Nueva Recopilación, la Novísima Recopilación y las Siete Partidas¹⁸⁶, la séptima de éstas se ocupa de la materia criminal. Finalmente, la Constitución Política de la Monarquía Española, expedida en Cádiz, contaba con un título V denominado "De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal"¹⁸⁷. Empero, se dice que durante esta etapa el Derecho fue sobre

Apuntamientos..., *op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁴ García Ramírez, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁸⁵ De acuerdo con García-Gallo, en cita de Victor Tau Anzoategui, el Derecho Indiano "criollo" estaba conformado con las disposiciones emanadas del Consejo de Indias, y las normas expedidas en América por audiencias, virreyes, gobernadores, cabildos, y las costumbres, prácticas y estilos locales. *¿Qué fue el derecho indiano?*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, monografías jurídicas 148, p. 35. Asimismo, "las normas dadas para las Indias se referían especialmente a la ordenación política y administrativa, pues en lo relativo al derecho civil, penal y procesal predominaron los preceptos castellanos, extendidos al Nuevo Mundo". *Ibidem*, p. 51.

¹⁸⁶ *Derecho penitenciario*, México, Mc.Graw-Hill, 1998, p. 172.

¹⁸⁷ García Ramírez, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 3.

todo jurisprudencial y que la justicia llegó a la individualización de la pena¹⁸⁸.

C. Época independiente

A partir de la Independencia de México, las ocupaciones del país estuvieron en gran medida referidas a la organización política, por lo que siguieron imperando las antiguas normas civiles y penales en lo que no se opusieran a las leyes posteriores y no hubiesen sido expresamente derogadas. El orden de aplicación de esos antiguos ordenamientos fue el siguiente: en primer término se aplicaban las disposiciones de los Congresos mexicanos, después los decretos de las Cortes de España, luego, las cédulas y órdenes de expedición posterior a la Novísima Recopilación, enseguida, las Ordenanzas de Intendentes, la Recopilación de Indias, la Novísima Recopilación y el Fuero Real, y por último, las Siete Partidas¹⁸⁹.

a) El Código penal de 1871

Como se puede observar, no existía un solo ordenamiento sistematizado de leyes punitivas, por el contrario, en virtud de la aplicación de tantas leyes prevaecía un "caos legislativo". Fue hasta el 7 de diciembre de 1871 que se promulgó el primer Código penal federal en México (también aplicable en el Distrito Federal)¹⁹⁰. Se

¹⁸⁸ Mendoza, *op. cit.*, p. 169.

¹⁸⁹ Cfr. Roa Bárcena, Rafael, *Manual razonado de práctica criminal y médico-legal forense mexicana*, 1860, citado en García Ramírez, *Derecho penal, op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁰ Los antecedentes remotos de este código son el Bosquejo o Plan General de Código Penal para el Estado de México de 1831, que incluye primero a los delitos contra la sociedad y después a aquéllos contra los particulares; el primer código penal mexicano que fué el de Veracruz, de 1835, constituido por tres partes en el orden siguiente: "De las penas y de los delitos en general", "De los delitos contra la sociedad" y "De los delitos contra los particulares"; así como los proyectos de código penal y de procedimientos para Veracruz elaborados por Fernando Corona, vigentes a partir de 1869. Cfr. Porte Petit, *Apuntamientos...*, *op. cit.*, pp. 3-4.

consideró a este código un plausible trabajo legislativo adelantado a su época¹⁹¹. Éste, se apega a las ideas europeas y a sus codificaciones, excluyendo por tanto, cualquier influencia indígena y haciendo de lado las legislaciones que constituían el Derecho indiano, esto último como rechazo a todo aquello que recordara la dominación española¹⁹².

La Comisión que elaboró el código se integró en 1861 por órdenes del Presidente de la República, licenciado Benito Juárez. El Ministro de Justicia, Jesús Terán, hizo los primeros nombramientos. Los integrantes de la Comisión fueron los licenciados Urbano Fonseca, Antonio Martínez de Castro, Manuel María Zamacona, José María Herrera y Zavala y Carlos María Saavedra. Correspondió al nuevo Ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, reorganizar la Comisión; quedaron como integrantes los licenciados Antonio Martínez de Castro, Manuel M. Zamacona, José Ma. Lafragua, Eulallo M. Ortega e Indalecio Sánchez Gavito, siendo el primero de los mencionados presidente de la Comisión, y el último, secretario.

Respecto de esta labor, se editaron las Actas de la Comisión, que incluyen las sesiones celebradas desde el 5 de octubre de 1868 hasta el 20 de diciembre de 1869¹⁹³. Correspondió a Martínez de Castro redactar la Exposición de Motivos, que fue presentada el 15 de marzo de 1871, y que ha sido catalogada como "estupenda"¹⁹⁴. También en ese sentido se han enderezado los comentarios al código; así, el de Demetrio Sodi, quien dijo: "Nuestro código de 1872 se ha reconocido como una verdadera maravilla, como una obra perfecta que estaba

¹⁹¹ Cfr. Acosta y Betancourt, *Delitos especiales*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹² Islas de González, "Valores éticos...", en *op. cit.*, p. 208.

¹⁹³ Cfr. Actas de la Comisión del Código penal, s/a, México, Impresión de Lito-gráficas hacienda, s/f.

¹⁹⁴ García Ramírez, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 5.

prohibido tocar y que se ensalzaba en todos los tonos"¹⁹⁵. Por su parte, José María Lozano señaló en su momento que ese código "ha venido a sustituir ventajosamente á la arbitrariedad, porque era hace poco el arbitrio de los jueces casi la única norma á que se sujetaba la aplicación de las penas, sistema esencialmente vicioso, y que demandaba con exigencia la reforma de una legislación caída en desuso y reprobada por el sentimiento público, por las costumbres, por las ideas dominantes de la época y por el espíritu de las instituciones de la República", y agregó que de la comparación de nuestro código con los códigos extranjeros se pone de manifiesto "la excelencia de nuestra ley penal que ha elevado esta parte de nuestra legislación patria á la altura de los principios que la ilustración y la humanidad consagran como fundamentales de esta parte interesante del derecho público"¹⁹⁶.

El Código de 1871, ha sido considerado como un "documento de orientación clásica, influido levemente por un espíritu positivo" al incluir medidas correccionales, de seguridad, libertad preparatoria y retención¹⁹⁷.

El código Incluye en su articulado el principio de legalidad, derivado del texto del artículo 14 de la Constitución de 1857, que prohibía la expedición de leyes retroactivas e incluía el principio de legalidad penal. Por ello el artículo 182 del código que se comenta, estableció una fórmula que más tarde se consagraría en la Constitución de 1917; estipuló: "Se prohíbe imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en una ley exactamente

¹⁹⁵ *Nuestra ley penal. Estudios prácticos y comentarios sobre el Código del Distrito Federal del 1o. de abril de 1872*, México, (no es legible el pie de imprenta), 1905, p. 28.

¹⁹⁶ *Derecho penal comparado o el Código penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Concordado y comentado por el Lic. José María Lozano*, México, Imprenta del Comercio, de Nabor Chávez, 1874, p. 8.

¹⁹⁷ Porte Petit, *Apuntamientos...*, *op. cit.*, p. 41. De la misma opinión es Islas de González, cfr. "Valores éticos...", en *op. cit.*, pp. 208-209.

aplicable al delito de que se trate, anterior a él y vigente cuando éste se cometa¹⁹⁸.

El código analizado consideró al delito, según lo disponía su artículo 4º, como la "Infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda". Este concepto fue calificado de enteramente vago, porque si la ley es la que deba prohibir lo que implique la ruptura del orden, entonces esta definición nos coloca en la "Ignorancia más completa de lo que forma la esencia, la naturaleza íntima de lo que constituye la infracción que la ley castiga con una pena"¹⁹⁹.

Por lo que hace a su estructura, se encontraba dividido en cuatro libros, el primero se refirió a los delitos, faltas, delincuentes y penas en general; el segundo relativo a la responsabilidad civil en materia criminal; el libro tercero se destinó a los delitos en particular; y el cuarto a las faltas. Respecto de la específica tutela penal, consagrada en el libro tercero, se incluyó primero a los delitos contra la propiedad, después a los delitos contra las personas cometidos por particulares, luego a los delitos contra la reputación, enseguida a la falsedad, revelación de secretos, delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, delitos contra la salud pública, contra el orden público, contra la seguridad pública, atentados contra las garantías constitucionales, los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, los que cometen los abogados y síndicos de concurso, los delitos que agreden la seguridad exterior de la Nación, los que van en contra de la seguridad interior y, finalmente, los delitos contra el Derecho de gentes²⁰⁰.

¹⁹⁸ Citado en García Ramírez, *Derecho penal, op. cit.*, p. 5.

¹⁹⁹ Sodi, *Nuestra ley penal...*, *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁰ Cfr. Lozano, *Derecho penal comparado...*, *op. cit.*, p. 5, y García Ramírez, *Derecho penal, op. cit.*, p. 6.

Este tipo de ordenación se entiende como característica de un Estado democrático de corte liberal, puesto que la tutela otorga mayor importancia a los bienes jurídicos de los particulares que a los del Estado. Dicha ordenación resulta lógica en virtud de la etapa en la que fue creado el código, que era fundamentalmente humanista (escuela clásica). Empero, este código tampoco adopta una sistematización en atención al bien jurídico, lo que no le resta el mérito de haber sido el primer Código penal federal que resolvió la dispersión legislativa penal que existía.

b) Proyecto de Código penal de 1912

Ya que las instituciones y organización estatal evolucionan, quizá a la misma velocidad que las sociedades, se hizo necesario revisar el Código penal de 1871, con la finalidad de perfeccionar dicho ordenamiento. Por ello la Secretaría de Justicia envió una circular a todos los magistrados, jueces, agentes del Ministerio Público y defensores de oficio, convocándolos para que emitieran su opinión respecto de las reformas que consideraran necesarias, pues era a ellos a quien correspondía la aplicación e interpretación de ese ordenamiento, hecho aunado a que bien podían apreciar los errores o problemas que planteara el código. La misma Secretaría designó en 1903 a los integrantes de la Comisión revisora, quienes en un principio fueron Miguel S. Macedo, Manuel Olivera Toro y Victoriano Pimentel. Posteriormente se integrarían a esta Comisión Joaquín Clausel, Jesús M. Aguilar, Gilberto Trujillo, Julio García, Juan Pérez de León, Manuel A. Mercado, Manuel Castelazo Fuentes, Carlos Trejo y Lerdo de Tejada y Emilio Monroy.

La Comisión comenzó a reunirse en 1903 y se dio a la tarea de analizar las opiniones recibidas, así como algunos códigos penales extranjeros: los de Italia y

Argentina, y el anteproyecto suizo. El índice quedaría integrado hasta 1904, y el 11 de junio de 1912 se celebraría la última de las sesiones²⁰¹. Lamentablemente, este proyecto nunca tuvo vigencia debido a que las condiciones políticas del país no lo permitieron; aún así, se publicaron los trabajos de revisión en cuatro tomos que incluyeron las opiniones de los magistrados, jueces, agentes del Ministerio Público y defensores de oficio; los estudios y anteproyectos; las actas de las sesiones e informes rendidos a la Secretaría de Justicia; así como el texto del Proyecto de Reformas y la Exposición de Motivos, en el último tomo²⁰².

No se debe restar importancia a este proyecto, que resaltó la labor de la criminología y de las ciencias penales de finales de siglo. De las opiniones recibidas por la Secretaría de Justicia podemos notar la tendencia a alejarse del clasicismo y adoptar el positivismo²⁰³; sin embargo, la Comisión revisora señaló en la Exposición de Motivos su intención de respetar los principios generales del código de 1871, e incluir solamente los elementos que fueran exigencia del estado social. Interesa para nuestro estudio apreciar la intención que tuvo la Comisión de extender la tutela penal hacia nuevos bienes jurídicos; por ello la propuesta hecha en el anteproyecto incluye la protección hacia la propiedad de la energía eléctrica, los teléfonos y su uso²⁰⁴.

²⁰¹ Cfr. "Reseña cronológica de la organización y de los trabajos de la Comisión revisora del Código penal", *Trabajos de revisión del Código Penal. Proyecto de reformas y exposición de motivos*, Secretaría de Justicia, Comisión revisora del Código penal, México, Tip. de la oficina Impresora de estampillas, Palacio Nacional, 1912.

²⁰² Cfr. Porte Petit, *Apuntamientos...*, *op. cit.*, p. 48.

²⁰³ Cfr. *Trabajos de revisión...*, *op. cit.*, pp. 5, 44, 61-63, 80 y 162.

²⁰⁴ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 6.

c) El Código penal de 1929

En 1929 se expidió un nuevo Código penal. La Comisión redactora, en su etapa inicial, estuvo conformada por los licenciados Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza y Castañeda; en la segunda etapa, que fue la más importante, estuvo integrada por José Almaraz, Ramírez Arriaga, Ramos Pedraza, Enrique C. Gudíño y Manuel Ramos Estrada. La labor terminó antes del 30 de septiembre de 1929, fecha de la promulgación del código, cuya vigencia se inició el 15 de diciembre. La exposición de motivos fue publicada hasta junio de 1931 por José Almaraz, fundamentalmente, como respuesta a las críticas de que fue objeto el código.

Desde su nacimiento, este código adoptó una orientación positivista; así se dijo en la Exposición de Motivos²⁰⁵, situación que, en opinión de Olga Islas, "determinó su propia vigencia efímera de menos de dos años"²⁰⁶.

En efecto, argumentó Almaraz que la escuela clásica había decaído, por lo que ya no se podría construir sobre su base la estructura de la legislación penal; más aún --continuó--, una consecuencia de aplicar las penas sobre las bases de la escuela clásica ha sido que se hayan incubado "criminales profesionales, los reincidentes aumenten cada día y la delincuencia, en vez de disminuir, se presente con caracteres pavorosos". También realiza una crítica al código penal de 1871; éste, afirma, fue copiado del código español, "hasta sus faltas gramaticales copia".

²⁰⁵ Ahí se afirmó: "La Comisión acordó presentar un Proyecto fundado en la Escuela positiva. Esta escuela basa el jus puniendi en la reacción del grupo social que defiende (hecho material) y considera el delito como un producto natural que no nace del libre albedrío, sino de factores físicos, antropológicos y sociales.- La escuela positiva rechaza los fundamentos apriorísticos de los clásicos y aplica a la ciencia penal un nuevo método: el de experimentación y observación. Mediante éste, investiga la génesis del delito". P. 18.

²⁰⁶ "Valores éticos...", en *op. cit.*, p. 209.

Alude al delito, señalando la necesidad de una lesión jurídica, cuya gravedad resultará de valorar las características del acto y la trascendencia de sus consecuencias; la lesión jurídica servirá para determinar el grado de peligrosidad social del individuo y, a su vez, la graduación de la sanción; puntualiza que "el solo hecho material no puede ni debe ser decisivo para la justicia penal".

El código penal de 1929, a pesar de haber tenido vigencia, fue solo retórica; los sueños de los juristas de esa época no llegaron a ser realidad. Lo que no se tomó en cuenta fue la realidad nacional²⁰⁷. Las fallas de carácter técnico que contenía el código²⁰⁸, así como su contradicción con las leyes y procedimientos complementarios, que trajo serios problemas de aplicación, los que saltaron a la vista desde los primeros tres meses de vigencia del código. Así lo manifestó José Ángel Ceniceros, destacando que era imposible aplicar el código por falta de elementos técnicos y económicos. Endereza este autor severas críticas en contra de dicho ordenamiento, entre ellas le reprocha el haberse olvidado de la justicia de paz y de la defensa pública y haber destruido lo que hasta en ese momento se había desarrollado respecto del Tribunal para Menores del Distrito Federal²⁰⁹.

La estructura del código de 1929 estaba constituida por tres libros: el primero, dedicado a los principios generales, reglas sobre responsabilidad y sanciones; el segundo, a la reparación del daño; y el tercero, a las especies delictivas. Este último libro adopta una ordenación de los tipos penales radicalmente diferente de

²⁰⁷ Señala José Ángel Ceniceros que "la estructura y la dinámica de esta ley, no se alterarían en un ápice si se suprimieran esos principios de exterior modernidad, ajenos a su real economía, como postizos que se colocan con poco acierto en una obra vetusta y que contrastan con su técnica arcaica a manera de afeites en rostros ajados". *El nuevo código penal de 13 de agosto de 1931 en relación con los de 7 de diciembre de 1871 y 15 de diciembre de 1929*, México, Talleres Gráficos de la Nación-Tolsa y Enrico Martínez, 1931, p. 18.

²⁰⁸ "Hasta sus errores de redacción", señala Porte Petit, *Apuntamientos...*, op. cit., p. 49.

la que adoptó el código de 1871, pues sus tres primeros títulos protegen la seguridad exterior de la nación, la seguridad interior de la misma, y el Derecho internacional. Los delitos contra la vida, en cambio, se incluyen en el título decimoséptimo²¹⁰.

A simple vista, parecería que se trata de un código que rigió en una sociedad autoritaria, en un Estado totalitario; lo cual no es cierto; en realidad, la intención del legislador de 1929 fue adoptar una postura moderna, positivista, que no estaba de acuerdo con los postulados democráticos liberales de nuestro Estado; esto explica, sobradamente, su corta vida.

Destaquemos, desde una óptica personal, que el enfoque dado a las posturas de la escuela positivista estuvo mal canalizado, pues al tratarse de una escuela que se ocupa más que del delito, del delincuente, no podía establecer de manera sólida la parte especial del código penal. En cambio, muy útil resultaba para establecer los principios de la ejecución penal o de la propia individualización de la pena, en los que deben tomarse en cuenta tanto el estudio de la personalidad del delincuente y su readaptación, como los factores que determinaron al individuo a delinquir.

Aun así, considero que previamente a la adopción de corrientes extranjeras, debería realizarse un procedimiento por el cual se estudiaran las características sociales, políticas y económicas del país, comparándolas con las propias del Estado del que se "importa" la tendencia, para determinar si los instrumentos de que hace uso esa Nación se adecuan a las necesidades nacionales. De ser así, plausible será la reforma que adopte esos principios extranjeros, de lo contrario se debe tomar en cuenta sólo como referencia de Derecho comparado.

²⁰⁹ Cfr. *El nuevo código...*, *op. cit.*, pp. 79-81.

²¹⁰ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 7-8.

Lamentablemente, no sucedió así con el código de 1929; no se contemplaban ahí instrumentos acordes con nuestra realidad. Este tropiezo de 1929, reflejado en la legislación penal, llevó a una revisión del código punitivo que culminaría con la promulgación del código de 1931, que se estudia en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TUTELA PENAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1931

I. ANTECEDENTES

El código de 1931, que actualmente nos rige en el ámbito federal, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto, y tuvo vigencia a partir del 17 de septiembre de ese mismo año, fecha en que quedó abrogado el Código penal de 1929 (artículo segundo transitorio). Debo destacar que a pesar de que el código vigente en nuestro días es el de 1931, éste es muy diferente a su publicación original, y que a pesar de que no ha sido sustituido, ha atravesado por un sinnúmero de reformas que lo hacen otro código.

La Comisión redactora se integró por los licenciados José López Lira, José Ángel Ceniceros, Luis Garrido, Alfonso Teja Zabre, Carlos L. Ángeles y Ernesto Garza; aunque también colaboraron en la revisión y redacción los licenciados Macedonio Uribe, José M. Ortiz Tirado, Alberto R. Vela, Francisco González de la Vega y Emilio Pardo Aspe¹. En este tiempo el Presidente de la República lo era el ingeniero Pascual Ortiz Rubio.

El nombre original del código de 1931 fue: "Código penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal"², durante la época en la que se presentaba una lucha entre posturas liberales y arbitrarias (clásicas o humanitarias y positivistas) en toda Latinoamérica; es por ello que este código, al igual que varios códigos

¹ Cfr. Ceniceros, *Un discurso...*, op. cit., p. 8 y Porte Petit, *Apuntamientos...*, op. cit., pp. 48, 50-51.

² Recordemos que nuestra Constitución Política, que regía desde 1917 "señaló como entidades federativas, a 28 Estados y 2 Territorios, además del Distrito Federal". González de la Vega, René, *Derecho penal electoral*, México, Editorial Porrúa, 1991, p. 75.

latinoamericanos nacidos en la primera mitad del siglo veinte, se vi influenciado por los efectos de esta lucha³. Este código, que es el vigente (aunque ya muy distinto a su publicación original), a diferencia de sus sucesores (los de 1871 y el del 1929) no adopta una corriente específica, más bien pretende ser pragmático a partir de una realidad mexicana. De ahí que en algunos artículos se observa la tendencia clásica (como en el artículo 7º), mientras que en otros, sobre todo los que aludieron a temibilidad o peligrosidad y a función prevencionista, se observan los efectos de la corriente positivista⁴. De esta manera lo consideró la propia Comisión redactora del código, y en palabras de Teja Zabre se estipuló:

"ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica o realizable"⁵.

El código al que aludimos se redactó con un espíritu humanista que tomó al hombre como eje de la situación penal, lo que ha contribuido a su supervivencia, ya que a medida que evolucionan las sociedades mayor es el número de instituciones que tienen como base de organización los valores humanos⁶. Este fenómeno adquiere relevancia sobre todo después de la segunda guerra mundial, en la década de los cincuentas, pues el abuso del Derecho y específicamente del Derecho penal, así como el horror que causaban ciertas barbaries dirigidas hacia grupos enteros de personas (torturas, masacres, desapariciones, etc.) despertaron como reacción un sentimiento humanitario iniciado en los países europeos, pero

³ Cfr. Moreno Hernández, Moisés, "Presente y futuro de la legislación penal (Una visión de conjunto)", *Hacia el Derecho penal del nuevo milenio*, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México, 1993, p. 225.

⁴ Cfr. Islas de González, "Valores éticos...", *op. cit.*, p. 209.

⁵ Citado por García Ramírez en *Derecho penal, op. cit.*, p. 9.

⁶ Cfr. Ceniceros, José Angel, *Un discurso sobre el Código penal de 1931. Bosquejo de una sociología de la delincuencia*, México, Editorial La Justicia, 1977, p. 21.

con repercusiones en los latinoamericanos. Se buscó un sistema penal que sirviera como instrumento de resocialización, antes que instrumento de castigo⁷.

Efectivamente, así lo manifestó José Ángel Ceniceros. Ceniceros fue uno de los integrantes de la Comisión redactora de nuestro código, y al respecto sostuvo:

La fórmula: 'No hay delitos, sino delincuentes', debe complementarse así: 'no hay delincuentes, sino hombres'. El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples, es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es una mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, et., (sic), pero fundamentalmente, por la necesidad de conservar el orden social⁸.

Una vez finalizado el proyecto se recabó la opinión de los jueces, abogados, defensores de oficio y agrupaciones de juristas, de los que provinieron algunas reformas del documento. Al terminar el código, contaba éste con 390 artículos, lo que ya a primera vista reflejaba un mayor pragmatismo en comparación con el código de 1929, que contaba con 1300 artículos. Destaca, además, la importancia que se concede a la utilidad del arbitrio judicial. Y es que el arbitrio judicial se encuentra dentro de los recursos jurídicos y pragmáticos que se persiguieron por el legislador de 1931; las demás instituciones fueron: disminución del casuismo, individualización de las sanciones (los artículos 51 y 52 constituyen una aportación importante para estos efectos y exigen preparación y capacidad en los jueces⁹), efectividad en la reparación del daño y simplificación del procedimiento, junto con la racionalización de la administración judicial¹⁰.

⁷ Moreno Hernández, "Presente y futuro...", *Hacia el Derecho penal...*, op. cit., p. 226.

⁸ *Un discurso sobre el código penal...*, op. cit., pp. 9-10.

⁹ Señala Ceniceros: "Entre los beneficios que la legislación de 31 trajo a nuestro país, figuran no sólo el asegurar la defensa social mediante la aplicación científica de las penas, sino el haber creado el interés por el estudio especializado de las ciencias penales". *Op. cit.*, p. 18.

El código de 31 no ha escapado a las críticas. Para empezar, este ordenamiento no tuvo exposición de motivos, aunque sirvieron para tales efectos los escritos que Teja Zabre presentó al Congreso Jurídico Nacional en 1931. Por otro lado, se publicó el 31 de agosto del mismo año una larga fe de erratas, que además de corregir los errores técnicos, incluía adiciones y reformas al código, lo que no es función de una fe de erratas; más aún, el 12 de septiembre de ese año se publicó la "aclaración a la fe de erratas del Código penal". Se dijo al respecto que la fe de erratas no tenía carácter obligatorio, puesto que a la fecha de su expedición ya habían cesado las facultades conferidas a la Comisión¹¹.

Moisés Moreno ha enderezado severas críticas en contra de este ordenamiento punitivo. Asevera que la influencia positivista italiana que ha recibido el código es totalmente incompatible con la Ideología de nuestra Constitución, ya que reconoce mayor valor al poder punitivo del Estado que al respeto de los derechos humanos, por lo que el legislador penal de 1931 se afilia a una "concepción más acorde a un sistema propio de un Estado absolutista o autoritario"¹² a pesar de que niegue afiliarse a una determinada escuela o doctrina, asevera el autor.

Sin embargo, el ordenamiento del 31 ha vivido durante casi siete décadas, quizá debido a las reformas. Cita el mismo autor un discurso del Procurador Sergio García Ramírez, en el que manifiesta que el código del 31 "sigue ganando batallas después de muerto"¹³.

¹⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 7-10, 12-13.

¹¹ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal, op. cit.*, p. 9 y Porte Petit, *Apuntamientos...*, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹² "Orientaciones del nuevo anteproyecto de código penal", *Revista Mexicana de Justicia*, vol. IX, no. 1, enero-marzo 1991, p. 145.

¹³ *Ibidem*, p. 146.

II. TUTELA PENAL ESPECÍFICA

Desde sus inicios, el código de 1931 definió al delito como el "acto u omisión que sancionan las leyes penales" (artículo 7º). Es evidente la influencia del criterio Binding en la descripción del delito (*vid.* capítulo primero, III), al deducirse que el delito es creado por la ley, no se considera como un hecho de contenido material, más bien está referido en un sentido puramente formal: la contradicción a las leyes penales.

En cuanto a la estructura del Código, siempre ha contado con dos libros. El Libro primero abarca lo referente a la parte general del Derecho penal (reglas generales sobre el delito, el delincuente, la ley y las sanciones en sentido amplio); el Libro segundo se ocupa de los delitos en particular y de las sanciones específicas. Para conocer la específica tutela penal de los bienes jurídicos, interesa sobre todo la segunda parte del código penal, que prevé los delitos. El Libro segundo constaba, en su fecha de expedición, de veintitrés títulos que comenzaron por tutelar los bienes de la Nación, dejando al último los bienes de los particulares. Por esta circunstancia se le atribuyó ser un código propio de un Estado autoritario, como se dijo antes. También se señaló que en la agrupación de los delitos no se sigue el criterio del bien jurídico, aunque si en la mayoría de los casos; en otros se toma en cuenta la calidad del autor, el ofendido o las características de la acción, por lo que no podríamos afirmar tajantemente que se haya otorgado primacía a ciertos bienes jurídicos, ya que muchas ocasiones no se ordenan bajo ese criterio; quizá se atendió a un criterio cualitativo, que tomó en cuenta la calidad del ofendido en cada delito. En fin, del estudio de los bienes jurídicos protegidos en nuestro Código penal, más o menos se puede inferir, qué valores le resultan mas importantes a la

sociedad, sin perder de vista, claro está, las múltiples reformas por las que ha atravesado nuestro código¹⁴.

En el título primero, que se denominó "Delitos contra la seguridad exterior de la Nación", se incluyeron los delitos de traición a la patria, espionaje y conspiración, por los cuales se tutelan los bienes jurídicos de independencia del Estado, soberanía, integridad territorial de la República, seguridad del territorio nacional, seguridad del Estado y lealtad al Estado mexicano. Cabe aclarar que el delito de conspiración es, en realidad, una etapa en el *inter criminis*, que se tipificó de manera independiente debido a la necesidad de reprimir aquélla enérgicamente, aunque no exista consumación del delito, o no haya daños políticos.

En su original publicación el código consideró de manera diferenciada la "seguridad exterior de la Nación" y la "seguridad interior" de la misma; por ello se denominó al título segundo bajo el rubro de "Delitos contra la seguridad interior de la Nación". Este título segundo incluyó los delitos de rebelión, así como los de sedición y otros desórdenes públicos (asonada o motín), cuya tutela está referida a los bienes jurídicos de tranquilidad pública, libre ejercicio de funciones estatales y seguridad de las instituciones constitucionales¹⁵.

¹⁴ Respecto del análisis de los bienes jurídicos que tutela el código penal y que se detallará en los párrafos siguientes, cfr. González de la Vega, *El código penal comentado...*, op. cit., pp. 166 y ss; Islas de González, "Valores éticos...", op. cit., pp. 215 y ss; Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano*, op. cit., tomos II a V; y García Ramírez, *Derecho penal*, op. cit., pp. 130 y ss.

¹⁵ Actualmente el Código penal incluye en un solo título los "Delitos contra la seguridad de la Nación" (ya no distingue entre seguridad interior y seguridad exterior), estos son los de traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje y conspiración. Los de sabotaje y terrorismo tutelan la seguridad pública, el orden público y la paz pública, así como el principio de autoridad estatal, la administración de justicia, el patrimonio estatal, los organismos públicos descentralizados, las empresas de participación estatal y la economía nacional. Se estipulan en el título que se comenta, las mismas penas para los instigadores de estos delitos (admite excepciones), y la sanción de suspensión de derechos políticos hasta por cuarenta años cuando se trate de mexicanos que cometan los delitos de traición a la patria y espionaje.

El título tercero, denominado "Delitos contra el Derecho Internacional", contempló en primer término a la piratería, considerada un delito de carácter universal en virtud de que afecta a todas las naciones. El legislador del 31 siguió los lineamientos internacionales, pues ya en ese año se celebraba la Cuarta Conferencia Internacional para la Unificación Penal (París), en la que se estudió este tipo penal. Este tipo protege los bienes jurídicos de seguridad de la navegación, patrimonio del Estado y particulares, así como el de otra nación cuando se lleven a cabo actos de depredación contra buques extranjeros. Enseguida se tipifica el delito de violación de inmunidad y neutralidad, que tiene por objeto conservar las relaciones pacíficas de México con los demás países, y para el caso de ataques contra los símbolos oficiales, se pretende el recíproco respeto y la salvaguardia de las relaciones internacionales. Los bienes jurídicos específicamente tutelados son los de inviolabilidad de inmunidad diplomática y parlamentaria, así como también la inviolabilidad de los deberes de neutralidad y el sentimiento de nacionalidad. Por último, se contempló el tipo de violación de los derechos de humanidad en prisioneros, rehenes, heridos u hospitales¹⁶, que protege precisamente a la humanidad mediante el respeto de los derechos de humanidad y el correlativo cumplimiento de los deberes de humanidad. Este delito puede cometerse tanto en guerras internacionales como en rebeliones internas.

El título cuarto se refiere a los "Delitos contra la seguridad pública", tal como en la actualidad. Incluye los tipos de evasión de presos, cuyo objeto es el cumplimiento de aquellas sanciones que restringen la libertad, sea por causa de una falta administrativa o de un delito, y en algunos casos, la adecuada administración de justicia (podría darse el supuesto cuando la privación de la libertad no sea ejecución de pena, sino prisión preventiva); asimismo, el tipo de quebrantamiento

¹⁶ El delito que se comenta actualmente se incluye en otro título: el tercero que agrupa a los delitos contra la humanidad, y que además de éste, incluye el delito de genocidio, cuya finalidad es tutelar la integridad de los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos.

de sanción, que protege la adecuada administración de justicia. Destaquemos que en estos dos delitos se protege fundamentalmente la seguridad de la sociedad, tal como el nombre del título lo indica; el mismo bien se protege en los tipos de armas prohibidas y asociaciones delictuosas¹⁷, también comprendidas en este título; en este último caso referida al orden público considerado en sí mismo, es decir, la tranquilidad pública, que consiste en la ausencia de alarma o de conmoción en el público.

El título quinto se denominó en sus orígenes "Ataques contra las vías de comunicación", e incluyó además del tipo penal de igual nombre, al de violación de correspondencia. La ley sobre vías generales de comunicación, en sus artículos 649 a 760, describía algunos delitos y faltas especiales en la materia a la que aludo. Los bienes jurídicos tutelados por los supuestos penales de ataques a las vías de comunicación son la seguridad de las vías y medios de comunicación, la seguridad de los medios de transporte y el patrimonio estatal, en tanto que en los de violación de correspondencia¹⁸ se tutela la inviolabilidad de la correspondencia, obviamente, y el derecho a la comunicación¹⁹. En opinión de Sergio García Ramírez, el bien protegido "es sobre todo, el derecho a la libertad y privacidad de las

¹⁷ De este tipo autónomo de asociación delictuosa: "asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido"; surgió el de delincuencia organizada (solo para determinados delitos), que se introdujo con la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en 1996 (*Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre).

¹⁸ No es posible dejar de mencionar la reforma constitucional de 1996 relativa a la intervención en las comunicaciones (artículo 16), que la autoriza bajo supuestos específicos (delincuencia organizada) y ciertas reglas. Al respecto cfr. artículo 16 constitucional; Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (artículos 50 fracción III, 50 bis, y 50 ter).

¹⁹ En la actualidad, además se incluyen en este título, los supuestos de "uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo" cuya tutela pretende el uso lícito de dichas instalaciones.

comunicaciones privadas, esto es, el ámbito de Intimidad o privacidad de las personas, mas bien que la operación misma de las vías de comunicación"²⁰.

Los "delitos contra la autoridad" se detallaron en el título sexto. En todos los tipos ahí contenidos se protege la función que lleva a cabo el servidor público, no a éste en sí mismo, es decir, se tutela el buen funcionamiento de la administración pública; estos tipos son: desobediencia y resistencia de particulares, en los que además se tutela la adecuada administración de justicia; oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo públicos; los de quebrantamiento de sellos, en el que la tutela está referida a la seguridad de la inviolabilidad del lugar sustraído al uso de las personas; delitos cometidos contra funcionarios públicos (se protege a la función, protegiendo al mismo tiempo al funcionario) y ultrajes a las insignias nacionales, que protege el sentimiento de respeto a los símbolos nacionales²¹.

Los "delitos contra la salud" se describían en siete artículos que integraron el título séptimo (sin capítulos). En estos se protege la salud pública (física, psíquica y social), así como la "seguridad de la sociedad (en relación con el control estatal de la producción, tenencia, transporte y demás conductas relacionadas con narcóticos)"²², así como la paz, la seguridad nacional, el Estado y la comunidad internacional, entre otros bienes que se detallarán en el capítulo cuarto de esta tesis. Se trata de delitos de gran entidad, que se han agrupado bajo la denominación de narcotráfico, problema que atañe a la comunidad internacional y que por ello ha dado lugar a múltiples convenios y a las siguientes convenciones: Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de

²⁰ *Derecho penal*, op. cit., p. 151.

²¹ Este último ha atravesado por múltiples reformas, se han suprimido algunos tipos (v. gr. arts. 184 y 190), se han moderado las sanciones en algunos casos (v. gr. arts. 178, 182 y 187) y aumentado en otros (v. gr. arts. 185 y 189).

²² Islas de González, "Valores éticos...", en *op. cit.*, p. 217.

1972, Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 (sin perjuicio de las otras convenciones que señalaré en el capítulo cuarto de esta tesis). Además, es una forma de delincuencia que se ha desarrollado rápidamente y ha adquirido las formas más modernas de comisión; por ello este título ha sido sometido a constantes reformas²³. Es importante mencionar la reforma que se hizo a este título por virtud del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de mayo de 1996, que además de incrementar sanciones, incorpora nuevas especies delictivas. En virtud de ello, es que se ha elegido, entre otros, al grupo de los delitos contra la salud para un análisis más específico en otro capítulo de esta tesis (capítulo cuarto), referido al bien jurídico tutelado y debido a que constituye un claro ejemplo de la evolución que se ha observado en nuestro país respecto de la tutela de bienes jurídicos.

Al siguiente título se le denominó "Delitos contra la moral pública", refiriéndose su primer capítulo a los ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres, cuyo objeto de tutela es muy claro; el segundo a la corrupción de menores (actualmente también de incapaces), que protege, además de la moral pública, el normal desarrollo psicosexual de éstos, la salud personal y las buenas costumbres, y pretende evitar la degradación de los menores; el tercero, al lenocinio, que protege la dignidad humana, el derecho a no ser explotado y el derecho a la libertad. Llama la atención respecto de este último delito, la descripción típica del artículo 207 del Código penal de 1931: "Comete el delito de lenocinio: toda persona que sin autorización legal, habitual o accidentalmente explota el cuerpo de una mujer por medio del comercio carnal, se mantiene de este comercio u obtiene

²³ En la actualidad este título consta de dos capítulos, el primero denominado "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos", y el segundo "Del peligro de contagio"; los tipos contenidos en este último capítulo tutelan la seguridad de la salud frente a las relaciones sexuales u otras conductas transmisoras de enfermedades.

un lucro cualquiera"; observemos que la ilicitud radicaba en la frase "sin autorización legal", con autorización la conducta no era constitutiva de delito (actualmente no es así)²⁴. Finalmente, el capítulo cuarto de este título se denominó provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio, cuya tutela se refiere a la seguridad social y a la libertad para determinarse.

La revelación de secretos se colocó en un único capítulo del título noveno; se trata de una forma específica de "abuso de confianza moral"²⁵ y con su existencia se pretende tutelar el derecho a la intimidad mediante la protección de la inviolabilidad del secreto²⁶.

El siguiente título agrupó a los "delitos cometidos por funcionarios públicos", denominación que sería corregida durante el sexenio del presidente Miguel de la Madrid. Digamos de paso que los funcionarios son sólo un sector de los servidores públicos, que esta última denominación pretende además destacar la función primordial de esos individuos, la del "servicio", y que esa era una de las intenciones del ejecutivo al presentar una iniciativa de ley y reformas que renovarían el régimen de responsabilidad de los servidores públicos²⁷. Por otra

²⁴ Existía al momento de expedición del código, el Reglamento para el ejercicio de la prostitución del 12 de febrero de 1926.

²⁵ González de la Vega, Francisco, *El código...*, op. cit., p. 207.

²⁶ A partir de la reforma constitucional de 1996 sobre intervención en las comunicaciones, a la que ya aludimos, se creó el tipo que sanciona la revelación, divulgación o utilización indebida en perjuicio de otro, de información o imágenes obtenidas en la intervención a una comunicación privada. La tutela de este tipo se proyecta hacia la inviolabilidad de la comunicación reservada. Finalmente, los sistemas informáticos al igual que todos los avances tecnológicos, traen consigo nuevas formas de criminalidad; de ahí la necesidad de adecuar el ordenamiento punitivo a la evolución tecnológica. De esta manera se creó el capítulo II de este título denominado "Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática" que en siete artículos pretende proteger la autenticidad de la información contenida en los sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad (información del Estado, de los particulares, o del Sistema financiero).

²⁷ Cfr. al respecto *Proceso legislativo de la iniciativa presidencial de reformas y adiciones al título cuarto que comprende los artículos del 108 al 114; así como los artículos 22, 73 fracción VI base*

parte, los delitos que ahí se incluyen no se cometen solo por servidores públicos, también pueden ser autores o partícipes los particulares (v. gr. en el cohecho), por lo que una mejor denominación sería la de "delitos cometidos contra el servicio público en general", tal como lo sugiere Sergio García Ramírez²⁸. Específicamente, los bienes jurídicos que se protegen en este título son los de la adecuada administración pública, la legal y legítima prestación del servicio público y el patrimonio de los particulares. Originalmente, el título incluyó los siguientes tipos: ejercicio indebido o abandono de funciones públicas, abuso de autoridad, coalición de funcionarios, cohecho, peculado y concusión²⁹.

En el título consagrado a los "Delitos cometidos en la administración de justicia" (décimo primero), bastaba sustituir la palabra "en" por la palabra "contra" para saber qué bien se protege; en la actualidad el título se denomina "Delitos cometidos contra la administración de justicia". Se integró con un solo capítulo que incluía a esta especie de ilícitos³⁰ en variadas hipótesis de conducta. Se pueden resumir los bienes jurídicamente tutelados por estas fracciones, de la siguiente manera: adecuada administración de justicia, lealtad en el ejercicio del servicio público, seguridad en las resoluciones judiciales y seguridad en el cumplimiento cabal de las obligaciones de los servidores públicos que administran justicia, entre

4ª., 7ª fracción V, 76 fracción VII, 94, 97, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, México, s/f (quizá 1982), pp. 11-12.

²⁸ *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 157.

²⁹ En la actualidad, se incluyen además los delitos de uso indebido de atribuciones y facultades, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho a servidores públicos extranjeros y enriquecimiento ilícito. Cfr. además el título cuarto de la Constitución Política y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Fundamentales para este título son las reformas de 1982 y 1988.

³⁰ El vigente y por ende actual código incluye un segundo capítulo que describe el delito de ejercicio indebido del propio derecho, que tutela la seguridad de que los conflictos se diriman ante los tribunales.

otros³¹. También se contempló un tipo destinado a la responsabilidad profesional, en el que se abordaban dos capítulos: el primero, de la responsabilidad médica y técnica, y el segundo, de los delitos de abogados, patronos y litigantes. Importa sobre todo la calidad del sujeto activo; en el capítulo primero, según el texto original, sólo podían ser activos los "médicos, cirujanos y demás profesionistas similares y auxiliares" (ahora se alude a los "profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares", aunque con especial referencia a los profesionistas de la salud); en el segundo capítulo sólo los "abogados, patronos y litigantes", esto en virtud de que el bien jurídico principalmente tutelado es el debido cumplimiento del ejercicio de una profesión, aunque también se pretenda proteger el derecho a la atención médica, la confianza en el desempeño del médico, la confianza en el ejercicio de la profesión de la abogacía, la lealtad en la prestación del servicio profesional, la seguridad en la defensa y la correcta administración de justicia³².

El título décimo tercero quizá debió denominarse "Delitos contra la seguridad o la confianza en que sustentan los actos jurídicos"³³, en virtud de que los actos lesivos de estos bienes constituyen lo que dio nombre al título: "Falsedad". Sin embargo, la conducta punible no solamente es la falsificación o falsedad, también lo es el uso del objeto falso. En siete capítulos destinados a los tipos penales conducentes

³¹ Mientras que en sus inicios este artículo contaba con nueve fracciones, actualmente incluye veintiocho, la mayoría de ellas destinadas a salvaguardar los derechos del inculcado en materia penal.

³² El Código penal de Tabasco de 1997, incluye en su Libro Segundo, un Título Cuarto de los "Delitos contra la rectitud de la función persecutoria y de la Judicatura", ahí se incluyen los siguientes tipos: ejercicio laboral legalmente prohibido y asesoría ilegítima de litigantes (artículos 264, 265 y 266). Respecto de este código moderno, cfr. "Exposición de motivos del Código Penal para el Estado de Tabasco", *Locus Regis Actum*, número 10, nueva época, publicación trimestral, junio de 1997, Villahermosa, Tabasco, Órgano de Información del Tribunal Superior de Justicia, pp. 120-139, y Cano de Ocampo, Guadalupe, "Agrupamiento de los tipos en el nuevo Código penal de Tabasco", *ibidem*, pp. 54-56.

³³ Tal como los denomina Sergio García Ramírez en su obra *Derecho penal, op. cit.*, p. 149.

y uno de las disposiciones comunes a dichos capítulos, se tutelaron una gran cantidad de bienes jurídicos. Olga Islas los sintetiza de la siguiente manera:

“...se pretende salvaguardar la fe en la autenticidad y el valor de la moneda, la seguridad en el monopolio estatal de emisión de moneda o billetes, la fe pública en la autenticidad de billetes y documentos de crédito, la fe pública en los documentos de deuda pública y en los títulos legalmente emitidos (por sociedades, empresas o administraciones públicas), la fe pública en la autenticidad de los documentos y de los instrumentos oficiales; la fe en la autenticidad de los medios de identificación, la fe en la autenticidad de las pesas y medidas, la fe pública en la autenticidad de los documentos en general³⁴, la fe pública en la autenticidad del cargo de funcionario (servidor público), la fe pública en el carácter de profesional, la seguridad de la eficiencia del servidor profesional y la exclusividad para usar símbolos. Particularmente, en los tipos de falsedad en declaraciones y de variación del nombre o del domicilio se busca garantizar, también, la correcta administración de justicia”³⁵.

Ya se contaba, respecto de la moneda nacional, con el ordenamiento especial de 1931 denominado Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, para la especificación de los billetes y monedas; y respecto de la falsificación de los títulos de crédito, también existía una ordenación específica: Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El título décimo cuarto tutela la economía pública. Originalmente incluyó a los delitos contra el comercio y la industria, los de vagancia y malvivencia, así como los de juegos prohibidos. La vagancia y malvivencia suponía, mas que un delito, un estado de peligro del sujeto activo, pues bastaba con carecer de empleo y tener malos antecedentes para concretar esta conducta delictiva, no obstante que el trabajo no es una obligación, sino un derecho, además, ya se señaló que la peligrosidad debe tomarse en cuenta al momento de individualización y ejecución de la pena, y no así en la parte especial de un código penal, como lo hizo la ya muy superada escuela positivista. El artículo que llama la atención, por haber caído en el extremo de “sospecha de peligrosidad”, es el original 256, que señaló: “A los

³⁴ Se trata de asegurar la veracidad de dichos documentos: públicos y privados.

mendigos a quienes se sorprenda con un disfraz o con armas, ganzúas o cualquier otro Instrumento que de motivo para sospechar que tratan de cometer un delito, se les aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión, y quedarán sujetos durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía”.

Los tipos de vagancia y malvivencia fueron derogados en 1991, en tanto que los de juegos prohibidos lo fueron en 1985, quedando sustituido este último régimen por la Ley Federal de Juegos y Sorteos de 1947. Y por lo que hace a los delitos contra el comercio y la industria, actualmente llamados “Delitos contra el consumo y las riquezas nacionales”, proyectan su tutela hacia el consumidor, el abastecimiento de artículos de consumo necesario o generalizado, la calidad de los artículos, la riqueza, el mercado, la economía pública, la libre concurrencia en la producción o en el comercio, la economía nacional y la seguridad de la economía rural o forestal y de la riqueza zoológica del país.

El siguiente título se denominó “Delitos sexuales”. Ya mencionamos que la denominación no era idónea, puesto que aludía a la característica de la acción y no al bien jurídico o bienes jurídicos tutelados. Claro que esta imprecisión sería corregida más adelante, al adoptar la denominación de “Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”, que ya incorpora los bienes principalmente tutelados por este título. El primer delito que se incluyó fue el de atentados al pudor (abuso sexual), aunque no como actualmente se concibe, cuya tutela se refirió a la libertad sexual, la integridad corporal, la libertad para determinarse, el normal desarrollo psicosexual, la seguridad sexual³⁶ y el interés social de impedir la

³⁵ “Valores éticos...”, en *op. cit.*, pp. 218-219.

³⁶ Se ha dicho que la seguridad sexual se tutela sobre todo para el caso de los sujetos pasivos inimputables, hipótesis que actualmente contempla el artículo 261 del Código penal: “Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo, se le aplicará una pena de dos a cinco años de

corrupción prematura de los impúberes. Aunque a simple vista el tipo de atentados al pudor debiera proteger el "pudor", considero que no fue esa la intención del legislador, ya que el pudor no existe en todas las personas (v. gr. ¿existiría en las sexoservidoras?); más bien, y sobre todo, se refirió a la libertad sexual. Enseguida se contempló el tipo penal de estupro, que en su concepción original exigió castidades en la sujeto pasivo: que fuera casta y honesta (en un principio sólo podía ser una mujer); a este delito se le considera fraude sexual, en virtud de que se exige que el consentimiento para la cópula se obtenga mediante la seducción o el engaño. Posteriormente se suprimió el medio requerido de seducción, lo que resulta plausible, ya que la seducción bien puede presentarse en cualquier relación de noviazgo; más tarde se amplió el término a persona, ya no a una mujer, como sujeto pasivo; se fijó la edad de ésta entre 12 y 18 años y se suprimieron los elementos normativos de valoración cultural de castidad y honestidad, olvidando que todo delito debe interpretarse en función del bien que se tutela, y como el estupro tutela el normal desarrollo psicosexual, principalmente, se debe exigir la castidad y honestidad; de no existir éstas, no podría integrarse el delito; sin embargo, hay quienes aseguran que lo que aquí se tutela es el derecho a no ser engañado en las relaciones sexuales, y bajo esa óptica no debiera exigirse la castidad y honestidad.

Enseguida encontramos el tipo de violación, bajo sus distintas modalidades: propia e impropia³⁷, que tutela la libertad sexual y la dignidad de la persona para el caso de violación propia, y en el caso de la impropia se tutela el normal desarrollo psicosexual³⁸. Por lo que hace al rapto, que anteriormente se incluyó en este título,

prisión".

³⁷ Actualmente, también la instrumentada.

³⁸ En la actualidad, se agrava la penalidad de la violación cometida por un ascendiente, o por quien aproveche las circunstancias del cargo, empleo o profesión que ejerce; lo anterior en virtud de que se afectan además los bienes de la seguridad y la confianza respecto de los parientes, o bien, la seguridad social que se espera de los servidores públicos o profesionistas. Cfr. Islas de González,

se tuteló tanto la libertad como la específica libertad sexual. El tipo penal de raptó fue suprimido, empero, actualmente se prevé el tipo de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales.

El incesto --se ha criticado--, no es un delito sexual, por lo que no debería incluirse en este título, ya que se trata de un ilícito que ataca la familia; por otro lado --también se asevera-- no se exige la existencia de la cópula, se alude simplemente a "relaciones sexuales", sin mayor especificación³⁹. Con más rigor, podemos afirmar que este tipo penal no tiene razón de ser, pues si bien, como se ha sostenido, se tutela la pureza de la estirpe, lo cierto es que no siempre hay concepción, y si por otro lado lo que se tutela es la moral sexual, toda persona puede, haciendo uso de su libertad sexual, elegir a su pareja, y el Estado no debería interferir en la esfera íntima de las personas en tanto no exista un bien jurídico que tutelar, aunque la conducta sea moralmente reprochable (*supra* primer capítulo).

Semejante comentario corresponde hacer al tipo de adulterio, que también implica una conducta lesiva de las relaciones familiares, pero no tan grave como para figurar en el código penal, y sí muy útil para determinar una causal de divorcio. Este tipo penal pretende tutelar la fidelidad conyugal, que de ninguna manera se puede considerar bien jurídico para efectos penales, ya que se trata de un deber moral. Por ello es que se ha suprimido en diversas legislaciones estatales de la República, por ejemplo en el Distrito Federal, mediante decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 17 de septiembre de 1999. Esta situación

"Valores éticos...", en *op. cit.*, p. 220.

³⁹ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 139.

originó que quedara subsistente sólo en el código federal, y por ende se puede cometer solamente a título de delito federal. En mi opinión, debería desaparecer⁴⁰.

Enseguida, el título décimo sexto contempla los "Delitos contra el estado civil y bigamia", lesivos también de la familia. Por lo que hace al estado civil, se tutela la filiación, la fe pública en los documentos del Registro civil y los derechos de familia, y por lo que hace a la penalización de la bigamia, entendemos mediante una interpretación a *contrario sensu*, que se tutela el orden monogámico de la familia matrimonial.

Los "Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones" se enumeraron en el título décimo séptimo, que contaba con un capítulo único integrado por diversos supuestos de violación de las leyes de inhumaciones y exhumaciones; eran aplicables para tal efecto las disposiciones del Código Civil, el Código Sanitario, y sobre todo el Reglamento Federal vigente en materia de cementerios, inhumaciones y exhumaciones, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de marzo de 1928. La tutela penal pretende salvaguardar la sanidad pública, el sentimiento de respeto al cadáver y el lugar en que éste se halle, así como la adecuada administración de justicia.

Posteriormente encontramos el grupo de los "Delitos contra la paz y seguridad de las personas", en los que se incluyen las amenazas, allanamiento de morada y el asalto, delitos que también atacan la seguridad jurídica. Con el tipo de amenazas se pretende tutelar la libertad psíquica del amenazado, la tranquilidad de las personas; con el de allanamiento de morada, la propiedad y la posesión referidos a

⁴⁰ Igual que el tipo del delito de hostigamiento sexual que apareció a finales de 1990 y tuvo vigencia en 1991, cuya comprobación reviste un grado muy alto de dificultad, y que no tiene aplicación real. Se pretendió con esta figura delictiva, proteger la libertad sexual.

la inviolabilidad del domicilio; en tanto que con el de asalto se tutela la tranquilidad en el necesario tránsito por paraje solitario o despoblado.

El título décimo noveno, que debería ser el primero (ya que tutela los bienes que junto con la libertad son los más preciados del ser humano: la vida y la integridad psicofísica), incluye los delitos que enseguida se mencionan y la consecuente tutela penal que se especifica. Los tipos de lesiones tienen por objeto tutelar genéricamente la integridad física y psíquica, y específicamente, de acuerdo con los diferentes supuestos, la salud personal, la integridad corporal, la estética de la cara, el normal funcionamiento de órganos, miembros y facultades, así como la función sexual y la capacidad para trabajar. Se incluyeron, además, los tipos de "disparo de arma de fuego" y "otros ataques peligrosos"; estos supuestos fueron constantemente criticados por varios sectores de la doctrina, hasta conseguir su derogación; las críticas se sustentaban en el hecho de que no se podía comprobar si el elemento subjetivo (dolo) estaba dirigido a causar lesiones o a privar de la vida, por lo que estos hechos no debían punirse; se trataba de delitos de peligro abstracto, que lejos de proteger directamente la vida o la integridad, se proyectaban hacia la protección del orden público.

Enseguida figura el tipo de homicidio, cuya inclusión pretende proteger el bien más preciado entre todos aquellos con los que cuenta el ser humano: la vida. También se incluyeron, en capítulos separados, los tipos de parricidio y de infanticidio; en el primer caso se tuteló la vida de los ascendientes consanguíneos en línea recta, y en el de infanticidio se tuteló la vida de los descendientes, además de la fe o seguridad fundadas en las relaciones que inspiran confianza⁴¹. En el capítulo

⁴¹ Actualmente ya no existen estas figuras delictivas, ahora se contempla al homicidio en razón del parentesco o relación, que tiene por objeto proteger la vida de los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta, hermanos, cónyuges, concubinarios, así como la de los adoptantes y adoptados.

tercero del mismo título se Incluyeron las "Reglas comunes para lesiones y homicidio", que también han sido objeto de reformas: se suprimieron los artículos que incluían las lesiones y conyugicidio por adulterio, así como las lesiones y homicidio cometidas por el corruptor de la hija que esté bajo potestad del sujeto activo, siempre que ocurrieran al momento del acto carnal o próximo al mismo⁴². También encontramos el auxilio o inducción al suicidio y el auxilio "hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte"; por supuesto que en este último caso se trata de un homicidio, no del simple "auxilio", aunque quizá bajo algunos supuestos, cuando se actúe por móviles piadosos, se presentaría la eutanasia, figura que no releva de la responsabilidad penal en el sistema nacional.

Enseguida encontramos el tipo penal del aborto, un tema que a pesar de haber sido ampliamente discutido, aún no alcanza consenso; recientemente, en el año 2002 causó un gran conflicto en la sociedad y la legislación⁴³. Recordemos, a manera de ejemplo, lo sucedido hace poco en el estado de Guanajuato, donde el Congreso aprobó la derogación de la fracción II del artículo 163 del Código penal que establecía una excluyente del delito en el caso de aborto, cuando el producto de la concepción tuviera su origen en una violación. Esta reforma se aprobó el 3 de agosto de 2000 y entraría en vigor el 1º de octubre, pero debido a las protestas enderezadas por gran parte de la sociedad mexicana, el gobernador del estado tuvo que vetar la reforma, el 29 de agosto⁴⁴.

⁴² Ahora se habla de lesiones y homicidio cometidos en estado de emoción violenta o bajo circunstancias que atenúan la culpabilidad, por la que se atenúa la pena.

⁴³ Recordemos el famoso caso de la niña Paulina, una niña de 13 años a la que se le negó el derecho de abortar, no obstante que la concepción era resultado de una violación. Este suceso que causó indignación entre la sociedad ha dado lugar inclusive a diversa bibliografía, entre ellas, cfr. Poniatowska, Elena, *Las mil y una ... (la herida de Paulina)*, México, Plaza & Janes Editores, 2000.

⁴⁴ Mayorga, Plineda, Rulz, Rojas y Tamayo, "Veto a la Ley Antiaborto; 68% de guanajuatenses opinó: RMH", *Excelsior*, miércoles 30 de agosto de 2000, <http://www.excelsior.com.mx>.

En contrapartida, en el Distrito Federal, se reformó el Código Penal para incrementar el número de hipótesis en que no es punible el aborto⁴⁵, reformas que la Corte avaló declarándolas constitucionales⁴⁶. Esta reforma se llevó a cabo durante el gobierno de Rosario Robles, de ahí que a las reformas se les denomine "Ley Robles". Estas reformas consisten en excluir de sanción el aborto procurado, cuando el producto de la concepción provenga de una violación, tenga malformaciones genéticas, o tenga como origen una inseminación artificial no consentida.

Ahora bien, en el código penal de 1931 se incluyó al aborto con el propósito de tutelar penalmente la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la mujer, el derecho del padre a la descendencia, el interés demográfico de la colectividad (aunque ese interés, en la actualidad, ha disminuido), la salud de la madre, e incluso la vida de la misma. Precisemos, de paso, que el delito de aborto

⁴⁵ Reformas publicadas el 24 de agosto de 2000 en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*.

⁴⁶ Al respecto, existen dos tesis aisladas emitidas por el Pleno de la Corte, derivadas de la acción de inconstitucionalidad 10/2000. Se transcriben enseguida: "ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN.- Al establecer el citado precepto la posibilidad de que cuando se produzca la conducta delictiva (aborto) prohibida expresamente por el artículo 329 de aquel ordenamiento, pero se reúnan los requisitos consagrados en aquella fracción, las sanciones previstas en los diversos numerales 330, 331 y 332, no podrán aplicarse, es indudable que no transgrede la garantía de igualdad contenida en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicha norma no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio". Novena Época, tomo XV, febrero de 2002, tesis: P. IX/2002, página 415, materia constitucional; "ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO AUTORIZA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA POR ANALOGÍA O MAYORÍA DE RAZÓN.- Del análisis de lo previsto en el citado numeral, se desprende que en su fracción III se contempla una disposición que no guarda relación con el principio de certeza jurídica en materia penal, consistente en la prohibición de imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, toda vez que lo único que determina es que, cuando se reúnan los requisitos ahí especificados, no se impondrán la pena señalada en las disposiciones relacionadas con el delito de aborto, por lo que es claro que no transgrede dicho principio". Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y se Gaceta, tomo XV, febrero de 2002, tesis: P.VIII/2002, página 415, materia constitucional.

deblera llamarse feticidio, pues se trata de "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de preñez"; no se exige la expulsión del mismo; no obstante lo anterior, aún se conserva el nombre original en el capítulo VI.

El capítulo VII, *in fine*, denominado desde sus orígenes "Abandono de personas", incluyó los tipos de omisión de asistencia a personas en peligro, abandono de atropellados, omisión de cuidado de Incapaces de proveer los recursos para la subsistencia familiar y exposición de menores⁴⁷. Se pretende proteger la seguridad personal, el derecho a ser cuidado, el cumplimiento de las obligaciones alimenticias y el derecho al auxilio que tiene la persona que se encuentre en peligro⁴⁸.

Los siguientes capítulos se incluyeron en el título vigésimo, sobre "Delitos contra el honor": golpes y otras violencias simple, injurias, difamación y calumnia⁴⁹. El bien genéricamente tutelado en este apartado es, como se observa, el honor: la consideración que los demás tienen de una persona, además de la consideración que esa persona tiene de sí misma. Dependiendo de la gravedad de la injuria, el derecho penal tutelaré el primer o segundo ámbito (en algunos casos, el segundo corresponde al derecho penal administrativo), por eso es que solo subsisten el tipo de difamación que protege la reputación --consideración que los demás tienen de una persona-- o fama del ofendido, y el de calumnia, que además de la reputación, tutela la dignidad y la administración de justicia.

Encontramos a los delitos contra la libertad en el título vigésimo primero, cuyo primer y único capítulo se denominó privación ilegal de la libertad. Respecto del

⁴⁷ Contamos actualmente también con la figura de insolvencia fraudulenta. Cfr. García Ramírez, *Derecho penal, op. cit.*, p. 133.

⁴⁸ Posteriormente fue adicionado el capítulo octavo de este título, relativo a la violencia intrafamiliar. También ha sido extensamente criticada esta figura delictiva.

⁴⁹ Hoy en día, solo difamación y calumnia.

bien jurídico tutelado, citemos el siguiente párrafo que lo explica de manera muy sencilla:

"Según Florián, en amplio sentido todos los delitos pueden considerarse como lesivos de la libertad individual; en el mayor número de los delitos la contradicción de la voluntad de quien sufre el daño es elemento esencial o accesorio de los mismos; pero en este aspecto, el delito especial contra la libertad surge cuando la voluntad del individuo, sea, como tal, el objeto de la lesión.

El derecho de la libertad individual se traduce, en suma, en la independencia de todo extraño o legítimo poder; la lesión de este derecho consiste en una condición de dependencia ilegítima de otra voluntad⁵⁰.

Al ser la libertad uno de los bienes mas importantes del ser humano, debería figurar entre los primeros capítulos del código penal, sobre todo tratándose de un Estado de corte liberal; por ello se incluye, como garantía individual, en el segundo artículo de nuestra Constitución Política, y también por ello, cuando se incrementa la comisión de delitos que atentan contra la libertad, crece al reproche social, origen de las diversas reformas que ha tenido este título⁵¹. Esto ha sucedido, principalmente, con el propósito de aumentar la penalidad respecto del plagio o secuestro, hipótesis en la que puede imponerse una sanción hasta de cincuenta años de prisión, según nuestro Código penal federal. Se tutela también, a través de esta tipificación, la seguridad personal, jurídica y patrimonial, la tranquilidad personal y familiar; así como la integridad personal⁵². Asimismo, se protegen las garantías individuales que consagra nuestra Carta Magna, específicamente, la libertad para realizar un trabajo y el derecho a la debida retribución⁵³.

Los delitos contra el patrimonio de las personas se incluyeron en el título vigésimo segundo. El primero es el de robo, que ataca directamente la propiedad; se considera que el delito que se comete con mayor frecuencia es éste y por ello es

⁵⁰ Citado en González de la Vega, *Código penal...*, op. cit., p. 297.

⁵¹ Cfr. principalmente, la del 13 de mayo de 1996.

⁵² Adicionalmente, en la actualidad, se protege también el libre desarrollo de la autoridad.

⁵³ Ahora también la filiación, el derecho a pertenecer a una familia y la patria potestad.

que se han buscado las formas más enérgicas para reprimirlo (no así para prevenirlo); tan es así, que la reforma de 1996 creó tipos penales y elevó considerablemente, quizá de manera no tan racional, las penas previstas para el robo. Se incluyeron, desde sus orígenes, varias hipótesis de circunstancias calificativas que agravan la pena, pues al cometerse bajo estas circunstancias se lesionan, además del patrimonio, otros bienes jurídicos, como son la integridad física y psíquica (cuando hay violencia), la tranquilidad de la persona, la libertad para determinarse, la inviolabilidad del lugar cerrado, la confianza en las personas y en las relaciones personales, así como la inviolabilidad de los lugares habitados o destinados para habitación. Vale la pena mencionar que las reformas han sido más severas al penalizar los robos ejecutados con violencia y los relacionados con automóviles y autopartes, en algunos casos incluso de manera desproporcionada en comparación con la protección penal de otros bienes jurídicos de mayor jerarquía (v. gr. comparar los actuales artículos 307 y 371 tercer párrafo)^{54 55 56}.

⁵⁴ Artículo 307: "Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista una sanción especial en este Código, se le Impondrán de doce a veinticuatro años de prisión".

Artículo 371, tercer párrafo: "...Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de libertad impuesta".

⁵⁵ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal, op. cit.*, p. 134.

⁵⁶ Actualmente se tutela la inevitable exposición desprotegida del patrimonio con el nuevo artículo 381 bis, que establece: "Sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370, 371 y 372 deben imponerse, se aplicarán de tres días a diez años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación, comprendiéndose en esta denominación no sólo los que estén fijos en la tierra, sino también los móviles, sea cual fuere la materia de que estén contruidos, así como en aquellos lugares o establecimientos destinados a actividades comerciales. En los mismos términos se sancionará al que robe en campo abierto o paraje solitario una o más cabezas de ganado mayor. Cuando el robo se realice sobre una o más cabezas de ganado menor, además de lo dispuesto en los artículos 370, 371 y 372, se Impondrán hasta las dos terceras partes de la pena comprendida en este artículo".

Por lo que hace al tipo de abuso de confianza, su objeto de tutela se proyecta tanto hacia la propiedad (uso, goce y disfrute de la cosa) como hacia la administración de justicia. El tipo penal del delito de fraude tiene por objeto proteger, como lo indica el nombre de este título, la propiedad. Existen el fraude genérico y varias hipótesis de fraude específico, y a pesar de que en 1931 no se incluyó una fórmula general del fraude, ésta aparecía contemplada en la primera fracción del artículo que enumeró los específicos. Jiménez Huerta denomina a algunos fraudes específicos, como fraudes "espurios", pues en éstos no se encuentran los elementos sustanciales del delito de fraude⁵⁷. En algunos de estos fraudes espurios se agregan bienes jurídicos a la protección legal, es el caso de fraude por títulos ficticios o no pagaderos por los que se tutela, además, la seguridad en la emisión, en la circulación y en el pago de los títulos de crédito (sobre este tópico, vale la pena señalar que se incluían delitos especiales en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito), o bien en el caso de simulación contractual en el que la tutela penal queda establecida en favor de extraños a la simulación. El original artículo 387 pretendía salvaguardar también los derechos de propiedad literaria, dramática o artística, en una de sus fracciones; ésta desapareció y en su lugar se destinó un título del Código penal para este propósito⁵⁸.

El siguiente capítulo del título que se comenta fue derogado el 14 de enero de 1985. Contemplaba los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, que en realidad eran tipos penales de simulaciones fraudulentas; se protegía sobre todo el comercio y la lícita especulación; sin embargo esta materia, que se reguló después por la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos, actualmente compete a la Ley de Concursos Mercantiles.

⁵⁷ Cfr. *Derecho penal mexicano, tomo IV. La tutela penal del patrimonio, cit.*, p. 193.

⁵⁸ Cfr. *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1996.

Por lo que hace al ilícito de despojo, apreciemos que aunque en apariencia las conductas de esta índole lesionan la propiedad, en realidad el bien que se pretende proteger con esta tipificación es la posesión de Inmuebles, aunque dicha posesión sea dudosa, por lo que, compartiendo las consideraciones de Olga Islas⁵⁹, este tipo no tutela al derecho de la posesión, se protege mas bien el hecho de la posesión; empero, algunos autores sostienen que también se tutela la propiedad⁶⁰.

Por último⁶¹, tenemos al delito de daño en propiedad ajena, cuya tutela se proyecta en el patrimonio, tanto público como privado, la seguridad personal y el patrimonio cultural de la Nación.

El código de 1931 vio la luz conteniendo veintitrés títulos, el último de ellos destinado a regular lo relativo al encubrimiento, en un capítulo único. Este título tampoco escapó a las reformas, pues en la actualidad incluye un segundo capítulo de nombre "Operaciones con recursos de procedencia ilícita" (específicamente lavado de dinero) adicionado por decreto publicado el 13 de mayo de 1996 en el *Diario Oficial de la Federación*. Lo que se pretende proteger en este título es, sobre todo, la adecuada administración de justicia, la solidaridad social y el patrimonio, así como el lícito funcionamiento del sistema financiero, para el caso del lavado de dinero.

No se debe omitir el hecho de que nuestro vigente código penal consta, en la actualidad, de veintiséis títulos; el vigésimo cuarto, denominado "Delitos Electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos", fue incorporado por

⁵⁹ "Valores éticos...", en *op. cit.*, p. 222.

⁶⁰ En opinión de Jiménez Huerta, se tutela el patrimonio de las personas, cfr. *Derecho penal mexicano, tomo IV...*, cit., p. 317.

⁶¹ Actualmente también existe un capítulo III-BIS destinado a regular la extorsión, cuyo objeto de protección es tanto el patrimonio como la libertad de actuar.

decreto publicado el 15 de agosto de 1990; el vigésimo quinto, que aborda los "Delitos ambientales", se adicionó de acuerdo al decreto aparecido en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de diciembre de 1990, y el vigésimo sexto, relativo a los delitos en materia de derechos de autor, se incorporó al Código penal según publicación oficial del 24 de diciembre de 1996.

Todas las adiciones y diferentes reformas que ha tenido el Código penal en la parte especial, nos muestran la evolución que se ha presentado en la tutela penal; sobre todo cuando se han agregado a este ordenamiento punitivo nuevos títulos que prevén conductas que anteriormente no se penalizaban, o que quizá eran sancionadas, penal o administrativamente, en leyes especiales. Por ello se eligen en esta tesis los tres últimos títulos que, junto con el relativo a los delitos contra la salud, serán estudiados en los capítulos siguientes, a efecto de obtener un esbozo general de los bienes jurídicos que han adquirido importancia para la sociedad mexicana. En el caso de los delitos contra la salud, se atiende a la radical transición que han tenido hasta llegar a ser lo que ahora son. Los tipos contenidos en los tres últimos títulos del código, fueron incorporados a este ordenamiento punitivo muchos años después de 1931.

CAPITULO TERCERO
DELITOS ELECTORALES Y EN MATERIA DE REGISTRO NACIONAL DE
CIUDADANOS

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Corresponde en este capítulo el estudio de los bienes jurídicos tutelados por el título vigésimo cuarto del *Código penal*, denominado "Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos".

Se aborda el título vigésimo cuarto, en virtud de que este título no nació junto con el código de 1931, que es el que nos rige, a pesar de que sí se contemplaban disposiciones de esta índole en el Código penal de 1871 (no así en el de 1929). Este título fue incorporado por decreto publicado en el *Diario Oficial* el 15 de agosto de 1990. Y aunque sería reformado posteriormente (*DOF* 25 de marzo de 1994 y 22 de noviembre de 1996) de manera sustancial, considero que el título conserva la preocupación original del legislador de 1990, cuyo contenido preciso se tratará de determinar a lo largo de este capítulo.

Es necesario aludir, previamente, a que la tipificación de delitos electorales obedece no sólo a intereses nacionales, mas bien el país se ha contagiado del fenómeno de la globalización, del interés por la democratización que se ha presentado a nivel mundial. Para detallar este fenómeno de manera secuencial, señalemos de manera muy breve que a nivel Internacional se han presentado tres etapas de democratización. La primera, que va de 1828 a 1929, abarca la democratización de los Estados Unidos, Europa Occidental, países como Australia, Canadá y Chile, y la proclamación de democracia en el centro y este de Europa; en esta etapa se pretende resolver problemas como la extensión del sufragio entre los

varones adultos y la determinación del órgano ante el cual es responsable el Poder Ejecutivo, mediante elecciones periódicas. La siguiente etapa abarca el periodo comprendido entre 1943 y 1962; en este lapso se democratizan Alemania occidental, Australia, Italia y Japón, después de la Segunda Guerra Mundial; sucede lo mismo con países como la India, Filipinas, Israel, Nigeria y Jamaica, después de obtener su independencia e implantación de la Constitución. La última etapa de democratización empieza en 1974 con Portugal, España, Grecia, algunos países de América Latina, Asia y África; culmina en los años ochenta con el derrocamiento del socialismo real¹.

Varios factores han contribuido a los procesos de democratización. En el mundo fáctico encontramos factores en el ámbito interno y en el ámbito internacional. Dentro del primer rubro podemos enumerar los siguientes: desgaste del régimen político, presión que ejerció la sociedad en búsqueda de espacios políticos como medio para escapar de la miseria (es el caso de Chiapas *infra*), defensa de los derechos políticos --entre otros derechos--, así como búsqueda desde el interior de una Imagen democrática ante la comunidad Internacional. En el ámbito exterior encontramos un factor muy importante, que se introduce a paso lento, pero constante, en todos los países del mundo: el respeto a los derechos humanos y la consecuente tendencia mundial de democratización, como ya quedó apuntado².

¹ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime F., *Transición Política y Reforma Constitucional en México*, UNAM, 1994, p. 21.

² En opinión de Jaime F. Cárdenas, los factores que motivan la transición a la democracia en el mundo son: "la desconfianza de los ciudadanos hacia regímenes autoritarios y totalitarios... El fin de la Guerra Fría y la quiebra de las opciones ideológicas que fundamentaron el socialismo real ...El desarrollo económico de las décadas anteriores a esta democratización ... en países del Tercer Mundo; ... la convicción existente en los regímenes autoritarios: que de continuar con los mismos esquemas estarán cada vez más aislados de los beneficios que representa formar parte de los organismos internacionales y de los mercados mundiales como socios poseedores de una autoridad moral-política suficiente. Otra razón apunta al desarrollo de las sociedades gobernadas por regímenes no democráticos, las que aspiran, como consecuencia del desarrollo, a niveles de comportamiento y actuación política similares a los de los países democráticos. Otra causa es que

También en el ámbito Internacional se han presentado factores que repercuten en todos los países y ejercen presión para que éstos adopten regímenes democráticos; tal es el caso de los tratados, convenios, declaraciones, convenciones y otros instrumentos internacionales³. Entre los más importantes de alcance mundial con repercusión en nuestro país, figuran la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada el 10 de diciembre de 1948, que estipula la declaración de los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, de asegurar la observancia de los derechos ahí establecidos. Relativo al tema en estudio, el artículo 21 de dicha declaración prevé como derechos de todas las personas, los de "participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos... de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país... La voluntad del pueblo --continúa-- es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto".

Otro Instrumento vigente de alcance mundial es el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado en

las elites políticas de los regímenes no democráticos tienden a percibir que la institucionalidad del sistema democrático permite, tanto a ellos como al resto de las elites de la sociedad, mayores ventajas al no estar normados más por la inestabilidad, el capricho, el abuso o la injusticia que propicia un régimen no democrático que generalmente funciona con mecanismos de suma cero, en donde sólo algunos de sus miembros obtienen todas las ventajas. La actuación de instituciones como las Iglesias y organizaciones de la sociedad civil han sido un importante factor en este cambio de posiciones... Finalmente, existe una fundamental creencia en la superioridad de la democracia sobre cualquier otra forma de régimen, lo que socava convicciones basadas en el fascismo, el totalitarismo, la democracia orgánica o el socialismo real. Estamos, pues, en un mundo que toma más en serio la democracia y que aspira, en consecuencia, a ella". *Ibidem*, pp. 19-20.

³ Respecto de los tratados que ha ratificado México en esta materia, cfr. Rodríguez y Rodríguez, Jesús (compilador), *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1998.

México el 23 de marzo de 1981. Este pacto dispone en su artículo 25 que todos "los ciudadanos gozarán... de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

Existen otros Instrumentos Internacionales, de alcance regional. Interesa mencionar la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, adoptada en 1948, que contempla el derecho de las personas de "tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres" (artículo XX). Para complementar este precepto, se estipula en el artículo XXXII, que "Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello".

Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en 1969 y ratificada por México el 24 de marzo de 1981, establece como derechos políticos los siguientes: "participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; ... votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y ... tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

Existe un instrumento internacional que se firmó recientemente y que reviste gran importancia por comprometer a México a observar principios democráticos. Se

trata del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea⁴. A pesar de tratarse de un Acuerdo en materia comercial, se incorpora una referencia muy importante a la Democracia; el artículo 39, denominado "Cooperación sobre derechos humanos y democracia" establece que "... 2. La cooperación se centrará principalmente en lo siguiente: a) el desarrollo de la sociedad civil por medio de programas de enseñanza, formación y sensibilización de la opinión pública; b) medidas de formación y de información destinadas a ayudar a las instituciones a funcionar de manera más efectiva y fortalecer el Estado de Derecho; c) la promoción de los derechos humanos y de los valores democráticos. 3. Las Partes podrán ejecutar proyectos conjuntos a fin de fortalecer la cooperación entre sus respectivas instituciones electorales y entre aquéllas encargadas de vigilar y promover el cumplimiento de los derechos humanos".

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. En el nivel constitucional

A. Nota preliminar

Las decisiones políticas fundamentales de cada nación se encuentran plasmadas en sus constituciones. De la Constitución derivan todos los ordenamientos secundarios, que debieran cumplir el Imperativo de ser acordes con la misma. Vale la pena aludir nuevamente al principio de supremacía constitucional, por virtud del

⁴ Cfr. el Decreto promulgatorio del 26 de junio de 2000.

cual la Constitución política se encuentra por encima de todos los demás ordenamientos.

En precisamente en la Carta Magna en donde se han visto plasmadas las inquietudes de la sociedad. Bástenos recordar la inclusión que se hizo en este documento de las garantías de carácter social, con la intención de tutelar a las clases desprotegidas. Esta fue una preocupación fundamental del Constituyente de 1917, debido a las condiciones que imperaban en ese momento histórico.

En la Constitución se incluye también la materia electoral como medio para alcanzar los postulados fundamentales plasmados en el artículo 40: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal"⁵. Por ello es menester referir los cambios que se han presentado en dicho ordenamiento respecto de la materia electoral y explicar la repercusión que han tenido en los ordenamientos secundarios, específicamente en el *Código penal federal*.

"Ningún proceso democrático de fondo --señala Jaime Cárdenas-- puede consolidarse en México si no se modifican en primer término las reglas del juego político y esta modificación pasa por la reformulación y, en algunos supuestos, por la invención y reinención de nuestras instituciones jurídicas fundamentales"⁶. De ahí que el cambio a la democracia en México --que suele denominarse "transición"⁷-- se iniciara fundamentalmente con reformas a la Constitución.

⁵ Cuyo texto original, de 1917 no ha sido modificado.

⁶ *Transición Política...*, op. cit., p. 14.

Mucho se ha dicho respecto de las reformas a la legislación en materia electoral; en algunos casos se asevera que "la legislación electoral mexicana, en gran parte de este siglo, ha tenido como objetivo el de limitar el pluralismo político"⁸, o bien, que han propiciado una fuerte centralización en los órganos del Ejecutivo Federal que ha tendido a "limitar el pluralismo político y a controlar la diversidad partidista"⁹.

No lo considero de esta manera; por el contrario, comparto plenamente la opinión vertida en el siguiente sentido: "las reformas electorales han estado orientadas a incrementar el pluralismo político, a democratizar el régimen mexicano y a modernizar el tipo de relación Estado-sociedad"¹⁰. Prueba de ello es el resultado de la elección federal del 2 de julio del 2000, que rescata, en gran medida, la confianza de las comunidades nacional e internacional en las instituciones. Sin afirmar que el nuevo gobierno sea mejor que el anterior, puedo asegurar que el cambio obtenido en esa fecha, que culmina con el derrocamiento del partido más importante del país, es resultado de la limpieza en las elecciones, lo que ya significa un avance en la transición; empero, se piensa que las elecciones limpias no traen necesariamente la estabilidad democrática; mas aún, los procesos de transición a la democracia son tan inciertos que no se puede garantizar que

⁷ "La palabra 'transición' a partir de los años setenta se comenzó a usar con más frecuencia para designar los procesos de cambio de regímenes no democráticos a otros que pretendían transformarse en democráticos". *Ibidem*, p. 19.

⁸ Cárdenas Graña, *Transición Política...*, cit. en Valdez Zepeda, Andrés, "Cinco décadas de reformas político-electorales en México 1946-1996: apuntes para una tipología", *Revista Jurídica Jaliscoense*, México, año 7, número 1, enero-abril 1997, p. 276.

⁹ Molinar Horcasitas, Juan, *El tiempo de la Legitimidad: Elecciones, Autoritarismo y Democracia en México*, México, Cal y Arena, 1991, cit. en *idem*.

¹⁰ Por ejemplo --se apunta en el mismo sitio--, "la reforma política de 1977, ideada por Jesús Reyes Heróles durante el gobierno de José López Portillo permitió la integración dentro de la arena electoral al Partido Comunista Mexicano (PCM), al Partido Socialista de los Trabajadores (PST) y al Partido Demócrata Mexicano (PDM)". Valdez Zepeda, "Cinco décadas de reformas...", *rev. cit.*, p. 277.

consoliden la democracia, por el contrario, pueden culminar en una regresión antidemocrática¹¹.

Sin intención de ser arbitraria en mi consideración, destaco que las reformas que propiamente contribuyen a la democracia se dan a partir de 1990 y a consecuencia de los fenómenos sucedidos en las elecciones de 1988 (las primeras elecciones competitivas en la historia de nuestro país). Empero, no es posible soslayar las modificaciones anteriores a esta fecha, que también contribuyeron en el proceso de democratización, por lo que se mencionarán de manera sintética para posteriormente detallar las que sucedieron a partir de 1990.

Tomando en cuenta la descripción sintética que realiza Andrés Valdéz¹², así como cada uno de los decretos de reformas publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, enunciemos los cambios en la legislación. La reforma de 1946, que centralizó el control de las elecciones en el Poder Ejecutivo, suprimió la intervención del Poder Judicial en la calificación electoral, eliminó a los partidos regionales y dio lugar a la *Ley Federal Electoral* de 1946 (en vigor el 7 de enero del mismo año).

La siguiente reforma fue la llevada a cabo en 1963; ésta elevó a los partidos políticos a rango constitucional y creó la figura de diputado de partido, que permitió la representación en la Cámara baja de los partidos de oposición. Estableció que las funciones de un diputado no son exclusivamente legislativas,

¹¹ Cfr. Lujambio, Alonso, "Prólogo", en Cárdenas Gracia, *Transición política...*, op. cit., p. 11 e *idem*, p.13.

¹² Cfr. "Cinco décadas de reformas...", *rev. cit.*, pp. 277-279.

también deben fungir como representantes y expositores de los problemas y necesidades de su distrito¹³.

La reforma del 6 de diciembre de 1977 se resume en establecer que los partidos políticos tienen como finalidad fomentar la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y, en su calidad de organizaciones de ciudadanos, conseguir el acceso de los mismos al poder público, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo; además, dicha reforma favoreció la diversidad partidista facilitando el registro de los partidos políticos, otorgó reconocimiento a las asociaciones políticas nacionales, estableció prerrogativas de los partidos nacionales, tales como el financiamiento público y el acceso a los medios de comunicación, aumentó el número de diputados y permitió la integración de los partidos de oposición a la Comisión Federal Electoral.

Finalmente, la del 15 de diciembre de 1986 incrementó las posibilidades de representación de los partidos políticos minoritarios en la Cámara de diputados, aumentando el número de diputados de 400 a 500 y estableciendo que la mayoría no podía alcanzar más de 350 curules, es decir, el 70% del total. Esta reforma finaliza con la expedición del *Código Federal Electoral* del 12 de febrero de 1987 y la creación del Tribunal Contencioso Electoral.

Ahora veamos, por cuerda separada, las reformas constitucionales que, desde mi punto de vista, marcan el inicio de la transición a la democracia, a partir de 1990, con el antecedente de las elecciones de federales de 1988, cuyos resultados significaron un parteaguas en la vida democrática del país. Como lo señala Elías Huerta Psihas: "no es sino a partir de los comicios de 1988 que una nueva

¹³ Cfr. Cárdenas Gracla, *Transición política...*, op. cit., p. 95.

dinámica y fuerza social impuso un giro vertiginoso en esta materia, con la manifestación clara y contundente de una sociedad que se revela madura, conciente y participativa, y que exige nuevas reglas de convivencia, especialmente en el ámbito electoral, demanda que se traduce, prioritariamente, en la necesidad de corregir instancias que habían generado inquietud e insatisfacción, a saber: respeto al voto, órganos imparciales, transparencia en los comicios, certeza en los resultados y una actitud más responsable y activa de los partidos políticos”¹⁴.

B. La reforma de 1990

Es durante el gobierno de Carlos Salinas de Gortari que se inician las reformas constitucionales de la “transición”. Contribuyeron a este movimiento reformador varias circunstancias: el partido en el poder pierde la mayoría calificada en la Cámara de Diputados, pero ningún otro partido la gana, por lo que ninguno de ellos podía por sí solo llevar a cabo una reforma a la Carta Magna; la iniciativa de reforma no surge del Ejecutivo Federal, sino de los propios legisladores a través de las diferentes fracciones parlamentarias, previa consulta, análisis y pronunciamientos promovidos por el gobierno y algunos sectores significativos de la sociedad, por lo que se puede aseverar que este movimiento reformador representa la conciliación de los diferentes intereses e ideologías¹⁵.

El 6 de abril de 1990 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el “Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 5, 35 fracción III, 36 fracción I, 41, 54, 60 y 73 fracción VI, base 3ª. y se derogan los artículos transitorios 17, 18 y 19, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Entre las

¹⁴ “Los delitos electorales en la reforma electoral 1994”, *Criminalia*, México, Porrúa, S. A., año LX, no. 2, mayo-agosto 1994, p. 100.

¹⁵ Cfr. González de la Vega, *Derecho penal electoral*, México, Ed. Porrúa, 1991, p. 19.

modificaciones más importantes encontramos la relativa a prerrogativas y obligaciones del ciudadano. Dentro de las prerrogativas se establece la de asociarse libre y pacíficamente para tratar los asuntos políticos del país; correlativamente, se fija como obligación del ciudadano la de inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos y obtener la Cédula de Identidad Ciudadana.

Se crea el organismo público dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios que tendría a su cargo la organización de las elecciones, organismo cuyo nombre, estructura y funcionamiento son establecidos en el decreto publicado el 15 de agosto de 1990 (fecha en que se publica el *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales* y se incluye el título vigésimo cuarto del *Código Penal Federal*). Se trata del Instituto Federal Electoral, establecido el 11 de octubre del mismo año. Este instituto, a diferencia de los organismos que lo antecedieron, se forma de manera permanente, ya no sólo para los procesos electorales. Se estableció que el órgano superior del IFE es el Consejo General, integrado por consejeros representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo así como de los partidos políticos. Entre sus funciones se estipularon las relativas al padrón electoral, a los derechos y prerrogativas de los partidos políticos, jornada electoral, cómputo de resultados, otorgamiento de constancias y capacitación.

Un rasgo importante de la función electoral es la obligación de apegarse a los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad y certeza. Como veremos adelante, la inobservancia de estos principios puede derivar en responsabilidad penal, pues se trató de proteger dicha función haciendo uso del medio de represión más severo entre aquellos con los que cuenta el Estado: el penal.

Por lo que hace al sistema de partidos políticos, se proscribió otorgar un trato preferencial o discriminatorio a algún partido político, así como el uso indebido de

recursos públicos en apoyo de los mismos. Se modifica el registro de listas regionales de los partidos políticos.

Respecto del Congreso, se matizó el sistema de autocalificación electoral, correspondiendo a cada Cámara, erigida en Colegio Electoral, calificar la validez de la elección de sus pares, pasando incluso por una resolución del Tribunal Federal Electoral; esta autocalificación genera que las Cámaras sean juez y parte en la calificación de las elecciones. Y por lo que hace a la Cámara de diputados, se conserva la criticada cláusula de gobernabilidad¹⁶ introducida en 1986; ningún partido político podía contar con mas de 350 diputados electos mediante los dos principios (mayoría relativa y representación proporcional).

Finalmente, se amplían los medios de impugnación, se desconcentra la función del Tribunal Federal Electoral para funcionar, desde esa fecha en pleno y salas.

C. La reforma de 1993

La segunda reforma del sexenio salinista figura en el "Decreto por el que se reforman los artículos 41, 54, 56, 60, 63, 74 y 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", que se publica el 3 de septiembre de 1993.

La aportación más importante de esta reforma es que se corrige el desacierto por el cual las Cámaras eran juez y parte en la calificación de sus miembros, pues a partir de esa fecha, de manera plausible, corresponde al Tribunal Federal Electoral la declaración de validez de las elecciones de diputados y senadores, quedando

¹⁶ Cfr. Cárdenas, Jaime y Mijangos, María de la Luz, "Reflexiones sobre las reformas nacionales en materia electoral: 1994", *Anuario Jurídico*, México, nueva serie, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994, p. 33.

solamente para el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, la calificación de la elección del Presidente. Asentemos, al respecto, que incluso se criticaba esta calificación y se propugnó por que también correspondiera al Tribunal Federal Electoral.

Muy relevante es la oportunidad de representación para los partidos de oposición en el Senado de la República. Se disminuye de 350 a 315 el máximo de diputados que un partido político pueda tener por ambos principios (votación mayoría relativa y representación proporcional), lo que evidencia una clara intención de obtener equidad partidaria, empero, aún existía sobrerrepresentación del partido mayoritario. Se estipula el quórum en las Cámaras, que no podrán sesionar sin contar con la mayoría del número total de sus miembros, estableciéndose además una sanción para los diputados y senadores que no concurran a protestar el encargo (se entenderá como no aceptado y se declarará vacante el puesto), independientemente de la sanción penal prevista en el Código punitivo que, como veremos adelante, complementa la sanción estipulada por el artículo 63 constitucional.

Mediante estas reformas también se suprimió la cláusula de gobernabilidad, se procuró tener un padrón electoral más confiable, y se introdujo la figura de observadores electorales.

Por lo que hace al financiamiento de partidos, se regula por primera vez el financiamiento de origen privado y se fijan los límites para gastos de campaña. Empero, quedaron muchas dudas respecto de la publicidad y el control de dicho financiamiento. Aún subsiste la inequidad respecto de la disposición y uso de los recursos.

Se establece el Imperativo de que la ley regule el sistema de medios de Impugnación cuyo conocimiento compete al Tribunal Federal Electoral, órgano autónomo y máxima autoridad jurisdiccional electoral. "Las resoluciones del Tribunal Federal Electoral ya no pueden ser revisadas por los órganos legislativos, reforzando su autonomía y carácter jurisdiccional, lo que se rompió fue una tradición de más de 180 años en el derecho mexicano"¹⁷. Como novedad en la estructura del Tribunal se prevé el establecimiento de una sala de segunda Instancia constituida expresamente para cada proceso electoral.

D. La reforma de 1994

La mas importante reforma durante el sexenio salinista fue la publicada el 19 de abril de 1994. Se han señalado varias fuentes o motivos de tales modificaciones; la primera fue el levantamiento armado en Chiapas, sin soslayar, por supuesto, la cercanía de las elecciones presidenciales de ese mismo año.

El factor más importante de impulso de esta reforma, fue el deseo de la sociedad promover un cambio en el régimen; este interés se transmitió a través de los partidos políticos y culminó con la firma del "Acuerdo para la Paz, la Justicia y la Democracia" el 27 de enero de 1994. Este acuerdo tuvo la aceptación de ocho de los nueve partidos, incluyendo a los de mayor representación nacional: PRI, PAN y PRD (por primera vez se incluye a este último partido en la firma del pacto de reforma electoral)¹⁸.

Este instrumento tuvo como finalidad avanzar en la reforma electoral, establecer condiciones de estabilidad, equidad y limpieza electoral. Los acuerdos a los que se

¹⁷ Al respecto cfr. *ibidem*, pp. 34-35.

llegó se resumen de la siguiente manera: "1) imparcialidad de las autoridades electorales, eligiendo para cada uno de los niveles a ciudadanos aptos, imparciales y honestos; 2) plena confiabilidad del padrón electoral; 3) garantías de equidad para el acceso de los partidos a los medios de comunicación; 4) evitar el uso ilegal de fondos y recursos del gobierno en apoyo a algún partido político; 5) realizar una revisión de las finanzas de los partidos políticos una vez que las campañas electorales hayan concluido, a fin de introducir ajustes, si es necesario; 6) revisión de las reformas más recientes al Código Penal que podrían conducir a restricciones de algunos derechos políticos fundamentales; 7) explorar, conjuntamente con la Procuraduría General de la República, la posibilidad de nombrar un fiscal especial para perseguir delitos en materia electoral¹⁹; y, 8) convocar a un período extraordinario de sesiones del congreso para la aprobación de estas reformas, por todos los partidos políticos en caso de ser necesario"²⁰.

Se considera a la reforma de 1994 de gran importancia, porque consigue el consenso de las principales fuerzas políticas del país que tienen como objetivo lograr la pluralidad, la representación, la democracia; todo ello de manera paradójica, pues se da en medio de un ambiente hostil iniciado con el levantamiento armado en Chiapas y que culminó con el asesinato de un candidato a la presidencia, durante los actos de campaña²¹.

¹⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 35-36 y Valdez Zepeda, "Cinco décadas de reformas...", *rev. cit.*, pp. 279-280.

¹⁹ La Fiscalía Especial para la Atención de los Delitos Electorales (FEPADE) se creó por decreto presidencial publicado el 19 de julio de 1994. Al frente de ésta se encuentra el Fiscal Especial nombrado por el Presidente de la República a propuesta del Consejo General del Instituto Federal Electoral con un nivel administrativo equiparable al de un subprocurador. Cfr. *Delitos electorales*, México, Fiscalía Especial para la atención de delitos electorales, PGR, 1994, p. 7.

²⁰ Cárdenas y Mijangos, "Reformas nacionales...", *rev. cit.*, pp. 35-36.

²¹ Cfr. Huerta Pshas, Elías, "Los delitos electorales en la reforma electoral 1994", *Criminalia*, México, Porrúa, S. A., año LX, no. 2, mayo-agosto 1994, pp. 100-101.

Con fecha 19 de abril de 1994 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* el "Decreto por el que se reforman los párrafos octavo, noveno, decimoséptimo y decimoctavo del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Dicha reforma aportó un elemento fundamental para la transición a la democracia, pues establece la creación de un "organismo público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración concurren los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión, con la participación de los partidos políticos nacionales y de los ciudadanos según lo disponga la ley", según se estableció en el mismo decreto, artículo 41.

Esta reforma modificó sustancialmente la estructura del IFE, al introducir en su organización a los consejeros ciudadanos, por lo que se afirma que se "ciudadaniza la organización de las elecciones y confiere a los partidos políticos voz pero no voto en la toma de decisiones"²²; esto último, mediante el establecimiento de un representante por cada partido. El presidente del Consejo (anteriormente, el Secretario de Gobernación) pierde el voto de calidad y la capacidad de decisión queda en los consejeros ciudadanos.

Se amplían las atribuciones de los observadores electorales y se introduce la figura de observador extranjero. Como consecuencia, el 10 de mayo de 1994 el Secretario de Gobernación solicitó al Secretario General de las Naciones Unidas se enviara a un grupo de expertos en asuntos electorales a efecto de que, previo conocimiento del sistema electoral nacional, se emitiera un informe técnico y se prestara asesoría a las ONG's interesadas. Así se hizo, y el desempeño de los observadores fue de respaldo al desarrollo de las elecciones²³.

²² Cárdenas y Mijangos, "Reformas nacionales...", *rev. cit.*, p. 36.

Por lo que hace al anteriormente denominado Tribunal Federal Electoral, se elimina el procedimiento de insaculación para la designación de los magistrados y se establece que serán nombrados a propuesta del ejecutivo federal con aprobación de la Cámara de Diputados.

Finalmente, para garantizar la tutela de los comicios y de la función electoral, se crean tipos penales, se modifican otros ya existentes y se aumentan las sanciones, como veremos en su oportunidad.

En general, esta ha sido la reforma más característica de una transición democrática. Aquí influyeron factores importantes: presiones de grupos de minorías y, sobre todo, el deseo de la mayoría por obtener mecanismos que faciliten el acceso al poder. El Acuerdo que firmaron los partidos políticos mostraría resultados de manera gradual y un avance muy importante en las elecciones del año 2000.

E. La reforma de 1996

Se trata de la reforma mas completa que hemos tenido a nivel constitucional en el ámbito electoral. Esta reforma consiguió la aprobación por unanimidad de los miembros de las Cámaras, previa a la de las legislaturas locales²⁴.

El 15 de abril 1996 se concluyeron las negociaciones entre los partidos PRI, PRD y PT (mas tarde se incorporaría el PAN) con el objetivo de establecer una marco legal que sirviera como instrumento de transición a la democracia. Se propuso una

²³ Al respecto cfr. *ibidem*, pp. 35-36.

²⁴ Orozco Henríquez, Jesús, "Los valores éticos tutelados por el régimen electoral", en García Ramírez (coordinador), *Los valores...*, *op. cit.*, pp. 324-325.

reforma que incluía 27 modificaciones a la Constitución, así como 80 reformas legales en materia político-electoral (se pretendía incluir instrumentos como el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular).

La reforma se concretó a través del decreto publicado el 22 de agosto de 1996.

En 1996 se fija el límite al derecho de asociación con que cuentan los ciudadanos. En 1996 se establece que esa asociación deberá llevarse a cabo "en forma pacífica", de acuerdo con el artículo 35 constitucional fracción II (relativo a las prerrogativas de los ciudadanos).

Se detallan claramente las características y funciones de los partidos políticos; se estipula que se deberá garantizar que los partidos políticos cuenten de manera equitativa con los elementos necesarios para llevar a cabo sus actividades, por lo que se les otorga el derecho de utilizar los medios de comunicación social; asimismo, el financiamiento público deberá prevalecer sobre el particular y se detallan las bases de aquél.

Se especifican la integración y atribuciones de los órganos de gobierno del Instituto Federal Electoral. Se ratifica la condición de este instituto como órgano público autónomo, pues se excluye cualquier participación del ejecutivo. Se fijan las reglas de elección del presidente del Consejo y de los consejeros electorales, la duración de su encargo, las incompatibilidades y su responsabilidad.

Se incluye a los servidores públicos del Tribunal Electoral y a los del Instituto Federal Electoral dentro del régimen de responsabilidades de los servidores públicos (Título Cuarto de la *Constitución*), pudiendo ser sujetos de juicio político el Consejero presidente, los Consejeros electorales y el Secretario Ejecutivo del

Instituto Federal Electoral, así como los magistrados del Tribunal Electoral, cuyo juicio penal, en su caso, requiere declaratoria de procedencia que expida la Cámara de Diputados (excepto en el caso del Secretario Ejecutivo).

Se exige el establecimiento de un sistema de medios de Impugnación que además de ser definitivo, deberá garantizar la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar y ser votado y de asociación.

Se eleva del 1.5 por ciento al 2 por ciento de la votación el porcentaje que permite el acceso de los partidos a la asignación de diputaciones de representación proporcional. Se estipula la prohibición de que algún partido cuente con más de 300 diputados por ambos principios (mayoría relativa y representación proporcional); antes de esta reforma se permitía hasta 315.

Se disminuye en la Cámara de Senadores de tres a dos los miembros que se eligen por mayoría en cada entidad federativa, para conservar al que se elige como representante del partido que haya quedado en segundo lugar en la votación, con lo cual se permite que los partidos minoritarios cuenten con senadurías. En total la Cámara se integra por 128 senadores.

El Tribunal Federal Electoral adquiere el nombre de Tribunal Electoral y se integra al Poder Judicial de la Federación; se trata de la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral, después de la Suprema Corte de Justicia en acciones de Inconstitucionalidad sobre leyes electorales (única vía para plantear la Inconstitucionalidad de las mismas), sus resoluciones son definitivas e inatacables. Asimismo, se establece la estructura y funcionamiento del Tribunal Electoral, al que corresponderá llevar a cabo el cómputo definitivo y la declaración de validez de la elección del presidente, con base en el cómputo que realice el IFE, en tanto

que a la Cámara de Diputados corresponderá solamente emitir el bando solemne por el que se da a conocer la declaración de presidente electo.

"En el nuevo artículo 90, se propone consagrar al Tribunal Electoral como máxima autoridad jurisdiccional en la materia electoral. El presidente de la República ya no interviene en la integración del Tribunal Electoral"²⁵. Además, fija su organización en una Sala Superior y Salas Regionales. Permite la transparencia de su función al estipular que las sesiones serán públicas.

Las leyes federales y locales en materia electoral deberán promulgarse y publicarse por lo menos con noventa días de anticipación al proceso electoral de que se trate; en el mismo sentido, se prohibió hacer modificaciones sustantivas a las leyes de la materia durante noventa días antes del periodo electoral o durante el mismo. Esta reforma contribuye a la seguridad jurídica que debe privar en los comicios.

También se introducen reformas relativas a las elecciones en las entidades federativas, principalmente respecto del Distrito Federal²⁶, y se establece como imperativo de las leyes estatales, garantizar dentro de cada estado, los lineamientos establecidos en el ámbito federal.

²⁵ Barquín Álvarez, Manuel, "Reforma en materia electoral", *Boletín mexicano de Derecho comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, nueva serie, año XXX, número 90, septiembre-diciembre 1997, p. 1271.

2. En el Código Penal Federal

A. Nota preliminar

En la reforma electoral de 1996 que se acaba de reseñar, se detalló que las constituciones y leyes estatales deben tipificar los delitos, determinar las faltas y establecer las sanciones en materia electoral, según disposición expresa del artículo 116 fracción IV.

Naturalmente, se requería que las reformas constitucionales que se hicieron en materia electoral, fuesen implementadas mediante instrumentos, instituciones y normas en el ordenamiento secundario. Por ello, dichas reformas repercutieron en el *Código penal federal*, y específicamente, en el título que ahora nos interesa.

A pesar de que el título que incorpora los delitos electorales se introdujo hasta el año de 1990, debemos mencionar --de manera breve, pues no es tema de este estudio-- los antecedentes legislativos de los delitos electorales en nuestro país²⁷.

El primer antecedente lo encontramos en la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814. Establecía en su décimo artículo que debía sancionarse como delito de lesa humanidad, el atentado contra la soberanía del pueblo que cometiere algún individuo, corporación o ciudad.

Posteriormente, las *Reglas para las elecciones de Diputados de Ayuntamientos del Distrito y Territorios de la República*, del 12 de julio de 1830, mostraban la preocupación por salvaguardar la honestidad de los funcionarios o representantes

²⁶ Respecto de las modificaciones e innovaciones en el Distrito Federal cfr. *Ibidem*, pp. 1275-1277.

electorales, ya que sancionaban en sus artículos 46 y 47 el cohecho o soborno que favoreciera la elección de alguna persona; las Reglas establecían: "será penado de voz activa y pasiva por aquella vez"²⁸, también se previó la multa e incluso la pena de prisión.

El 30 de noviembre de 1836, Santa-Anna expide la *Ley sobre elecciones de Diputados para el Congreso general, y de los Individuos que compongan las Juntas Departamentales*, cuyo artículo 48 tipifica la falsificación de documentos, el uso indebido de los mismos y la alteración de la regulación justa de los votos. El correspondiente artículo 50 sancionaba con las penas referidas en el párrafo anterior, el cohecho y el soborno para favorecer la elección de alguna persona. La preocupación inicial de salvaguardar la honestidad de los funcionarios y representantes electorales, se extiende ahora hacia la conducta de los electores.

La *Convocatoria para la Elección de un Congreso Constituyente*, de 1841, incluyó en su artículo 66 la pena de privación del derecho de votar o ser votado, para los individuos que hicieren uso de violencia, soborno o cohecho con el objeto de favorecer la elección de determinadas personas. Se estipuló la misma sanción para las personas que mediante cualquier "crimen" quebrantaran la ley a la que se alude.

En 1871, se introduce en el código penal de Martínez de Castro, la regulación de los delitos electorales. El código contenía un título denominado "Delitos cometidos

²⁷ Cfr. al respecto González de la Vega, *Derecho penal electoral, op. cit.*, pp. 33-118.

²⁸ *Ibidem*, p. 38.

por los ciudadanos en las elecciones". El código de 1929 no incluyó ninguna disposición acerca de estos ilícitos²⁹.

En 1946 se expidió la *Convocatoria para un Congreso Extraordinario, a consecuencia del movimiento iniciado en San Luis Potosí el 14 de diciembre de 1845*. El artículo 122 de dicha disposición estableció medidas para detectar la comisión de cohecho o soborno con objeto de favorecer la elección de alguna persona; el mismo documento estableció la sanción de privación de voto activo y pasivo tanto para el autor del ilícito como para aquél que hubiese calumniado que otro llevó a cabo el ilícito, previo cumplimiento de la garantía de audiencia.

Para 1846, la *Convocatoria de Álvarez* (convocatoria para elegir un Congreso Constituyente) contempló los delitos de cohecho, soborno y violencia hecha con la finalidad de favorecer la elección de determinada persona; también consideraba delito cualquier conducta criminosa que quebrantara esa ley estableciendo para ese caso la sanción de privación del derecho de votar o de ser votado.

La *Ley Orgánica Electoral* de 1857, estableció como causas de nulidad de los nombramientos haber existido violencia de la fuerza armada, cohecho o soborno, conductas que evidentemente tienen naturaleza penal.

La siguiente ley electoral se expidió en 1865 y se denominó *Ley Electoral de Ayuntamientos*. Este ordenamiento contempla un amplio número de conductas ilícitas de naturaleza penal en sus artículos 14, 17 y 31, tales como: cohecho, soborno, votar más de una vez, votar o ser votado en cuartel diferente al empadronamiento, así como rechazar el cargo de concejales cuando hubieren sido

²⁹ Cfr. Barrerero Perera, Javier, "Los delitos electorales en la legislación penal mexicana", *Justicia Electoral*, México, vol. II, no. 3, 1993, p. 22.

electos por el pueblo; las sanciones iban desde la suspensión de su derechos de ciudadanía, hasta la multa.

El anterior catálogo de delitos no se compara con la extensa enumeración típica que se incluye en las diez fracciones del artículo 2º del *Decreto que reforma la Ley Electoral de 12 de febrero de 1857*, publicado el 8 de mayo de 1871. Dicha disposición se ha considerado como el germen del Derecho penal electoral, pues prevé en los artículos citados anteriormente, conductas punibles tales como el delito de falsedad, la suplantación de votos o fraude en la computación, el dejar de concurrir al desempeño de su encargo por parte de los electores, el de los electores que habiéndose separado de un Colegio Electoral no vuelvan a él cuando así se les haya solicitado, separarse de un Colegio Electoral para constituir otro en diverso lugar, dejar de fijar las listas de empadronamiento el día señalado para tal efecto, no entregar a los ciudadanos las boletas con la anticipación debida, no expedir dolosamente la boleta a algún ciudadano; falsificación de credenciales u otro documento electoral; robo o sustracción de los expedientes y documentos de la elección; lanzamiento o intento de lanzamiento de los integrantes de las mesas o Colegios electorales de manera tumultuaria; prestar apoyo a reuniones ilegítimas por parte de los funcionarios; entre otros.

Posteriormente, en la primer ley electoral del siglo XX, expedida por el entonces presidente Porfirio Díaz (el 18 de diciembre de 1901), desaparecen los preceptos relativos al Derecho penal electoral.

Para 1911 surge el primer ordenamiento electoral de la Revolución, durante la presidencia de Francisco I. Madero. Se denominó *Ley Electoral* y dedicó el capítulo VII a la nulidad de las elecciones secundarias. Entre las causas de nulidad se contemplaban conductas de connotación delictiva, tales como cohecho, soborno,

amenazas graves a una autoridad, ejercer violencia sobre los colegios municipales o la autoridad, así como portación de arma, siempre que se quiera favorecer la elección de alguna persona, y fraude.

El 20 de septiembre de 1916, Venustiano Carranza expide una ley electoral con la finalidad de convocar a un Congreso Constituyente; en el correspondiente artículo 26 incluyó un tipo penal sobre la inducción hecha a algún elector para manipular el sentido de su voto; esta conducta era penalizada con prisión y multa. Empero, encontramos en el artículo 57 una descripción típica sumamente abierta por la que se sancionaba todas las infracciones que no tuvieran pena establecida en el Código penal o en esa ley, según la gravedad del caso. Es evidente que se vulneraba la garantía de legalidad con esta disposición.

La *Ley Electoral* del nuevo México se expide apenas un día después de la promulgación de nuestra actual *Constitución*, el 6 de febrero de 1917. Esta ley incluye en su artículo 57 la descripción típica sumamente abierta a que hicimos referencia en el párrafo anterior.

Al año siguiente, el 2 de julio de 1918 se expide un ordenamiento con gran contenido penal, es la *Ley para la Elección de Poderes Federales*, que dedica todo un capítulo para tipificar las conductas delictivas y las disposiciones penales. Estas se incluyen en los artículos 12, 57, 60, 69, 72, 76, 87, 89, 95, 110 a 118, y 120 a 123, y destacan las siguientes hipótesis: los miembros de los Consejos no se excusan habiendo motivo para ello, o renuncian injustificadamente; voto en nombre de otra persona, o dos veces, agravándose la pena para el caso de los miembros de las mesas que consientan estas conductas; portación de armas en las casillas electorales; conducta del Presidente de la Mesa Electoral que no de entrada a las protestas de los representantes; extravío de los paquetes electorales;

Impedir que una casilla se instale o provocar que no se instale debidamente; uso de documento alterado, así como alteración del mismo; rehusarse a firmar una credencial a quien haya obtenido mayoría de votos o firmarla a dos o mas personas; abandono de una Junta Computadora por los miembros de la misma, antes de que termine su labor; no ejecutar o ejecutar indebidamente la revisión de la lista electoral, la confección y publicación de las listas y las notificaciones a ellas relativas; inscribir o borrar de las listas a un elector indebidamente; falsificación o alteración de las listas electorales; obtener de manera fraudulenta la inscripción o supresión de algún nombre en las listas electorales; omitir una inscripción o una suspensión de las listas electorales; intentar obtener sufragios a favor de una candidatura determinada o impulsar a los electores a la abstención, teniendo el agente la calidad de servidor público; obligar a los dependientes a emitir su voto en determinado sentido; admitir el voto de una persona que no tiene derecho a votar o impedir el de quien lo tiene, siendo el infractor funcionario de una oficina electoral; conducta de quien tenga esta misma condición e imposibilite el cumplimiento de las obligaciones electorales, cause la nulidad de la elección, altere el resultado de ésta, deje de concurrir injustificadamente al lugar y en el día designados, se separe de sus funciones antes que éstas terminen, se abstenga injustificadamente de proclamar el resultado del escrutinio, o de emitir los paquetes electorales y documentos relativos; asimismo, realizar propaganda en las casillas electorales; encarcelar de manera ilegítima a los propagandistas, candidatos o representantes de partido o candidato independiente; presentar acusación falsa contra algún propagandista, candidato o representante independiente o sus representantes, para favorecer intereses políticos; impedir una asamblea, una manifestación pública o cualquier otro acto de propaganda electoral cuando quien lo impida sea autoridad civil o militar.

Es importante resaltar que esta ley destaca por su gran riqueza en materia de Derecho Penal Electoral.

Se ha considerado que con la *Ley para la Elección de Poderes Federales* surge una nueva disciplina denominada Derecho penal electoral, aunque dicha disciplina se ubicó en una ley de carácter especial y no dentro del *Código penal*, como actualmente se contempla.

Esta ley fue sustituida por la *Ley Electoral Federal* del 7 de enero de 1946, en el tiempo de Ávila Camacho, que conservó el catálogo de los delitos electorales en el mismo sentido, con dos salvedades: se incluye en el artículo 130 la sanción a los ministros de culto religioso que induzcan el voto de los electores a favor de persona determinada o los impulsen a la abstención, y se sanciona con la expulsión del país a los extranjeros que se entrometan en asuntos políticos electorales.

La siguiente *Ley Electoral Federal*, del 4 de diciembre de 1951, también incluyó en su capítulo XII, denominado "De las sanciones" (artículos 140 a 149), un catálogo muy completo de tipos penales en materia electoral. Como novedad, se incorporó la sanción a los notarios públicos que se negaran a dar fe de los actos que lo requieran (artículo 140, fracción VI). Es imprescindible señalar la aportación de este ordenamiento a la transición democrática, pues introduce después de ser reformada en 1954, el reconocimiento del derecho de voto a las mujeres³⁰. Se aludió entonces a "mexicanos" y no a "varones" como antes se hacía. Por supuesto que esta modificación derivó de la reforma al artículo 34 de la Constitución Política

³⁰ Necesariamente influyó en esta reforma la ratificación que hizo México de la *Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer*, el 11 de agosto de 1954. Posteriormente, el 24 de marzo de 1981 se ratifica la *Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer*.

(publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de 1953), por virtud de la cual se estableció que ciudadanos de la República, eran los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, hubieran cumplido 18 años siendo casados o 21 si no lo eran, además de tener un modo honesto de vivir.

Finalmente, por reforma constitucional (Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1969), se otorga el voto a los jóvenes, al reducir la mayoría de edad de los 21 a los 18 años. Estas reformas favorecen en gran medida la transición a la democracia, una democracia sustentada en el respeto y garantía de los derechos humanos (entre ellos, los políticos)³¹.

La *Ley Electoral Federal* de 1951 previó también la existencia de la Comisión Federal Electoral, organismo encargado de organizar las elecciones que tendría vida hasta 1990, cuando sería sustituido por el Instituto Federal Electoral.

El 5 de enero de 1973 surge la *Ley Federal Electoral*, durante el periodo de Luis Echeverría. Este ordenamiento también dedica un capítulo II al Derecho penal electoral; incluye en los artículos 188 a 204 múltiples conductas ilícitas. Ya se inserta en este ordenamiento la sanción para los senadores y diputados electos que injustificadamente no se presenten a desempeñar el cargo dentro del plazo señalado para ello. Otra novedad es incluir la cancelación del registro de los partidos políticos nacionales cuando acuerden que sus miembros electos para senadores y diputados no se presenten a desempeñar el encargo, o cuando no acrediten a comisionados que los representen ante la Comisión Federal Electoral, o bien, cuando dejen de estar representados por dos ocasiones ante la Comisión;

³¹ Cfr. Bidart Campos, Germán J., "Democracia y representación", *Tendencias contemporáneas del Derecho electoral en el mundo. Memoria. II Congreso Internacional de Derecho electoral*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Tribunal Federal Electoral, Instituto Federal Electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993, p. 22.

también se sanciona al comisionado que no asista, sin causa justificada, a dos sesiones consecutivas del organismo electoral correspondiente. Se estipulan, además, otras hipótesis de cancelación o suspensión del registro que derivan de la violación de la ley electoral.

En 1977 se expide la *Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales --LOPPE--*. Esta ley no contempla disposiciones penales. "El legislador mismo las repudió, expresamente, al argumentar en cuanto al tema: 'Al introducirse las salvaguardas previstas en el contencioso electoral que crea, fijados, además, los nuevos mecanismos de designación de los integrantes de los organismos electorales y depurado el procedimiento, se abatirán considerablemente las Irregularidades que vician la expresión de la voluntad popular manifestada a través del voto. Por tal razón, el capítulo que establece las sanciones se concibió bajo un espíritu que obliga a confiar más en la responsabilidad de los ciudadanos, partidos políticos, organismos electorales y autoridades públicas, y en la efectividad del nuevo sistema electoral, que en Intenciones punitivas' "³², y quizá tuvo razón el legislador. Esta ley rigió los procesos electorales federales de 1979, 1982 y 1985.

Para las elecciones del 1988, que fueron tan significativas en nuestro país (porque se presentó una verdadera competencia de partidos, se favoreció la pluralidad y comenzó el declive del partido que se encontraba en el poder), se expidió el *Código Federal Electoral* en 1987. Este ordenamiento tuvo una corta vida de 3 años.

La necesidad de un ordenamiento que se adecuara a la realidad de nuestro país, dio lugar a la promulgación, en 1990, del nuevo *Código Federal de Instituciones y*

Procedimientos Electorales –COFIPE–, vigente hasta la fecha. Se publicó el mismo día (15 de agosto de 1990), como consecuencia de las reformas constitucionales de ese año (*supra*), el decreto que adiciona el título vigésimo cuarto del Código penal. Se consideró que las conductas lícitas no debían tipificarse en una ley especial, sino en el ordenamiento punitivo.

B. La reforma de 1990³³

El antecedente inmediato de esta reforma es la publicación en el *DOF* del decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos constitucionales, con la intención de establecer un nuevo régimen electoral aplicable a las elecciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión (*supra*).

El proceso legislativo se inicia con la iniciativa de *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, suscrita por el grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional. Recordemos que el decreto que incorpora este título al Código penal, es el resultado del proceso legislativo que también expide el COFIPE. Al mismo tiempo se presentaron iniciativas provenientes de los partidos Acción Nacional, Partido Auténtico de la Revolución Mexicana y Partido del Frente Cardenista de Reconstrucción Nacional, y del Grupo Parlamentario Independiente.

La Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados realizó el estudio de las iniciativas presentadas por los partidos. Respecto de éstas, se señaló en la exposición de motivos: "En su conjunto las iniciativas dan muestra

³² González de la Vega, *Derecho penal electoral*, *op. cit.*, p. 107.

³³ Publicada en el *DOF* el 15 de agosto de 1990. La fe de erratas de esta reforma se publicó el 6 de febrero de 1991 por el mismo medio.

de firmes convicciones partidarias por el pluralismo y la democracia³⁴. Se arribó a acuerdos muy importantes por lo que hace a la legislación electoral (tema que no corresponde ahora estudiar), baste decir que se definieron instrumentos e instituciones fundamentales para la democracia, tales como el financiamiento de partidos, el Instituto Federal Electoral y el entonces Tribunal Federal Electoral.

Por lo que hace a los delitos e infracciones administrativas, se consideró que su regulación debía ser trasladada a un capítulo especial del *Código penal federal*, por razones de "técnica jurídica"; que se deberían incluir además los delitos relativos al Registro Nacional de Ciudadanos, y que "debían establecerse sanciones específicas para los notarios y no solamente la denuncia de las irregularidades cometidas"³⁵.

También hubo acuerdo en que el Registro Nacional de Ciudadanos debía regirse por una ley propia, diversa de la legislación electoral, pues "su función entraña una responsabilidad estatal y ciudadana que rebasa lo estrictamente electoral"³⁶. Además, se acordó que la credencial para votar debía contar fotografía que asegurase la máxima identificación del votante, por lo que se incluyó una disposición transitoria para el uso de credenciales a partir de 1991.

Y finalmente, se señaló la intención de la reforma en ese momento del desarrollo electoral:

"Las comisiones que suscriben consideran de la mayor importancia establecer un régimen de transición que concilie las disposiciones de procedimientos así como las relativas a la implantación de las nuevas instituciones establecidas en la Constitución y

³⁴ Proyecto de dictamen de las Comisiones de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, presentado al Pleno el 13 de julio de 1990.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

desarrolladas en este código, con los tiempos y condiciones que impone el proceso electoral federal del año de 1991³⁷.

La reforma culminó con la publicación del COFIPE y la adición de 10 artículos al código punitivo, que contemplaban los delitos en materia electoral; todo en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de agosto de 1990.

C. La reforma de 1994

Publicada el 25 de marzo de ese año, la reforma obedeció a una iniciativa de los senadores. En marzo de 1994 los legisladores miembros del PRI, PAN y PRD solicitaron un periodo de sesiones extraordinarias del Congreso de la Unión para efecto de que se estudiara y dictaminara las reformas al título vigésimo cuarto del ordenamiento punitivo. El 22 de marzo de ese año la Comisión Permanente emitió el decreto por el que se convocó a un periodo extraordinario de sesiones para estudiar las reformas al artículo 41 de la Constitución Política, que ya mencionamos, y las reformas penales.

Se argumentó en la exposición de motivos, que la reforma proponía clarificar y sancionar mas rigurosamente los delitos, siempre respetando el espíritu del legislador de 1990, lo cual denota que el interés por salvaguardar las instituciones electorales iba creciendo. En esas fechas, ya se consideraba de mayor jerarquía los valores tutelados por la materia electoral, lo que se manifestó en el incremento de las sanciones. Es imperativo, para alcanzar la vida democrática del país, garantizar el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, mediante la sanción de las conductas que atenten en su contra.

³⁷ *Idem.*

La reforma que aquí se comenta, tuvo como antecedente las elecciones federales de 1991, en las que a través de las denuncias de los representantes de partidos y organizaciones ciudadanas, así como de algunos recursos presentados por diversos partidos, se tuvo conocimiento de "un sinnúmero de actividades de promoción del voto"³⁸. Asimismo, se conocieron las Irregularidades cometidas en materia de Registro Nacional de Electores y la expedición de la credencial para votar, como la manipulación del padrón electoral, la falsificación y el uso indebido de las credenciales de elector.

Todo ello sugería una reforma en materia penal, que abarcara todas las conductas ilícitas no tipificadas hasta entonces y que, de acuerdo con el consenso que se presentó, resultaba indispensable evitar y reprimir. Por ello se crearon 17 tipos delictivos y se establecieron nuevas sanciones.

"Se modifica de manera sustancial el sistema de penas que se imponen a los delitos electorales, en tanto que en el texto anterior se seguía el esquema de penas alternativas que se podrían convertir en conjuntivas, ... con la reforma, en todos los casos se aplicará a los delitos electorales de manera obligada esa doble sanción [pecuniaria y privativa de libertad]"³⁹, a excepción del caso de los ministros religiosos infractores, a los que solamente se impone multa, situación que ha sido severamente criticada. Se incrementan los tipos penales comunes o Indiferentes que no exigen calidad en el sujeto activo para ampliar el ámbito de aplicación. También se incrementa el catálogo de conducta delictivas que pueden cometer los funcionarios electorales, de once a seis. Se aumentan las sanciones a

³⁸ Tales como "desayunos el día de la jornada electoral; contactos personales y directos con el electorado; operaciones clientelares y corporativas de distintos tipos; así como robo de urnas, robo o destrucción de boletas o documentos electorales". Barreiro Perera, Francisco Javier, "Reforma penal en materia de delitos electorales y del Registro Nacional de Ciudadanos del 25 de marzo de 1994", *Justicia Electoral*, vol. IV, no. 5, 1995, p. 82.

los servidores públicos contempladas en el artículo 407, estableciéndose además la prohibición de gozar del beneficio de la libertad provisional, en el mismo sentido se establece un nuevo artículo 412⁴⁰. Se da vida a los delitos en materia de registro electoral, protegiendo el padrón electoral, los listados nominales y la lícita expedición de las credenciales para votar. Se adiciona un artículo 413 que dispone para los cómplices de los delitos contemplados en ese título la negativa de gozar del beneficio de la libertad provisional⁴¹.

D. La reforma de 1996

Se trata de otra gran reforma electoral, realizada mediante la modificación de la *Constitución*, como ya vimos, el *COFIPE*, la *Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, el *Código Penal* y el *Estatuto de Gobierno del Distrito Federal*. Asimismo, se expide la *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*. Todo ello, en virtud del decreto publicado el 22 de noviembre.

La reforma que aquí se trata, se presenta en medio de un intenso movimiento político en el país, y la exigencia de un cambio en el sistema electoral. Antes de esta reforma, el título correspondiente del código represivo no dejaba ver

³⁹ Cfr. Huerta Psihas, "Los delitos electorales...", *rev. cit.*, p. 103.

⁴⁰ Por lo que hace a la libertad provisional, recordemos que por disposición constitucional (artículo 20 fracción I), ésta es una garantía que deberá otorgarse siempre que no se trate de delito grave, así calificado por la ley. Son delitos graves, señala el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, aquellos que afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, mismos que se enumeran en ese artículo; sin embargo, dicho numeral no contiene el ilícito que ahora comentamos y que se prevé en el artículo 412. Y toda vez que tampoco este último señala que se trata de un delito grave, al prevalecer la garantía constitucional en materia penal, deberá otorgarse al indiciado su libertad condicional al inculpado. He aquí un desacierto.

⁴¹ Respecto de estas reformas cfr. Barreiro Perera, "Reforma penal...", *rev. cit.*, pp. 81-91.

claramente cual era el bien jurídico tutelado, incluso en la actualidad, como veremos adelante, se considera que se tutelan diversos bienes jurídicos. Y efectivamente, se tutela un solo bien mediato y diversos bienes de manera inmediata. Veamos.

III. TUTELA PENAL ESPECÍFICA

1. Introducción

En este apartado corresponde analizar de manera específica los bienes jurídicos que tutela el título vigésimo cuarto del Código penal federal, para identificar de esta forma el objeto de protección del aludido título. Recordemos lo dicho anteriormente respecto del sistema de clasificar los tipos penales en el código de la materia; advertimos entonces que lo idóneo es clasificar las conductas punitivas atendiendo al bien jurídico que de manera general se tutela, tomando en cuenta, claro está, el bien jurídico de mayor jerarquía, porque como también se señaló, un solo tipo penal puede proteger al mismo tiempo diferentes bienes jurídicos. En el caso específico, el legislador de 1990, que introdujo al código penal el título que se comenta, no tomó esta referencia en cuenta; mas bien, como se hizo en el caso de los delitos sexuales --antes de que se subsanara el error--, se atendió al carácter de la conducta y se denominó el título vigésimo cuarto como "Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos".

Ahora bien, para identificar los tipos que constituyen este título, se atendió al sujeto activo que puede llevar a cabo la conducta, a pesar de que en algunos de los supuestos se presenta duplicidad de tipos penales, que incluso puede encontrar similar en otros títulos del código penal, sobre todo en el relativo a los "Delitos cometidos por servidores públicos". El legislador estableció la siguiente

clasificación: delitos que puede cometer cualquier persona (artículos 403 y 409), los ministros de cultos religiosos (artículo 404), los funcionarios electorales (artículo 405), los funcionarios partidistas (artículo 406), los servidores públicos (artículo 407), los diputados o senadores (artículo 408), el personal del órgano que tenga a cargo el servicio del Registro Nacional de Ciudadanos (artículo 411), y los funcionarios partidistas o los organizadores de actos de campaña (artículo 412).

Varios de los supuestos fueron agregados en atención a la experiencia que se tuvo en los procesos electorales. Veamos a lo largo de este apartado cuál es el bien jurídicamente protegido en cada caso, para identificar finalmente el bien mediato sujeto a protección.

Hago la aclaración de que en el título vigésimo cuarto del *Código Penal Federal*, que sólo está integrado por un capítulo, se incluyen los delitos electorales, los delitos en materia de Registro Nacional de Ciudadanos y los delitos relativos al Registro Federal de Electores.

2. La tutela penal por artículos

A. Artículo 403

"Artículo 403.- Se impondrán de diez a cien días multa y prisión de seis meses a tres años, a quien:

- I. Vote a sabiendas de que no cumple con los requisitos de la ley;
- II. Vote más de una vez en una misma elección;
- III. Haga proselitismo o presione objetivamente a los electores el día de la jornada electoral en el interior de las casillas o en el lugar en que se encuentren formados los votantes, con el fin de orientar el sentido de su voto;
- IV. Obstaculice o interfiera dolosamente el desarrollo normal de las votaciones, el escrutinio y cómputo, el traslado y entrega de los paquetes y documentación electoral, o el adecuado ejercicio de las tareas de los funcionarios electorales;
- V. Recoja en cualquier tiempo, sin causa prevista por la ley, credenciales para votar de los ciudadanos;
- VI. Solicite votos por paga, dádiva, promesa de dinero u otra recompensa durante las campañas electorales o la jornada electoral;

- VII. El día de la jornada electoral viole, de cualquier manera, el derecho del ciudadano a emitir su voto en secreto;
- VIII. Vote o pretenda votar con una credencial para votar de la que no sea titular;
- IX. El día de la jornada electoral lleve a cabo el transporte de votantes, coartando o pretendiendo coartar su libertad para la emisión del voto;
- X. Introduzca en o sustraiga de las urnas ilícitamente una o más boletas electorales, o se apodere, destruya o altere boletas, documentos o materiales electorales, o impida de cualquier forma su traslado o entrega a los órganos competentes;
- XI. Obtenga o solicite declaración firmada del elector acerca de su intención o el sentido de su voto, o bien que, mediante amenaza o promesa de paga o dádiva, comprometa su voto en favor de un determinado partido político o candidato;
- XII. Impida en forma violenta la instalación de una casilla, o asuma dolosamente cualquier conducta que tenga como finalidad impedir la instalación normal de la casilla; o
- XIII. Durante los ocho días previos a la elección y hasta la hora oficial del cierre de las casillas que se encuentren en las zonas de husos horarios más occidentales del territorio nacional, publique o difunda por cualquier medio los resultados de encuestas o sondeos de opinión que den a conocer las preferencias de los ciudadanos⁴².

El artículo 403 establece las diferentes conductas ilícitas que puede cometer *cualquier persona*, es decir, se trata de un tipo común o indiferente, toda vez que no requiere calidad específica en el sujeto activo. Debemos exceptuar de esta clasificación la fracción II del mismo numeral, que exige en el sujeto activo la calidad de elector (ya que sólo así podría votar), tratándose en este caso de un delito propio, especial o exclusivo⁴².

Se ha aseverado que el bien que genéricamente tutela este precepto es el *derecho al voto*⁴³; otros autores aseguran que en este artículo, y de acuerdo a cada fracción, se tutelan diversos bienes jurídicos, aunque en una tercera opinión se ha señalado que al no tratarse de varios delitos, sino de uno solo con diversas

⁴² "...en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos. Esto quiere decir, que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo, con relación a aquel sujeto que no tiene dicha calidad exigida...". Porte Petit, *Análisis...*, op. cit., p. 346.

⁴³ Cfr. *Folleto informativo sobre los delitos electorales federales*, México, Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE), Procuraduría General de la República, s/f, p. 13.

modalidades de realización, se tutela en todas las fracciones principalmente "la adecuada función electoral"⁴⁴.

Por lo que hace a la fracción I, la doctrina ha señalado diversos bienes jurídicos tutelados, tales como la *autenticidad del sufragio*⁴⁵ y la *adecuada función electoral*, al "darse lugar a que se escrute y compute el voto ilegalmente depositado"⁴⁶.

En la fracción II se tutelan, la *autenticidad del sufragio*⁴⁷ y la *adecuada función electoral*, preservada frente al "peligro de que se altere el desarrollo de la función electoral al computarse el segundo voto o los ulteriores"⁴⁸.

La fracción III contiene varias hipótesis de comisión, que se pueden resumir en dos: actos de proselitismo y presión a los electores. En el primer supuesto se tutela la *limpieza electoral*, en tanto que en el segundo se protege, además, la *libertad de sufragio*⁴⁹. Señala Jorge Reyes Tayabas que lo que se tutela es la *adecuada función electoral*, ya que "al ponerse en peligro la libertad de los electores para sufragar, se perturba la función electoral que tiene a su cargo el Estado"⁵⁰. Moisés Moreno Hernández sostiene que se tutela la *libertad del sufragio*⁵¹.

⁴⁴ Reyes Tayabas, Jorge, *Análisis de los delitos electorales y criterios aplicativos*, México, Procuraduría General de la República, 1994, p. 41.

⁴⁵ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 28.

⁴⁶ Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 43-44.

⁴⁷ Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 40.

⁴⁸ Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 48-49.

⁴⁹ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., pp. 44-45, 48-49 y 52.

⁵⁰ Cfr. *Análisis...*, op. cit., pp. 53-54.

La fracción IV contempla diversas hipótesis consistentes en obstaculizar o interferir las siguientes actividades: el desarrollo normal de las votaciones, escrutinio y cómputo, traslado y entrega de los paquetes y la documentación electoral, y adecuado ejercicio de las tareas o funciones electorales. Por ello es que Olga Islas afirma que los bienes protegidos por esta fracción son el *normal desarrollo de las votaciones*, el *expedito y puntual escrutinio y cómputo de las votaciones*, el *expedito y puntual traslado y entrega de los paquetes y documentación electoral*, así como el *adecuado ejercicio de las tareas de los funcionarios electorales*⁵². En otra opinión, el objeto de protección es la *adecuada función electoral*, pues ésta resulta dañada cuando se demora, interrumpe o confunde el escrutinio o cómputo en el desarrollo de las votaciones⁵³.

La fracción V, protege, a decir de Olga Islas, el *ejercicio del sufragio*⁵⁴, y a decir de Reyes Tayabas la *adecuada función electoral*⁵⁵.

Se asevera que la *limpieza electoral* y la *incorruptibilidad del voto* son los bienes que tutela la fracción VI del artículo comentado. Sin embargo, también se ha dicho que la protección está referida a la *adecuada función electoral*⁵⁶.

La séptima fracción tutela la *inviolabilidad del secreto del voto*⁵⁷, aunque conforme a otra opinión la tutela se refiere a la *adecuada función electoral*⁵⁸.

⁵¹ Cfr. *Delitos electorales. Algunos lineamientos para el Ministerio Público*, México, Procuraduría General de la República, 1994, p. 13.

⁵² Cfr. *Análisis lógico semántico...*, op. cit., pp. 55, 57, 59, 60, 62, 64, 69, 71, 76 y 79.

⁵³ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 59-60.

⁵⁴ Cfr. *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 83.

⁵⁵ Cfr. *Análisis...*, op. cit., pp. 64-65. Señala este autor: "la función electoral se afecta, aunque sea en reducida parte, cuando se impide a los titulares de las credenciales conservarlas para poder ejercer sus derechos electorales". *Ibidem*, p. 65.

La fracción VIII sanciona al que lesione o ponga en peligro la *autenticidad del sufragio*⁵⁹, lo que en opinión de Reyes Tayabas corresponde a la *adecuada función electoral*, pues la acción de votar con una credencial ajena, además de alterar la función electoral, daña el derecho del ciudadano titular de la credencial que fue utilizada o se pretendió usar indebidamente, a ser solo él quien vote con esa credencial⁶⁰.

La fracción IX protege la *limpieza electoral* y la *libertad para emitir el voto*, además de la *adecuada función electoral*⁶¹, puesto que "con la acción se contraría el principio esencial para la función electoral, de que el sufragio se haga sin presión o coacción alguna a los votantes"⁶².

La décima fracción tutela penalmente varias hipótesis, que Olga Islas divide en tres, la primera referida a la "introducción o sustracción ilícita de boletas en o de las urnas", con la que se tutela la *veracidad de los resultados electorales* y la *limpieza electoral*; la segunda, contempla el "apoderamiento, destrucción o alteración de boletas, documentos o materiales electorales, dolosos o consumados", con la que se protege la *disponibilidad e integridad de las boletas*,

⁵⁶ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., p. 69.

⁵⁷ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 92. En el mismo sentido Sánchez Macías, Juan Manuel, "Consideraciones sobre los delitos electorales en México", *Justicia Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, año 1998, no. 10, p. 55.

⁵⁸ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., p. 74.

⁵⁹ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 96.

⁶⁰ Cfr. *Análisis...*, op. cit., pp. 79-80.

⁶¹ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 100. En opinión de Jesús Alfredo Dosamantes Terán, se tutela la *libertad de sufragio*. Cfr. *Nullidades y delitos electorales*, México, Procuraduría General de la República, 1994, p. 95.

⁶² Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 84-85.

documentos o materiales electorales (en los supuestos de apoderamiento o destrucción), o la *veracidad de las boletas, documentos o materiales electorales* (en los supuestos de alteración); y la tercera, que consiste en el "impedimento del traslado o entrega de boletas, documentos o materiales electorales", respecto de la que esa autora señala como bien jurídico el *expedito y puntual traslado y entrega de boletas, documentos o materiales electorales a los órganos competentes*⁶³. Por su parte, Reyes Tayabas manifiesta, como lo ha sostenido respecto de todo el artículo, que la tutela se refiere a la *adecuada función electoral*⁶⁴.

Olga Islas divide la fracción XI en dos hipótesis en atención a los bienes jurídicos que se protegen: "1) Obtenga o solicite declaración firmada del elector acerca de su intención o el sentido de su voto, y 2) Comprometa el voto del elector a favor de un determinado partido político o candidato mediante amenaza o promesa de paga o dádiva"⁶⁵. Sin embargo, considero que se trata de la misma conducta, aunque se utilicen diferentes medios, pues en todos los supuestos de esta fracción, se está comprometiendo el voto del elector, ya que a pesar de que se asegura que en el primer caso no se requiere comprometer el voto, lo cierto es que con la simple declaración firmada, de hecho, se está haciendo. En el segundo supuesto se compromete mediante la promesa de paga o dádiva, y en el último caso no se exige medio. La autora referida señala que los bienes jurídicos tutelados son la *limpieza electoral* y la *libertad para determinarse*⁶⁶. Por su parte Reyes Tayabas señala que se tutela la *adecuada función electoral*, ya que "con cualquiera de las modalidades abarcadas por el tipo se vulnera el principio esencial de la función

⁶³ Cfr. *Análisis lógico semántico...*, op. cit., pp. 108, 115 y 122.

⁶⁴ Cfr. *Análisis...*, op. cit., p. 89.

⁶⁵ *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 130.

⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 130 y 133.

electoral de que el voto sea emitido libremente por el elector⁶⁷. En opinión de Jesús A. Dosamantes, los objetos jurídicos protegidos son la *libertad para votar* y el *secreto del voto*⁶⁸.

La fracción XIII sanciona el impedir de manera violenta la instalación normal de una casilla, o llevar a cabo conductas tendientes a ello, por lo que Olga Islas señala que se trata de dos hipótesis distintas y afirma que los bienes protegidos son el *normal desarrollo de la jornada electoral* y el *ejercicio del sufragio*⁶⁹. Para Reyes Tayabas se trata de la *adecuada función electoral*, puesto que "con la acción se perturba o de plano se impide parcialmente el desarrollo de la jornada electoral"⁷⁰.

La última fracción del artículo que ahora se comenta tipifica la indebida difusión de los sondeos de opinión o resultados de encuestas. Este tipo atiende a la finalidad de proteger la *limpieza electoral*, puesto que la publicación de esta información influye en la determinación del voto de los electores y por ello se afecta la libertad que tienen para emitir su voto⁷¹.

B. Artículo 404

"Artículo 404.- Se impondrán hasta 500 días multa a los ministros de cultos religiosos que, en el desarrollo de actos públicos propios de su ministerio, induzcan expresamente al electorado a votar en favor o en contra de un candidato o partido político, o a la abstención del ejercicio del derecho al voto".

⁶⁷ *Análisis...*, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁸ *Nullidades...*, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁹ Cfr. *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, pp. 141-150.

⁷⁰ *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 100-101.

⁷¹ Cfr. *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 154.

El artículo 404 contempla un delito propio, especial o exclusivo en atención a la calidad del sujeto activo, ya que requiere que la comisión de esas hipótesis sea llevada a cabo por ministros de culto religioso. Es --según asegura René González de la Vega--, "el corolario punitivo a la infracción del artículo 130 constitucional"⁷².

Los bienes jurídicos protegidos en esta descripción típica son, según se afirma, el *libre ejercicio de los derechos políticos ciudadanos* y el *proceso electoral* "en su conjunto, como factor fundamental de la vida democrática, además de implicar violaciones a valores constitucionales e históricos contenidos en el artículo 130 de la Carta de Querétaro"⁷³. Conuerdo con este autor en atención al lugar en que se ubica el tipo penal; sin embargo, Olga Islas señala que los bienes jurídicos son la *neutralidad de los ministros de cualquier culto religioso frente a los procesos electorales* y la *libertad para sufragar*⁷⁴; en tanto que para Jorge Reyes se protege la *adecuada función electoral*, pues esta puede resultar dañada en el caso de que "los ministros de un culto religioso aprovechen el ascendiente moral que usualmente tienen sobre los feligreses para disminuir o eliminar la libertad de quienes sean electores en la emisión de su voto, o para influir para que no cumplan la obligación de votar que para todo ciudadano establece el artículo 36 fracción III de la Constitución Federal y reitera el artículo 4 párrafo 1 del COFIPE"⁷⁵.

En opinión de este autor, el objeto jurídico es la *preservación de la decisión histórica de separación entre Iglesia y el Estado*⁷⁶.

⁷² *Derecho penal electoral, op. cit.*, p. 258.

⁷³ *Ibidem*, pp. 259-260.

⁷⁴ *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 160.

⁷⁵ *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 108-109.

⁷⁶ Cfr. *Folleto Informativo sobre los delitos electorales federales, cit.*, p. 17.

C. Artículo 405

"Artículo 405.- Se impondrá de cincuenta a doscientos días multa y prisión de dos a seis años, al funcionario electoral que:

- I.- Altere en cualquier forma, sustituya, destruya o haga un uso indebido de documentos relativos al Registro Federal de Electores;
- II. Se abstenga de cumplir, sin causa justificada, con las obligaciones propias de su cargo, en perjuicio del proceso electoral;
- III.- Obstruya el desarrollo normal de la votación sin mediar causa justificada;
- IV. Altere los resultados electorales, sustraiga o destruya boletas, documentos o materiales electorales;
- V. No entregue o impida la entrega oportuna de documentos o materiales electorales, sin mediar causa justificada;
- VI. En ejercicio de sus funciones ejerza presión sobre los electores y los induzca objetivamente a votar por un candidato o partido determinado, en el interior de la casilla o en el lugar donde los propios electores se encuentren formados;
- VII.- Al que instale, abra o cierre dolosamente una casilla fuera de los tiempos y formas previstos por la ley de la materia, la instale en lugar distinto al legalmente señalado, o impida su instalación;
- VIII. Sin causa prevista por la ley expulse u ordene el retiro de la casilla electoral de representantes de un partido político o coarte los derechos que la ley les concede;
- IX.- (Se deroga).
- X. Permita o tolere que un ciudadano emita su voto a sabiendas de que no cumple con los requisitos de ley o que se introduzcan en las urnas ilícitamente una o más boletas electorales; o
- XI. Propale, de manera pública y dolosa, noticias falsas en torno al desarrollo de la jornada electoral o respecto de sus resultados".

El dispositivo 405, también de tipo especial, incluye en once fracciones las conductas delictivas que pueden cometer los funcionarios electorales (en rigor, servidores públicos). Son funcionarios electorales, según la fracción II del artículo 401, "quienes en los términos de la legislación federal electoral integren los órganos que cumplen funciones electorales". El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales detalla qué órganos llevan a cabo esta función, en síntesis, los señalados en el artículo 3º⁷⁷.

⁷⁷ Artículo 3º "La aplicación de las normas de este Código corresponde al Instituto Federal Electoral, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y a la Cámara de Diputados, en sus respectivos ámbitos de competencia". Ésta última, erigida en Colegio Electoral para calificar la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

De antemano señalemos que en todas estas hipótesis se protege también la *función pública*, y que el funcionario que la altere deberá sujetarse al régimen especial de servidores públicos del Título Cuarto de la Constitución Política.

La fracción I de este artículo contempla un tipo de delito en materia de Registro Federal de Electores (otro se incluye en el artículo 411). Aquí se tutela la *adecuada función electoral*⁷⁸, "que en gran parte descansa en la existencia, integridad y regularidad de los documentos relativos al Registro Federal de Electores, así como en el uso legal de ellos". Se protege además la *veracidad, autenticidad o integridad de los documentos relativos al Registro Federal de Electores*⁷⁹. En el mismo sentido, René González de la Vega considera que se trata de un tipo complejo, pues tutela al mismo tiempo más de dos bienes jurídicos: la *documentación en sí misma* y la *eficiencia y transparencia electoral*⁸⁰.

Los servicios inherentes al Registro Federal de Electores son proporcionados por el Instituto Federal Electoral por conducto de la Dirección Ejecutiva competente y de sus vocalías en las Juntas Locales y Distritales Ejecutivas, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 41 de la Carta Magna (artículo 135 del *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*). "El Instituto Federal Electoral debe incluir a los ciudadanos en las secciones del Registro Federal de Electores y expedirles la Credencial para Votar... La Credencial para votar es el documento indispensable para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de voto" (artículo 140). Otros documentos que deben considerarse son el catálogo general

⁷⁸ Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., p. 116.

⁷⁹ Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 166.

⁸⁰ *Derecho penal electoral*, op. cit., p. 265.

de electores (artículo 141 y siguientes), el padrón electoral (artículos 142 y siguientes) y las listas nominales de electores (artículos 155 y siguientes).

Olga Islas destaca la importancia de que los documentos relativos al Registro Federal de Electores sean auténticos y veraces, pues este requisito constituye uno de los puntos básicos para que la elección tenga posibilidades de ser democrática⁸¹.

La fracción II --según René González de la Vega-- "es el corolario punitivo a la fracción V del artículo 36 de la Constitución"; dicho artículo se refiere a las obligaciones de los ciudadanos y la específica fracción establece como obligación la de "desempeñar los cargos concejiles en el Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado". Dicha fracción extiende su protección hacia la *adecuada función electoral* y el *desarrollo puntual e integral del proceso electoral*⁸²; así se expresa incluso en el propio texto del Código punitivo cuando señala "en perjuicio del proceso electoral"⁸³.

⁸¹ Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 166.

⁸² Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 122-123. En el mismo sentido Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 179.

⁸³ Resulta interesante el señalamiento que hace Juan Manuel Sánchez Macías respecto de esta fracción que fue objeto de las reformas de 1996: "lo que se trata de tutelar o proteger es que el funcionario electoral cumpla con las funciones electorales que la ley le confiere precisamente con motivo de su cargo; es decir, si el funcionario incumple con sus obligaciones electorales, que no son las inherentes a su cargo, como por ejemplo, abstenerse de emitir su voto, estará incumpliendo con una obligación electoral, pero no propia de su cargo, razón por la cual no se colmará el tipo penal a estudio". "Consideraciones sobre los delitos electorales en México", *Justicia Electoral*, México, año 1998, número 10, p. 56.

La fracción III, tal como lo señala el propio texto, protege *el desarrollo normal de la votación*, Independientemente de la *adecuada función electoral*⁸⁴, la *organización electoral* y el *libre ejercicio de los derechos políticos ciudadanos*⁸⁵.

En la fracción IV se tipifica un fraude electoral⁸⁶, y el objeto jurídico a tutelar se traduce en la *adecuada función electoral*, pues para que ésta sea adecuada, se requiere que los resultados electorales sean precisos⁸⁷, y además se tutela la *veracidad y exactitud de los resultados electorales*, así como la *disponibilidad e integridad de las boletas, documentos o materiales electorales*⁸⁸.

En el supuesto de la fracción V, se vulnera la *función electoral* al interrumpir o amenazar con interrumpir la función referida⁸⁹, así como la *expedita y puntual entrega de los materiales electorales*⁹⁰. En opinión de González de la Vega tutela el *proceso electoral y su fluidez legal*⁹¹.

La siguiente fracción atenta contra la *libertad de sufragio* y es especialmente grave puesto que se lleva a cabo por un funcionario electoral, de quien debiera esperarse

⁸⁴ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., p. 127 e Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 184.

⁸⁵ Cfr. González de la Vega, *Derecho penal electoral*, op. cit., p. 273.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 275.

⁸⁷ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 132-133.

⁸⁸ Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., pp. 191 y 198.

⁸⁹ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 138-139.

⁹⁰ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 208.

⁹¹ Cfr. *Derecho penal electoral*, op. cit., p. 279.

imparcialidad y objetividad⁹². Se vulnera además la *función electoral* y la *limpieza electoral*⁹³.

Respecto de la fracción VII, el bien jurídico tutelado es el *normal y legal desarrollo y organización electoral*, al atentar directamente contra la adecuada organización de la jornada electoral y la limpieza y orden de los comicios⁹⁴, además de *la adecuada función electoral, el normal funcionamiento en tiempo y lugar de las casillas electorales*⁹⁵, y se perturba además "el derecho de los electores de emitir su voto precisamente en la casilla que legalmente les corresponda, dentro de los tiempos y en las formas previstas por la ley"⁹⁶.

La fracción VIII protege los *derechos de los representantes de los partidos políticos*. Así es como lo estipula el precepto, sin embargo, algunos autores aseguran que también se tutela la *adecuada función electoral*⁹⁷, esto último se deduce tomando en cuenta que el sujeto activo en el tipo penal detallado en la fracción VIII, es un funcionario electoral. Se protege, además, la *imparcialidad de los comicios*⁹⁸.

⁹² *Ibidem*, p. 280.

⁹³ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 144 e Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 217.

⁹⁴ Cfr. González de la Vega, *Derecho penal electoral*, *op. cit.*, p. 283.

⁹⁵ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 222.

⁹⁶ Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 150.

⁹⁷ Así Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 233 y Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 155.

⁹⁸ Cfr. González de la Vega, *Derecho penal electoral*, *op. cit.*, p. 286.

La fracción IX se derogó en 1996. En ella se sancionaba penalmente al funcionario electoral que "conociendo la existencia de condiciones o actividades que atenten contra la libertad del voto, no tome las medidas conducentes para que cese".

La fracción X contempla supuestos en los que el funcionario electoral permita o tolere que el votante lleve a cabo los delitos contemplados en las fracciones I y II del artículo 403, que ya se revisó. Se tutelan penalmente al *adecuada función electoral*, la *autenticidad del sufragio* y la *veracidad de los resultados electorales*⁹⁹.

En la fracción XI, que sanciona el propalar noticias falsas respecto del desarrollo o resultados de la jornada electoral, se protegen los bienes de la *adecuada función electoral* y el *derecho a la información veraz y oportuna sobre el desarrollo de la jornada electoral y/o de sus resultados*¹⁰⁰.

D. Artículos 406 y 412

"Artículo 406.- Se impondrán de cien a doscientos días multa y prisión de uno a seis años, al funcionario partidista o al candidato que:

I. Ejercer presión sobre los electores y los induzca a la abstención o a votar por un candidato o partido determinado en el interior de la casilla o en el lugar donde los propios electores se encuentren formados;

II.- Realice propaganda electoral mientras cumple sus funciones durante la jornada electoral;

III. Sustraiga, destruya, altere o haga uso indebido de documentos o materiales electorales;

IV. Obstaculice el desarrollo normal de la votación o de los actos posteriores a la misma sin mediar causa justificada, o con ese fin amenace o ejerza violencia física sobre los funcionarios electorales;

V. Propale, de manera pública y dolosa, noticias falsas en torno al desarrollo de la jornada electoral o respecto de sus resultados;

VI. Impida con violencia la instalación, apertura o cierre de una casilla; o

VII. Obtenga y utilice a sabiendas y en su calidad de candidato, fondos provenientes de actividades ilícitas para su campaña electoral".

⁹⁹ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., pp. 244 y 252. Jorge Reyes refiere solo la *adecuada función electoral* como bien jurídico. Cfr. *Análisis...*, op. cit., p. 166.

¹⁰⁰ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 256.

En el caso de los artículos 406 y 412 estamos ante conductas que sólo pueden llevar a cabo los funcionarios partidistas o los candidatos, por lo que se trata de delitos de naturaleza exclusiva. Son funcionarios partidistas "los dirigentes de los partidos políticos nacionales y de las agrupaciones políticas, y sus representantes ante los órganos electorales, en los términos de la legislación federal electoral" (artículo 401 fracción III del Código penal federal).

A decir de Juan Manuel Sánchez, en todas las hipótesis se tutela la *libre emisión del voto*¹⁰¹. La tutela específica se menciona enseguida.

La primera fracción del precepto que se comenta tiene como bien jurídico, según se ha dicho, el *adecuado comportamiento de los funcionarios partidistas y/o de los candidatos, la limpieza electoral y la libertad de sufragar*¹⁰². Atendiendo a lo que se señaló en el capítulo primero respecto de qué tipo de bienes pueden ser objeto de tutela penal, notamos que el "adecuado comportamiento" no es un bien digno de tutela por su connotación moral, sí lo sería, en cambio, la *adecuada función electoral*¹⁰³.

La fracción II sanciona las conductas que vayan contra la *adecuada función electoral* que tiene a su cargo el Estado, y asimismo se pone en riesgo la *libertad de los electores para sufragar*¹⁰⁴ y la *limpieza electoral*¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cfr. "Consideraciones sobre los delitos electorales...", *rev. cit.*, p. 57.

¹⁰² Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 262.

¹⁰³ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 178.

¹⁰⁴ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 183-184.

¹⁰⁵ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 188, e Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 268.

También en la fracción III se protege la *adecuada función electoral*, además de la *disponibilidad, integridad y veracidad de los documentos o materiales electorales* y la *seguridad del uso adecuado de los documentos o materiales electorales*¹⁰⁶.

La fracción IV de este artículo tipifica varias hipótesis. La primera es la relativa a obstaculizar el desarrollo normal de la votación o de los actos posteriores a la misma, y en la segunda, se requiere que con esa finalidad de ejerza violencia en los funcionarios electorales, aunque no haya obstrucción. En ambos casos se protege la *adecuada función electoral* y el *normal desarrollo de la votación y de los actos posteriores a ésta*, pero respecto de la segunda hipótesis se tutela además la *libertad de autodeterminación de los funcionarios electorales*¹⁰⁷.

La fracción V de este artículo detalla una conducta ya tipificada en la fracción XI del artículo precedente, la única variante radica en el sujeto activo. También en esta fracción se tutela la *adecuada función electoral*, según afirma Reyes Tayabas¹⁰⁸; asimismo, se pone en peligro el proceso electoral por cuanto hace a su credibilidad y transparencia. En cita textual de René González de la Vega, es un tipo "de peligro para la sana organización electoral y su credibilidad"¹⁰⁹. Por su parte, Olga Islas señala que también se protege el *derecho a la información veraz y oportuna sobre el desarrollo de la jornada electoral y/o de sus resultados*¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰⁷ Señala Olga Islas que la tutela demás está referida hacia el *expedito y puntual escrutinio y cómputo de las votaciones o la expedita y puntual clausura de la casilla, remisión y entrega de los expedientes y documentación electoral, o el expedito y puntual desarrollo de la etapa de cómputo de los consejos distritales* así como al *expedito y puntual desarrollo normal de la votación y de las etapas posteriores a ésta*. Cfr. *Análisis...*, *op. cit.*, pp. 294 y 302.

¹⁰⁸ *Análisis...*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁹ *Derecho penal electoral*, *op. cit.*, p. 290, cfr. también *ibidem*, p. 289.

¹¹⁰ *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 311.

La siguiente fracción repite una hipótesis de la fracción VII del artículo 405, con la salvedad del posible sujeto activo. Se tutelan aquí: la *adecuada función electoral*, el *derecho de los electores a emitir el voto*¹¹¹ y el *normal desarrollo de la jornada electoral*¹¹².

La última fracción de este artículo protege la *equidad en la contienda electoral* y la *licitud en el financiamiento de campaña*¹¹³. El artículo 412 señala:

“Se impondrá prisión de dos a nueve años, al funcionario partidista o a los organizadores de actos de campaña que, a sabiendas aproveche ilícitamente fondos, bienes o servicios en los términos de la fracción III del artículo 407 de este Código. En la comisión de este delito no habrá el beneficio de la libertad provisional”.

La fracción III del artículo 407, que señala las conductas punibles que pueden cometer los servidores públicos, se refiere a los “fondos, bienes o servicios que tenga a su disposición en virtud de su cargo”.

Se trata en este caso del delito de peculado, según el artículo 223 del código punitivo, sin que ahora se haga mención expresa de que debe de tratarse de un servidor público; sólo se refiere la calidad de funcionario partidista; sin embargo, al remitirse al artículo 407 que tipifica los delitos cometidos por servidores públicos, queda claro que el activo sólo podría ser un servidor de esta especie y, por ende, estaría a la vez cometiendo el delito de peculado.

En fin de cuentas, la tutela se amplía hacia la *adecuada función electoral* y específicamente, el *principio de neutralidad que debe observar el Estado a través*

¹¹¹ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., p. 205.

¹¹² Cfr. Islas, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 315.

¹¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 325, nota 391.

de todos sus servidores públicos en relación con la función electoral¹¹⁴, además, la transparencia y confiabilidad en las elecciones¹¹⁵.

E. Artículo 407

"Artículo 407.- Se impondrán de doscientos a cuatrocientos días multa y prisión de uno a nueve años, al servidor público que:

I. Obligue a sus subordinados, de manera expresa y haciendo uso de su autoridad o jerarquía, a emitir sus votos en favor de un partido político o candidato;

II. Condicione la prestación de un servicio público, el cumplimiento de programas o la realización de obras públicas, en el ámbito de su competencia, a la emisión del sufragio en favor de un partido político o candidato;

III. Destine, de manera ilegal, fondos, bienes o servicios que tenga a su disposición en virtud de su cargo tales como vehículos, inmuebles y equipos, al apoyo de un partido político o de un candidato, sin perjuicio de las penas que pueda corresponder por el delito de peculado; o

IV. Proporcione apoyo o preste algún servicio a los partidos políticos o a sus candidatos, a través de sus subordinados, usando del tiempo correspondiente a sus labores, de manera ilegal".

Por lo que hace al artículo 407, tal como ya lo señalamos, éste tipifica las conductas que sólo pueden llevar a cabo los servidores públicos en calidad de sujetos activos, por lo que estamos ante tipos especiales.

El régimen de los servidores públicos constituye uno de los llamados regímenes especiales¹¹⁶ y se rige por los lineamientos del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Deben considerarse servidores públicos, conforme al artículo 108 de la Carta Magna, "los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores

¹¹⁴ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 245-246.

¹¹⁵ Cfr. Islas, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 425, nota 501.

del Instituto Federal Electoral... Las Constituciones de los Estados de la República precisarán en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión en los Estados y en los Municipios”.

Por lo que hace a la responsabilidad penal, estipula el artículo 212 del Código punitivo federal:

“Para los efectos de este Título (Delitos cometidos por servidores públicos) y el subsecuente (Delitos cometidos contra la administración de justicia) es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal Centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fidelcomisos públicos, en el Congreso de la Unión, o en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal”.

Precisemos que la primera fracción del artículo 401 (el capítulo único del título que ahora se comenta: “Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos”) señala que deben considerarse como servidores públicos para efectos de “las personas que se encuentren dentro de los supuestos establecidos por el artículo 212”, que ya se transcribió.

En todas las fracciones de este artículo se protege, además de los bienes que se señalarán, el *servicio público*¹¹⁷ que de manera lícita deben llevar a cabo los servidores públicos. Recordemos que por disposición constitucional, los servidores

¹¹⁶ Cfr. García Ramírez, *Panorama...*, op. cit., pp. 179-181.

¹¹⁷ Según se afirma, “el bien jurídico tutelado consiste en preservar las condiciones legales a que se debe ajustar la contienda electoral y en evitar que se distorsione la función pública mediante la utilización de fondos, bienes o servicios estatales para fines diversos a las (sic) institucionales y con el propósito de favorecer a un partido político o candidato determinado”. Cfr. *Folleto Informativo sobre los delitos electorales federales*, cit., p. 23.

públicos están obligados a “salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones” (artículo 113). Adicionalmente se protege en todos los casos la *libertad en la emisión del sufragio*¹¹⁸.

Ahora bien, el supuesto establecido en la primera fracción consiste en un abuso de autoridad, en los términos del artículo 215 del ordenamiento que ahora se comenta. Empero, dicha hipótesis se repite en este artículo con objeto de diferenciar y otorgar mayor importancia al bien mediato protegido por este título, que detallaré adelante. En particular, se tutela la *adecuada función electoral, la libertad de sufragio y la transparencia, objetividad y credibilidad de la jornada comicial*¹¹⁹.

En la segunda fracción se incluye otra hipótesis de abuso de autoridad contemplada en el artículo 215 del código de la materia, por lo que su comisión lesiona el *servicio público*, pero en el caso específico, con la conducta del agente se vulneraría también la *adecuada función electoral, la libertad del sufragio y la imparcialidad del proceso electoral*¹²⁰.

También la fracción III encuentra correspondencia en otro delito comprendido en el título de “Delitos cometidos por los servidores públicos”, específicamente, el delito de peculado (artículo 223), que tutela además del *servicio público, los bienes y recursos del servicio público*; y para el caso de la fracción que se comenta, se protege la *adecuada función electoral, el principio de neutralidad que debe*

¹¹⁸ Cfr. Sánchez Macías, “Consideraciones sobre los delitos electorales...”, *rev. cit.*, p. 57.

¹¹⁹ Cfr. González de la Vega, *Derecho penal electoral, op. cit.*, p. 294 y Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 212.

*observar el Estado a través de todos sus servidores públicos en relación con la función electoral*¹²¹, así como la *transparencia, limpieza y equilibrio comicial*¹²².

Encontramos, finalmente, que en la cuarta fracción del precepto los bienes jurídicos tutelados son la *adecuada función electoral* y la *neutralidad y probidad frente a los procesos electorales de los servidores públicos en la dirección y mando sobre funciones públicas de los subordinados*¹²³.

F. Artículo 408

"Artículo 408.- Se impondrá sanción de suspensión de sus derechos políticos hasta por seis años a quienes, habiendo sido electos diputados o senadores no se presenten, sin causa justificada a juicio de la Cámara respectiva, a desempeñar el cargo dentro del plazo señalado en el primer párrafo del artículo 63 de la Constitución".

El ámbito de aplicación del artículo 408 se circunscribe a los diputados y senadores, por lo que se trata de un delito propio.

El artículo aludido es otro "corolario punitivo" de preceptos constitucionales: el del artículo 63 cuarto párrafo, que a la letra señala: "Incurrirán en responsabilidad y se harán acreedores a las sanciones que la ley señale, quienes habiendo sido electos diputados o senadores no se presenten, sin causa justificada a juicio de la Cámara respectiva, a desempeñar el cargo dentro del plazo señalado", así como el corolario punitivo del artículo 5 constitucional que establece tanto el derecho como la obligatoriedad de los cargos de elección popular directa o indirecta.

¹²⁰ Cfr. González de la Vega, *Derecho penal electoral*, op. cit., p. 298, Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 217-218 e Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 343.

¹²¹ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., pp. 222-223.

¹²² González de la Vega, *Derecho penal electoral*, op. cit., p. 301.

Existe acuerdo en la doctrina respecto del bien jurídicamente protegido por este tipo penal, pues en todos los casos consultados se asegura que es el *correcto desempeño de la función legislativa*¹²³, aunque Reyes Tayabas agrega la *eficacia final del sufragio* "consistente en que ocupen sus respectivos cargos quienes como candidatos triunfaron en la lid electoral", y por su parte Olga Islas señala adicionalmente el *expedito y puntual cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de diputado o senador electo*. A manera de síntesis, citemos a René González de la Vega, que señala: "se produce un daño material, tanto al mandato popular, cuanto a la integración de la Cámara que corresponda"¹²⁵.

G. Artículo 409

"Artículo 409.- Se Impondrán de veinte a cien días multa y prisión de tres meses a cinco años, a quien:

I.- Proporcione documentos o información falsa al Registro Nacional de Ciudadanos para obtener el documento que acredite la ciudadanía; y

II.- Altere en cualquier forma, sustituya, destruya o haga un uso indebido del documento que acredita la ciudadanía, que en los términos de la ley de la materia, expida el Registro Nacional de Ciudadanos".

En el precepto 409 se contempla un delito en materia de Registro Nacional de Ciudadanos. Las conductas ilícitas que ahí se describen, pueden llevarse a cabo por cualquier persona, y por ello se trata de tipos penales comunes o indiferentes; sin embargo, se establece una agravante para el caso de que dichas conductas se lleven a cabo por "personal del órgano que tenga a su cargo el servicio del Registro Nacional de Ciudadanos... o, si fuere de nacionalidad extranjera" (artículo 410).

¹²³ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 356, e *idem*, nota 431.

¹²⁴ Así Sánchez Macías, "Consideraciones sobre los delitos electorales...", *rev. cit.*, p. 58; Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 230 y Barrerero Perera, Francisco Javier, "Los delitos electorales en la legislación penal mexicana", *Justicia Electoral*, vol. II, no. 3, 1993, p. 30 (aunque con otras palabras).

El documento que acredita la ciudadanía, de acuerdo con la Ley General de Población, es la cédula de identidad ciudadana. Esta es "el documento oficial de identificación, que hace prueba plena sobre los datos de identidad que contiene en relación con su titular" (artículo 104). La otorga la Secretaría de Gobernación a través del Registro Nacional de Ciudadanos conforme al *Acuerdo mediante el cual se da a conocer el Programa para el establecimiento del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición de la Cédula de identidad Ciudadana* publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de junio de 1997.

También la Carta Magna tutela las obligaciones relativas al Registro Nacional de Ciudadanos, según el artículo 36 relativo a las obligaciones de los ciudadanos; la falta de inscripción a dicho registro se sanciona con la suspensión de sus derechos o prerrogativas (artículo 38).

Pero aludamos ahora a la tutela penal. La fracción I del artículo 409 del código punitivo tutela la *sinceridad de los datos del Registro*, la *credibilidad del Registro*¹²⁶, la *legalidad de los documentos que amparan la ciudadanía*¹²⁷; en fin de cuentas, se tutela la *autenticidad de los datos y documentos del Registro Nacional de Ciudadanos*.

La siguiente fracción establece diversas conductas. Estas pueden consistir en alterar, sustituir, destruir o usar indebidamente la Cédula de Identidad Ciudadana, que, como quedo dicho, es el documento que acredita la ciudadanía; empero,

¹²⁵ *Derecho penal electoral, op. cit.*, p. 305.

¹²⁶ Cfr. González de la Vega, *Derecho penal electoral, op. cit.*, p. 309.

¹²⁷ Cfr. Sánchez Macías, "Consideraciones sobre los delitos electorales...", *rev. cit.*, p. 58.

todas las hipótesis se dirigen hacia la protección de la *existencia, autenticidad, integridad y uso correcto del documento que acredita la ciudadanía*¹²⁸.

Finalmente, cuando estas hipótesis se lleven a cabo por personal que tiene a su cargo el servicio del Registro Nacional de Ciudadanos, dicha tutela no cambia, puesto que al realizarse las conductas ilícitas no lo está haciendo en ejercicio de su función sino en cumplimiento de su deber de ciudadano, lo que no sucede en el caso de que esos supuestos se lleven a cabo por extranjeros, ya que en esta hipótesis se vulnera además --según advierte Olga Islas-- el *orden jurídico político mexicano y el respeto a los derechos políticos de los mexicanos*¹²⁹.

H. Artículos 411 y 413

"Artículo 411.- Se impondrá de setenta a doscientos días multa y prisión de tres a siete años, a quien por cualquier medio altere o participe en la alteración del Registro Federal de Electores, de los listados nominales o en la expedición ilícita de credenciales para votar".

"Artículo 413.- Los responsables de los delitos contenidos en el presente capítulo por haber acordado o preparado su realización en los términos de la fracción I del artículo 13 de este Código no podrán gozar del beneficio de la libertad provisional".

El delito tipificado en el artículo 411 es similar al de la hipótesis prevista en el artículo 405, fracción I, que ya se comentó. Los funcionarios electorales son los sujetos aptos para llevar a cabo la alteración que requiere la descripción típica. Empero, aquí también se sanciona otra forma de intervención delictiva: la participación (ya no sólo la autoría), lo cual a todas luces resulta innecesario, puesto que para tales efectos contamos con el numeral 13 del código punitivo.

¹²⁸ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, op. cit., p. 376, asimismo *idem*, nota 459.

¹²⁹ Cfr. *Análisis lógico semántico...*, op. cit., pp. 388 y 393.

Y por lo que hace a la expedición lícita de credenciales para votar, se protege la *adecuada función electoral* y la *autenticidad de las credenciales para votar*¹³⁰.

Finalmente, el precepto 413, último de este título y capítulo del Código penal, establece que los responsables de los delitos que en este capítulo se contienen, por haber acordado o preparado su realización, en términos de la fracción I del artículo 13 del Código punitivo, no podrán gozar del beneficio de la libertad provisional¹³¹. Es difícil deducir de este artículo la finalidad para la que fue creado, pues, como vemos, además de que no se incluye aquí la protección de algún bien jurídico, la materia de autoría y participación se encuentra establecida en el referido artículo 13, como ya se señaló; independientemente de que la fracción I de este artículo difícilmente puede aplicarse en la práctica por tratarse de actos preparatorios que no proporcionan certeza respecto del delito que se pretendía a llevar a cabo¹³².

3. Las faltas administrativas

Reitero, que conforme al principio de mínima intervención del Derecho penal, sólo deben protegerse punitivamente los bienes jurídicos más valiosos y en contra de las lesiones más graves. Sin embargo, no pueden quedar sin sanción aquellas conductas que, a pesar de no ser tan graves, dañan el orden público, si lesionan bienes jurídicos, aunque sea mínima la afectación, y violentan el ordenamiento. De

¹³⁰ Cfr. Islas de González, *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 414 y Reyes Tayabas, *Análisis...*, *op. cit.*, p. 240.

¹³¹ Reiteramos aquí el comentario hecho respecto del artículo 412.

¹³² Inconvenientes sobre todo referidos a que no se puede sancionar la esfera interna de *Iter criminis*, esto es, el solo acuerdo, pues el pensamiento no delinque, y aunque la preparación se sanciona siempre que se adecue a lo establecido en el artículo 12 del código penal (tentativa), no es el título vigésimo cuarto el lugar idóneo para regular esta figura ya comprendida en la disposición general del citado numeral.

ahí la necesidad de sancionar administrativamente estas faltas, sin hacer uso de todo el aparato judicial.

En materia electoral, las faltas administrativas se contemplan en los artículos 264 al 272 del COFIPE. Así se detallan las conductas que pueden llevar a cabo los siguientes sujetos: cualquier persona, los observadores electorales y las organizaciones a las que pertenezcan, las autoridades federales estatales y municipales, los funcionarios electorales, los notarios públicos, los extranjeros, los ministros de culto, asociaciones, iglesias o agrupaciones religiosas, los partidos políticos y las agrupaciones políticas. Las sanciones pueden consistir en la cancelación de la acreditación de observador, la inhabilitación para que el observador sea acreditado; multa de hasta 200 días de salario mínimo general vigente; amonestación, suspensión o destitución del encargo (para el caso de los funcionarios); multa de hasta cinco mil días de salario mínimo, reducción de hasta el 50% de las ministraciones del financiamiento público, supresión total de la entrega de ministraciones, suspensión del registro y cancelación de éste para los partidos políticos y las agrupaciones políticas.

IV. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO: LA DEMOCRACIA

Como observamos en el apartado anterior, todos los tipos penales del título que se comenta protegen, en resumen, los atributos del voto y la función electoral.

Los atributos del voto están detallados en el artículo 4º del COFIPE: "El voto es universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible". En esta oración quedan resumidos los objetos de tutela de los diferentes tipos penales: la autenticidad del sufragio, el derecho al sufragio, la libertad del sufragio y la inviolabilidad del secreto del voto. Agreguemos, además, que se protege la adecuada función

electoral, toda vez que algunos preceptos penales pretenden proteger la limpieza electoral, el normal desarrollo de las votaciones, el escrutinio, la entrega e integridad de la documentación electoral y la veracidad de los resultados electorales.

Todos estos bienes jurídicos incluyen la tutela "inmediata" del título relativo. Empero, los mismos no son más que el medio para alcanzar los postulados del artículo 40 constitucional, que ya reseñamos, es decir, la debida función electoral y el cumplimiento cabal de los derechos políticos de los ciudadanos; son el medio para obtener la democracia, bien mediato de la tutela penal¹³³.

No existe sólo un fundamento para esta aseveración. Recordemos, además, que dentro de los procesos legislativos, el poder constituyente permanente ha manifestado siempre su voluntad de favorecer el proceso de democratización de la Nación. Por ello afirmamos que el bien jurídico protegido por el título vigésimo cuarto del *Código penal federal*, es la democracia.

Para fortalecer esta idea, recordemos que el legislador de 1987, mediante el *Código Federal Electoral*, estableció su interés por la protección de la democracia, que caracterizó en los siguientes términos: "La democracia, como la define el artículo 41 Constitucional, es la traducción de la soberanía popular en instituciones. Para concretarla es indispensable que la nación ejerza esta soberanía por conducto de los órganos de representación popular. Esto implica la creación de instancias, la precisión de facultades, la multiplicación de cauces y el perfeccionamiento de procesos y garantías para recabar eficazmente la voluntad del cuerpo electoral y

¹³³ Cfr. Reyes Tayabas, *Análisis...*, op. cit., p. 19.

realizar así la importante acción democrática que consiste en traducir los votos en eficacia gubernamental¹³⁴.

Ahora bien, la afirmación de que el bien mediato de la tutela penal de este capítulo, es la Democracia, se apoya también en consideraciones doctrinales. Giovanni Sartori¹³⁵, explica la democracia definiéndola por su contrario; así realiza un estudio sobre sus posibles opuestos: tiranía, despotismo, dictadura, absolutismo, autoritarismo, totalitarismo y autocracia. De este estudio llega a la conclusión de que el término realmente opuesto a Democracia es autocracia¹³⁶, destacando para este estudio, los siguientes razonamientos: "autocracia es autoinvestidura, es proclamarse jefe de sí mismo, o también, encontrarse en situación de ser jefe por derecho hereditario. Por el contrario, el principio democrático es que ninguno se puede investir con el poder de sí mismo, que ninguno puede autoproclamarse jefe, y que ninguno puede heredar el poder"¹³⁷.

Resulta claro que el punto de contradicción entre Democracia y Autocracia es la legitimidad del poder. La legitimidad del poder se obtiene mediante las elecciones. "Cualquier régimen--continúa Sartori--, cuyo 'personal político' para controlar es escogido a través de elecciones libres, competitivas, y no fraudulentas, se clasifica como democracia"¹³⁸. Pero la democracia tiene otros límites además de la

¹³⁴ Citado por González de la Vega, *Derecho penal electoral, op. cit.*, p. 108.

¹³⁵ Cfr. *¿Qué es la democracia?*, trad. Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993, pp. 115-131.

¹³⁶ En el mismo sentido Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 2ª ed., trad. José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, sección de Obras de Política y Derecho, p. 24.

¹³⁷ Sartori, *op. cit.*, p. 130.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 131. En similar sentido, Alain Touraine señala que existen tres dimensiones de la democracia: "la representación de los intereses de la mayoría, la ciudadanía y la limitación del poder por los derechos fundamentales". *¿Qué es la democracia?*, 2ª ed., trad. Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, sección de obras de sociología, p. 180.

legitimidad del poder, así descansa en el principio de que ninguno puede detentar a título propio e irrevocable el poder; asimismo, ninguno puede ejercer el poder sin condiciones ni límites (premisa del constitucionalismo).

Respecto de la premisa inicial, el poder sólo puede ser atribuido por el reconocimiento y la investidura de otros. De tal manera que no habría democracia si la designación de los dirigentes no proviene del consenso popular. Asimismo, el consenso popular debe darse de manera libre, mediante la elección de distintas alternativas, lo contrario excluiría a la Democracia. Por lo que hace al principio de constitucionalismo, modo de construir al Estado, deriva en el poder, difuso, limitado, controlado y responsable.

En el mismo sentido Alain Touraine, señala que en general, existen dos definiciones de la democracia. La primer definición procura dar forma a la soberanía popular, en este caso la democracia se está definiendo por su sustancia. La segunda definición de democracia está referida a los procedimientos para asegurar la libertad del debate político, ésta última, es la más simple de enunciar: "la libertad de las elecciones, preparada y garantizada por la libertad de asociación y expresión, debe ser completada por reglas de funcionamiento de las Instituciones que impidan la malversación de la voluntad popular, el bloqueo de las deliberaciones y decisiones, la corrupción de los elegidos y los gobernantes"¹³⁹. Es a esta última definición a la que se refiere la tutela de los atributos del voto, pero la protección de la democracia no se agota en proteger el voto, la democracia es un término muy amplio que requiere de un sinnúmero de instrumentos para su consecución.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 169.

Como vemos, la parte fundante de la Democracia, son las elecciones legítimas; de ahí que se siga afirmando que con la protección de los atributos del voto, que tiene por finalidad resguardar la legitimidad a las elecciones, se están protegiendo los postulados fundamentales de la Democracia.

Por otra parte, es imprescindible dejar muy claro que si bien la intención de las disposiciones penales de este título es la protección de la democracia, ésta no se funda sólo en el derecho penal electoral, sino incluye además otros elementos, como el poder político, los partidos políticos, el electorado y la legislación constitucional. En palabras de Alain Touraine, "la democracia no se basa únicamente en leyes sino sobre todo en una cultura política"¹⁴⁰.

Por ello, el legislador no debe ser tan severo en el establecimiento de las sanciones a estos delitos, puesto que para prevenirlos puede echar mano de otros recursos; el derecho penal es, como ya dijimos, el último recurso, al que se puede acudir siempre que los otros medios no hayan resultado eficaces.

Lamentablemente, en algunos casos el legislador no toma en cuenta este criterio, así como tampoco toma en cuenta el principio del bien jurídico por el que la sanción se establece con base en la afectación y el valor del mismo. Difícilmente podría recurrir a este criterio, puesto que clasificó los delitos conforme al autor, no conforme al bien jurídico tutelado, como es idóneo. Por ello no existe congruencia en la imposición de las sanciones, tal como ya lo destacó Olga Islas¹⁴¹.

Pero ¿cómo debe entenderse la democracia como objeto de tutela de estas disposiciones penales? German Bidart detalla que la democracia se entiende como

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 25.

forma de Estado, no como forma de gobierno, pues se refiere a la relación establecida entre el poder estatal y la sociedad; la democracia consiste esencialmente en "instalar a los hombres en la comunidad política de acuerdo con su dignidad, con respeto, tutela y promoción de su libertad y de sus derechos"¹⁴².

Por ello, continúa el autor citado, el núcleo central de la democracia radica en la protección de los derechos humanos, dentro de los que se encuentran incluidos los derechos políticos. A través de ellos el pueblo podrá elegir a sus gobernantes y mediante el fenómeno de la representación, gobernar. Sólo de esta manera se puede alcanzar el postulado fundamental que describe a la democracia: el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

¹⁴¹ Cfr. *Análisis lógico semántico...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴² "Democracia y representación", *rev. cit.*, p. 21.

CAPÍTULO CUARTO

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

I. INTRODUCCIÓN

Corresponde a este capítulo el estudio de los bienes jurídicos que pretenden tutelar los preceptos relativos a los delitos contra la salud, sólo por lo que hace a narcóticos. El Título Séptimo de la parte especial del Código penal se denomina "Delitos contra la salud" e incluye dos capítulos: el primero, "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos", y el segundo, "Del peligro de contagio". Se estudiará aquí sólo el primer capítulo por considerar que con la tipificación del delito de peligro de contagio se protege el bien jurídico de la integridad física, un aspecto de la salud individual, que no se puede encuadrar en la tutela a la salud pública ni dentro de lo que actualmente se denomina narcotráfico. Aunado a lo anterior, el objetivo de esta tesis es el estudio de los bienes jurídicos tutelados de reciente protección, y el delito de peligro de contagio ya figuraba en la publicación original del Código penal de 1931, en el artículo 199 bis¹. Cabe precisar, que el código de 1931 ya se incluía un apartado relativo a los delitos contra la salud, sin embargo, las conductas ahí tipificadas divergen en gran medida de las que bajo la misma clasificación encontramos actualmente en nuestro código, por lo cual se consideró necesario estudiar los tipos penales de delitos contra la salud tal como ahora se contemplan.

En la denominación de "narcotráfico" se integran todas las conductas típicas que ponen en peligro la salud pública, pero no sólo eso, también se incluyen bajo el

¹ El texto en la publicación original era el siguiente: "El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en período infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio".

mismo término algunos delitos conexos que se despliegan a la par, como delincuencia organizada, contrabando, tráfico de armas y operaciones con recursos de procedencia ilícita². No obstante la conexidad de estos delitos con el de narcotráfico, a lo largo de este capítulo utilizaré el término narcotráfico para referirme a las conductas ilícitas que detalla el Capítulo Primero del Título Séptimo del Libro Segundo del Código penal, es decir, ilícitos contra la salud pública en materia de narcóticos.

Debo precisar que en la Ley General de Salud se incluyen delitos especiales que tienden a proteger predominantemente la salud pública, entendida como la suma de cada salud individual de las personas de la colectividad; son tipos penales que buscan preservar las condiciones de higiene y sanidad que deben regir en ciertas actividades. La tutela no se extiende al concepto amplio y complejo de la salud pública en el sentido que se concibe con respecto de los tipos relativos a narcotráfico, por lo que los delitos especiales tipificados en el ordenamiento sanitario no serán materia de estas reflexiones³.

Las conductas típicas originalmente consideradas como lesivas para la salud pública fueron trasladadas a la Ley General de Salud, y en su lugar se incluyeron tipos penales relativos al narcotráfico. También ha evolucionado de manera radical la concepción que se tenía sobre la salud pública, que en un principio estuvo

² En opinión de Sergio García Ramírez, los delitos conexos a los de narcotráfico, son: contrabando, infracciones migratorias, tráfico de armas y alianza con sociedades delictivas. *Narcotráfico. Un punto de vista mexicano*, México, Ed. Miguel Angel Porrúa, 1989, p. 30.

³ Sobre los bienes jurídicos que específicamente tutela la Ley General de Salud en la parte relativa a ilícitos especiales, cfr. Osorio y Nieto, César Augusto, *Delitos federales*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998, pp. 38-65. Señala el autor que los bienes protegidos son: la salud humana (individual y pública), el control que debe existir sobre todo lo relacionado con la sangre y sus derivados, el control estatal sobre el manejo de órganos y tejidos, el control sanitario de órganos, tejidos, cadáveres o fetos humanos, el respeto a los muertos, el correcto desempeño del empleo, cargo o comisión en las disciplinas para la salud, el correcto desarrollo biopsíquico, el derecho a decidir de manera libre la maternidad; de manera especial, la salud de los menores incapaces, su correcto

referida al ámbito físico y actualmente a los aspectos físicos, psíquicos y sociales. Además, la tutela se ha extendido hacia otros bienes jurídicos igualmente importantes, tal como se tratará de demostrar a lo largo de este estudio.

Y es que el fenómeno de narcotráfico es una cuestión novedosa, se trata de un delito moderno⁴, ahí radica la justificación para su reciente incorporación al Código penal. La evolución legislativa en la materia, como producto del cambio en la conciencia social y estatal, ha traído como consecuencia la ampliación de hipótesis típicas, el incremento en las sanciones, y en general, nuevos matices del fenómeno del narcotráfico. Por todo ello, considero oportuno incluir los delitos contra la salud pública en este estudio, puesto que su tutela se ha visto caracterizada por nuevos enfoques.

La legislación pretende adecuarse a la realidad, aunque esto no siempre es posible. El delito de narcotráfico evoluciona rápidamente, incluye nuevas formas y medios de comisión, se organiza, se perfecciona, trasciende fronteras; hace necesaria la colaboración entre naciones mediante la creación de instrumentos internacionales. El narcotráfico ha sido caracterizado como una "experiencia delictiva de la globalidad", lo que se explica si tomamos en cuenta que la evolución tecnológica, las comunicaciones y los medios de transporte hacen al mundo más pequeño, lo globalizan. Si bien la globalización ha traído a la humanidad innumerables beneficios, por la vía del mal este fenómeno acarrea nefastas consecuencias, como el crimen organizado, la delincuencia internacional y el narcotráfico⁵.

desarrollo biopsíquico, y la salud pública en caso de urgencias generales. *Idem*.

⁴ "El delito de narcotráfico es un típico delito moderno; quizás 'el' típico delito de nuestro tiempo. Combina datos centrales de la delincuencia: astucia y violencia. Se comete con ingenio y con la fuerza". García Ramírez, *Narcotráfico...*, *op. cit.*, p. 14.

⁵ González Fernández, José Antonio, intervención en: Comisión de Justicia, Cámara de Diputados, *Consulta nacional sobre el combate al narcotráfico*, México, 1995, p. 14.

No todo en la globalización son bondades, entre las crisis que trae consigo este fenómeno se encuentra la crisis de valores y principios humanos. A la par del surgimiento de los bloques económicos, surgen también los bloques criminales en el bajo mundo, sus alcances son también universales y se constituyen en verdaderas multinacionales del delito. "Esta es la dicotomía del modernismo, sociedades modernas, coaligando entre sí objetivos lícitos comunes, que avanza rápidamente en comparación con los esfuerzos civilizados que se hacen para combatirlo"⁶.

De manera general, la internacionalización del narcotráfico se puede explicar de la siguiente forma: mientras que los países productores de sustancias narcóticas son principalmente países tercermundistas, los llamados países consumidores están ubicados en Europa y Norteamérica⁷, por lo que las organizaciones de narcotraficantes deben buscar la manera de trasladar la droga y expandir sus mercados a lo largo de los diferentes países. La explicación no puede aceptarse en sus términos, no debemos estigmatizar a los países como productores, consumidores o de tránsito; de acuerdo con Sergio García Ramírez "una 'geomoral' simplificadora, superficial y peligrosa, lleva a hablar de países 'productores' y países 'consumidores'. Esta apreciación trivial pretende cargar las culpas sobre algunos países --en una suerte de responsabilidad moral colectiva, a todas luces aberrante--, y desconocer las verdaderas causas del problema"⁸.

⁶ Ordaz Merino, Arturo, "Solidaridad de las naciones en la prevención y persecución de los delitos contra la salud", *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, Estado y sociedad*, México, Universidad de Sonora, 1995, pp. 147-148.

⁷ Saavedra Rojas, Edgar, "La globalización en la política criminal del narcotráfico", *Cuadernos de Posgrado*, México, serie a, núm. 11, enero-junio 1998, 1ª ed., p. 31.

⁸ *Derecho penal, op. cit.*, p. 153.

Las características del narcotráfico son las de la delincuencia contemporánea. Un rasgo del crimen contemporáneo --explica García Ramírez-- es la trascendencia territorial. Trae consigo trascendencia personal. Antiguamente el crimen se confinaba. Comenzó en la calle y pasó al barrio, a la ciudad. Siguió hacia la nación, la región, el conjunto internacional.-- El infractor procuraba eludir a la autoridad. Adelante optó por sobornarla. Ahora pretende designarla, para completa protección y prosperidad de su sistema delictivo (ya no un delito; un sistema). Se va del cohecho a la pretensión política: toma del poder"⁹.

Es evidente entonces que el narcotráfico contemporáneo pone en peligro no solamente la salud pública, también al servicio público, la política, la economía y la administración pública, entre otros bienes que iré reseñando a lo largo de este capítulo. Por ahora adelanto, en apreciación de García Ramírez, que con el narcotráfico se vulnera "además de la salud pública e individual, la paz, la seguridad social y nacional, el Estado o, inclusive, la comunidad internacional"¹⁰.

El fenómeno de narcotráfico puede incluso desestabilizar sistemas completos, es el caso de Colombia, cuyas condiciones políticas la hacen vulnerable ante este tipo de delincuencia. Edgar Saavedra Rojas reseña la manera en que miembros de este tipo de organizaciones delictivas han obtenido posiciones en el gobierno, han legislado beneficios penales y conseguido su "seguridad" para el caso de ser

⁹ *Narcotráfico...*, *op. cit.*, pp. 13-14. Las características que se han atribuido a la delincuencia moderna, coinciden perfectamente con las del narcotráfico moderno. Basta observar las tendencias de esta delincuencia moderna: a) "mayor organización, originando el desarrollo del crimen organizado; b) mayor violencia en la comisión de ciertos delitos; c) proliferación de los llamados 'delitos de cuello blanco', entre los que destacan los delitos económicos y financieros, tráfico de divisas, fraudes a través de computadoras (fraudes informáticos), etc., y de internacionalización de la delincuencia, como es el caso del tráfico internacional de estupefacientes y psicotrópicos". Hernández Moreno, Molsés, intervención en: *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁰ *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 153.

aprehendidos¹¹. No es deseable que esto suceda en México, cuyas condiciones políticas se consideran más estables¹².

En nuestro país, el problema del narcotráfico aún no adquiere dimensiones tan alarmantes, si lo comparamos con aquellos países que tiene la vanguardia en el problema, como Estados Unidos, que es el principal consumidor a nivel internacional¹³. Debido a sus condiciones climatológicas y ubicación geográfica, México ha sido considerado país productor y de tránsito de la droga. Sin embargo, el problema se ha agravado en poco tiempo, el consumo tiende a incrementarse.

La consideración realizada en 1973 en la Exposición de Motivos del Código Sanitario, nos muestra la situación que imperaba en aquella época en materia de consumo de droga: "el problema de la farmacodependencia no ha alcanzado en México el grado de gravedad que presenta en otras naciones, pero ello no nos debe conducir a la complacencia. Sabemos que el fenómeno se presenta también en nuestro país, y que en los últimos años se ha apreciado un incremento en el número de las víctimas de ese vicio social. Por otra parte, deseamos colaborar con base en un principio de solidaridad internacional, en la lucha conjunta contra este grave problema"¹⁴.

¹¹ "La globalización...", *op. cit.*, pp. 40-41.

¹² Marcos Kaplan, al referirse al caso colombiano señala: "El país cuenta en su haber con un terreno ideal para el cultivo; la ubicación excepcional para el contrabando de drogas hacia los Estados Unidos; un Estado débil y corruptible; un entrelazamiento histórico de tradiciones sociopolíticas, mercantiles, empresariales, delincuenciales y violentas". "La crisis del Estado y el narcotráfico latinoamericano", *Cuadernos Americanos*, México, UNAM, nueva época, año VII, vol. 4, núm. 40, julio-agosto 1993, pp. 12-13.

¹³ Según datos que proporciona el CONADIC/SSA, en los Estados Unidos el 32.9% de la población urbana de 12 a 65 años ha usado drogas alguna vez en su vida, en tanto que en México tan sólo el 4.7%. "Comparativo Internacional Prevalencia *alguna vez en la vida* del uso de marihuana en población general", <http://ssa.gob.mx/conadic>.

¹⁴ Cit. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código Penal anotado*, 22ª ed., México, Ed. Porrúa, 1999, pp. 482-483.

Las estadísticas demuestran que en nuestro país el problema crece. La Comisión Nacional de las Adicciones hace notar que entre la población urbana de 12 a 65 años de edad, el porcentaje de las personas que han consumido drogas ilícitas en general, alguna vez en la vida, se ha incrementado del 3.33% en 1988 al 5.27% en 1998, un incremento desmesurado en tan sólo diez años. De manera específica, y bajo el mismo criterio el consumo de la marihuana ese periodo se incrementó del 2.99% al 4.70%; el porcentaje en relación con inhalables aumentó del 0.76% al 0.80%, y el de la cocaína del 0.33% al 1.45%. Por supuesto esta situación encuentra matices atendiendo a la zona geográfica, así, durante el mismo periodo de tiempo en la región norte del país el consumo se incrementó del 3.70% al 6%, en la centro del 3.58% al 5.97%, y en la región sur el incremento fue del 2.50% al 2.69%¹⁵.

Cabe también destacar que los delitos contra la salud son competencia federal y por ello no se contemplan en el Código Penal para el Distrito Federal. El ámbito de competencia federal con que cuenta la materia se deriva de la fracción XVI del artículo 73 de la propia Constitución¹⁶ que prevé entre las facultades del Congreso de la Unión, legislar lo concerniente en materia de salubridad general de la

¹⁵ IMP, DGE, CONADIC/SSA, "Encuestas nacionales de adicciones", <http://www.ssa.gob.mx/conadic>. En el consumo de drogas influyen varios factores, entre ellos la integración familiar, pues destaca en las estadísticas realizadas a los menores que trabajan el hecho de que el consumo de drogas es mayor entre aquéllos que no viven con su familia que entre los que están integrados al núcleo familiar. En los varones, el 5.6% de los que consumen drogas vive con su familia, mientras que en el 32.8% no existe esta integración, y respecto de las mujeres, el 1.9% de las consumidoras vive con sus familias y el 12.9% no. DIF/IMP, "Estudio de niñas, niños y adolescentes trabajadores en 100 ciudades", <http://www.ssa.gob.mx/conadic>. Otro de los factores que influye en el consumo de las drogas es la ocupación, el índice de consumo de drogas entre los menores de 12 a 17 años que por alguna razón habían abandonado la escuela, es más de tres veces superior que el de quienes continúan estudiando, por ello, a nivel nacional, de entre los estudiantes, el 1.3% consume drogas, en tanto que entre los no estudiantes, el 4.2% lo hace. SSA, "Encuesta nacional de adicciones", 1998, <http://www.ssa.gob.mx>.

¹⁶ Cfr. Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, *Código penal anotado, op. cit.*, p. 491.

República. El Congreso legisló en esta materia primero en el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 1973, y después en el ordenamiento que lo sustituyó: la Ley General de Salud, de 1984¹⁷.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. En el nivel constitucional

La protección de la salud fue preocupación del legislador de 1917; se plasmó como garantía, aunque no de manera expresa. Mediante la implementación de medidas de seguridad social en el artículo 123 constitucional, se protegió un aspecto de la salud individual de los trabajadores. Para entonces sólo se tutelaba la salud de los trabajadores sujetos a una relación laboral ordinaria, pues en sus inicios el texto del precepto aludido solamente incluía lo que actualmente constituye el apartado A, es decir, las prerrogativas de los trabajadores en la relación laboral entre particulares; el apartado B se introdujo en 1960, elevando así a nivel constitucional los principios que consignaba el Estatuto de los trabajadores al servicio de los Poderes de la Unión. Desde entonces se reconocieron constitucionalmente los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, entre ellos los de seguridad social.

El legislador constitucional también se ocupó de establecer como facultad del Congreso de la Unión, en el artículo 73 fracción XVI de la Carta Magna, legislar en materia de salubridad general de la República. La salubridad pública está considerada como una "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

¹⁷ Respecto de los antecedentes de la protección de la salud pública cfr. Osorio y Nieto, *Delitos federales, op. cit.*, pp. 31-34.

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"¹⁸. En el dispositivo al que aludo también se prevé lo relativo al Consejo de Salubridad General, que depende directamente del Presidente de la República y cuyas disposiciones tienen el carácter de obligatorias. La jerarquía que se otorga a este organismo denota el grado de interés que reviste la salud pública, mismo interés que se reflejó en la reforma publicada en el DOF el 18 de enero de 1934, por virtud de la cual se establece como facultad del Congreso, legislar en materia de nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración y salubridad general de la República. Fue hasta la adición de la base 4ª de la fracción que se comenta, publicada en el DOF el 6 de julio de 1971, cuando se estableció que las medidas que el Consejo ponga en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que "envenenan al individuo o degeneran la especie humana"¹⁹, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serían revisadas por el Congreso de la Unión. He aquí una descripción de lo que conocemos como droga desde el sentir de la sociedad en 1971, descripción enunciativa de los efectos de la droga, aunque no se le denomine así de manera expresa.

El artículo constitucional que establece de manera expresa el derecho a la protección de la salud es el 4º. En sus orígenes, el precepto contemplaba la libertad de ejercer cualquier trabajo u oficio lícito; posteriormente, por reforma publicada el 31 de diciembre de 1974 se incluyó el derecho a la igualdad entre

¹⁸ Plineda, Fanny, "Salubridad pública", *Diccionario jurídico mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, P-Z, p. 2869.

¹⁹ Esta expresión fue adicionada al texto constitucional, mediante el "Decreto por el que se adiciona la base 4ª de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de julio de 1971.

varón y mujer, la protección de la organización y el desarrollo de la familia, así como el derecho a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos. Las subsecuentes reformas a este precepto incluyeron ya de manera expresa el derecho a la protección de la salud, primero referido a un grupo determinado y posteriormente como garantía de "toda persona". Veamos enseguida esta evolución legislativa.

A. Reforma de 1980

La reforma se publicó en el DOF el 18 de marzo de 1980, bajo el mandato presidencial de José López Portillo. Se modificó el artículo 4º constitucional para establecer la protección de la salud de los menores de edad, estableciendo que los padres tienen el deber de preservar los derechos del menor y satisfacer sus necesidades y la salud física y mental, y se determinó la protección subsidiaria que para el mismo propósito deben prestar las instituciones públicas: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas"²⁰.

A pesar de que esta reforma al artículo 4º constitucional no incluyó la protección universal de la salud, otorgó a esta garantía social la importancia que reviste, aunque referida sólo a un sector de la población: los menores.

²⁰ La protección a los menores también se establece en el ordenamiento civil como deberes de la paternidad. "Los padres --dispone el artículo 303 del Código Civil Federal-- están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas --recta o colateral-- que estuvieren más próximos en grado". Los alimentos "comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarles algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales" (*ibidem*, artículo 308).

B. Reforma de 1983

Esta es la reforma más trascendente en la protección de la salud. Se llevó a cabo durante el mandato del presidente Miguel de la Madrid Hurtado. Comenzó con la iniciativa presidencial de reforma al artículo 4º constitucional, para incluir el derecho a la protección de la salud como un derecho universal y no exclusivo de algunos grupos específicos, como los menores de edad o la clase trabajadora. En la iniciativa se señaló el avance que había alcanzado la legislación al ocuparse de cuestiones novedosas como la relativa a estupefacientes y psicotrópicos; se realizó un balance sobre las carencias que habían existido en materia de salud; se llamó la atención acerca de que el mejoramiento, custodia y restauración de la salud es tarea de todos, tanto del Estado como de los interesados; asimismo, se explicó que la protección se extiende al medio ambiente, toda vez que "la salud de los mexicanos, será una quimera si no somos capaces de preservar nuestros ecosistemas".

La iniciativa explica que la necesidad de elevar a rango de garantía social el derecho a la protección de la salud, deriva de "una vieja aspiración popular, congruente con los propósitos de justicia social de nuestro régimen de convivencia y con los compromisos que en cuanto a derechos humanos, México ha contraído en la Organización de las Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos desde hace décadas". El derecho a la protección de la salud es de los considerados derechos humanos de segunda generación, que implican no solamente abstenciones por parte del Estado (como los de primera generación: derechos civiles y políticos), sino un actuar del mismo para garantizarlo, de ahí que se haya promovido en el mismo documento la creación de un Sistema Nacional de Salud, "conducido por la autoridad sanitaria en el que las instituciones de salud, sin perjuicio de su personalidad jurídica y patrimonio propios y de su autonomía

paraestatal, se integren y coordinen funcionalmente, para evitar duplicidades y contradicciones”.

La Iniciativa tuvo gran aceptación en el Constituyente permanente. Las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Salubridad y Asistencia, ratificaron el hecho de que las circunstancias de orden geográfico, administrativo y económico, han impedido que la protección de la salud sea otorgada por igual a todos los habitantes. Estuvieron de acuerdo en que “disfrutar del nivel más alto de salud posible debe constituir uno de los derechos fundamentales de todo mexicano, sin distinción alguna”. “El derecho a la protección de la salud debe alcanzar por igual, desde el momento de la gestación, tanto a la futura madre como al hijo. Sin importar sexo, tanto al joven como al anciano, del inicio al término de la vida, no sólo prolongándola, sino haciéndola más grata dándole mayor calidad, haciéndola más digna de ser vivida”.

Es importante tomar en cuenta que esta tutela se refiere solamente al derecho a la “protección de la salud”, no al “derecho a la salud”. Si tomamos en cuenta que la salud incluye la ausencia de enfermedad, el Estado difícilmente podría garantizar la no enfermedad, pues ésta depende de factores que en ocasiones escapan al control estatal; “no puede existir ningún programa, adelanto científico o técnico que garantice que todas las personas no van a enfermarse”, tal como se sostuvo en el debate de la reforma en la Cámara de senadores, por un representante de la Comisión. Esta “disposición no habla, ni podría hacerlo, so pena de caer en el absurdo, de que toda persona tenga ‘derecho a la salud’. El derecho individual tiene otro alcance, para que sea accesible y racional: ‘protección de la salud’, es decir, derecho a condiciones que preserven ese bien precioso”²¹.

²¹ García Ramírez, Sergio, *La responsabilidad penal del médico*, México, Ed. Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, serie Doctrina jurídica, núm. 50, pág. 50.

2. En el Código Penal Federal

A. Antecedentes

La tipificación de los delitos relacionados con la salud pública no es novedosa. El Código penal de 1871 ya incluía en sus capítulos los delitos contra la salud, aunque referidos a la protección de la salud física. El Título Séptimo del Libro Tercero se denominó "Delitos contra la salud pública" y contenía un capítulo único en el que detallaba, en diez artículos, las conductas ilícitas relacionadas con "sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos" (artículo 842). Se sancionaban conductas como la comercialización de estas sustancias, o de cualesquiera "otros efectos necesariamente nocivos a la salud", la falsificación o adulteración de medicinas, el despacho indebido de recetas, su alteración, variación en la dosis, comercialización de bebidas o comestibles adulterados con "sustancias nocivas a la salud", la venta y obsequio de carne de un animal muerto por enfermedad; se previó el decomiso de manera específica en esta parte especial y se sancionó a la autoridad que hiciera uso de los objetos decomisados cuya destrucción se dispuso por ser nocivos, el envenenamiento de comestibles o cosas destinadas para su venta al público, de fuente, estanque o depósito de agua potable; y se agravaron estas conductas en los casos de que el sujeto activo fuera comerciante, expendedor de drogas o boticario.

El Código penal de 1929 contenía en el Libro Tercero, un Título Séptimo denominado "De los delitos contra la salud". Éste, a su vez, incluyó tres capítulos nombrados de la siguiente forma: "De la elaboración, adulteración y comercio ilegal de artículos alimenticios o de drogas enervantes", "De la embriaguez habitual y de la toxicomanía" y "Del contagio sexual y del nutricio". El primer capítulo

sanclonó conductas como elaboración, introducción al país, siembra, cultivo, cosecha, comercialización, ministración y exportación de drogas "de las llamadas enervantes, sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos", así como la importación, exportación, comercialización, venta, enajenación, uso, ministración de "alguna sustancia exclusivamente preparada para un vicio de los que envenenan al individuo y degeneran la raza" (artículo 507); se estableció la clausura para los establecimientos en que los farmacéuticos, boticarios o droguistas llevaran a cabo cualquiera de esos actos; se sancionó la elaboración de embriagantes y la venta de cualesquiera otros efectos que fueran nocivos para la salud, sin la debida autorización legal; el incumplimiento por parte de los facultativos de las disposiciones para recetar determinadas sustancias; la conducta del boticario o farmacéutico que sustituyera la medicina contemplada en una receta, la alterara o variara la dosis; la comercialización de sustancias alteradas o nocivas para la salud; la venta u obsequio de carne de animal muerto por enfermedad, sus productos o sustancias alimenticias descompuestas, "para alimento de personas" (esta especificación no existía en el código de 1871); la utilización de los objetos cuya destrucción se ordenó; la adulteración de comestibles o cosas destinadas para venta al público; el envenenamiento de depósitos de agua y del ambiente; la interceptación o corte del suministro de agua; el ser propietario de un establecimiento destinado "a la venta y uso vicioso de alguna de las llamadas drogas enervantes o sustancias prohibidas" (también se previó la clausura del establecimiento). Se incluyó en este código, dada la orientación del mismo (que se reseñó en el capítulo primero), la reclusión de las personas que hubieren adquirido el vicio, para efectos de recibir las "medidas correccionales y disciplinarias". El artículo 521 estableció una grave indeterminación de la pena al señalar que esta medida se aplicara "por todo el tiempo que sea necesario".

El código de 1929 consideró la embriaguez como un delito. No se sancionaba al sujeto por su conducta, sino por su peligrosidad; se le privaba de su libertad, pues se contempló la posibilidad de recluir al "ebrio habitual o alcohólico crónico" en un "manicomio especial para alcohólicos" hasta que se lograra "la completa curación del alcohólico". Se tipificó, asimismo, la venta o ministración de bebidas alcohólicas a menores de edad, o la inducción al menor a la ingestión de dichas bebidas. Para el caso de los "toxicómanos" se estableció la reclusión en "manicomios para toxicómanos" en idénticos términos a los alcohólicos.

El capítulo relativo a los delitos contra la salud ya existía en el original capitulado del Código penal de 1931, bajo el siguiente título: "De la producción, tenencia, tráfico y proselitismo y actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos", como primer capítulo del Título Séptimo. No se estableció en ese capítulo un concepto o caracterización de lo que debía entenderse por psicotrópico y estupefaciente, pero se hizo la remisión a "Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos; los convenios o tratados internacionales que México haya celebrado o en lo futuro celebre y los que determinen las leyes, reglamentos y demás disposiciones vigentes o que en lo sucesivo se expidieran en términos de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución".

La inclusión de la lista de sustancias psicotrópicas y estupefacientes en la Ley General de Salud, junto con la remisión que hace el Código penal a la misma, se considera una adecuada garantía. Este criterio ha sido el mayormente aceptado en algunos países, para proporcionar seguridad jurídica al inculpado. La evolución científica, día con día descubren el efecto de sustancias que podrían considerarse como drogas, por ello, se requiere una constante actualización en las listas que incluyen las sustancias consideradas como tales²². El Código penal, según se ha

²² Cfr. al respecto Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, *Código penal anotado, op. cit.*, pp. 489-

dicho, debido a su importancia y jerarquía, no podría reformarse constantemente, so pena de sacrificar la seguridad jurídica, por ello resulta conveniente la remisión a un ordenamiento sanitario. Este criterio no es aplicable para el caso nacional, puesto que la Ley General de Salud, al igual que el Código penal, es un ordenamiento expedido por el Congreso de la Unión, y requiere para su reforma del mismo procedimiento; empero, resulta plausible contar con una regulación específica en materia de narcóticos que impide vulnerar el principio de legalidad en materia penal consagrado en el artículo 14 constitucional, según el cual "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". De ahí que para integrar el delito contra la salud, el juzgador deba recurrir a las listas que incluye la Ley General de Salud. En algunos países que carecen de esta regulación específica se ha denotado la necesidad de tenerla, es el caso de España²³.

En el texto original del Código penal de 1931 se tipificaron conductas referidas solamente a la cannabis, a pesar de que el artículo 193 ya remitía a la lista de drogas contempladas en otros ordenamientos, quizá debido a la poca extensión del consumo de otras drogas. Se sancionaba la posesión de cannabis o marihuana; la siembra, cosecha y cultivo de la misma sustancia, así como permitir la siembra, cosecha y cultivo en terreno propio, y la transportación de dicha sustancia. La posesión de la marihuana para el consumo y por parte de los farmacodependientes, así como la siembra, cultivo y cosecha de esta sustancia cuando concurrieran escasa instrucción y extrema necesidad, merecieron tratamiento atenuado.

490.

²³ Cfr. Lorenzo Salgado, José Ma., *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Barcelona, BOSCH Casa Editorial, S.A., s/f, pp. 79-80 y Rey Huldobro, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 112-113 y 116-117.

Respecto de las demás drogas, se tipificaron conductas como siembra, cultivo, cosecha, producción en general, posesión, transportación, venta, compra, tráfico, comercialización y ministración de tales sustancias, sin llenar los requisitos fijados en las normas conducentes. También se sancionó la introducción y extracción ilícita del país de dichas sustancias, así como la tentativa y el encubrimiento de estas conductas; la colaboración al financiamiento para la ejecución de delitos contra la salud; la "publicidad, propaganda, provocación general, proselitismo, instigación o auxilio ilegal a otra persona para que consuma" cualquiera de las sustancias referidas; se agravó esta conducta cuando se llevara a cabo aprovechando el ascendiente moral o autoridad, cuando la cometieran droguitas, farmacéuticos, boticarios, laboratoristas, médicos, químicos, personal relacionado con la medicina en alguna de sus ramas y comerciantes por sí o sirviéndose de otros. Se estipuló la clausura del establecimiento utilizado para tal efecto. Se agravó la pena en caso de funcionarios públicos, cuando la víctima fuera menor de edad o incapacitado, y cuando la conducta se llevara a cabo en establecimientos educativos, asistenciales, penitenciarios, y en las inmediaciones de los mismos. Ya se contemplaba el aseguramiento y el decomiso.

Este capítulo ha sido objeto de diversas reformas que han transformado sustancialmente su contenido. Las reformas se han publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de las siguientes fechas: 14 de noviembre de 1947, 8 de marzo de 1968, 31 de diciembre de 1974, 8 de diciembre de 1978, 14 de enero de 1985, 10 de enero de 1986, 3 de enero de 1989, 30 de diciembre de 1991, 10 de enero de 1994, 1 de febrero de 1994, 22 de julio de 1994, 1 de agosto de 1994, 13 de mayo de 1996, y 7 de noviembre de 1996. De todas ellas, dos son las trascendentes para los efectos que ahora interesan, y por ello se analizan a continuación las reformas del 10 de enero de 1994 y la del 13 de mayo de 1996.

B. La reforma de 1994

Esta reforma modificó el capítulo en su estructura y punibilidad. A la par de la reforma al Código penal, la iniciativa planteó la modificación de doce leyes, todas relacionadas con el sistema de justicia; el propósito fue “actualizar la legislación que versa sobre la materia penal federal y del Distrito Federal, para ajustarla a las reformas recientemente aprobadas de los artículos 16, 19, 20 y 119, así como a la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución”, según se señaló en la Iniciativa. Ahí también se sostuvo que se buscaba otorgar mayor soporte a los instrumentos de lucha contra la delincuencia organizada, pues su evolución es tal que llega a trascender en el ámbito internacional conformando un nuevo fenómeno de la criminalidad. Se llamó la atención sobre el hecho de que las dimensiones que ha alcanzado este tipo de criminalidad en México, se proyectan sobre todo en acciones de narcotráfico, en sus fases de producción, distribución y consumo, con efectos tan variados como los de tipo social, económico, político y de seguridad.

La reforma de los artículos 16, 19, 20 y 117 constitucionales, se produjo a iniciativa de miembros de la Cámara de Diputados. Originalmente, se presentaron dos documentos de esta naturaleza, uno de ellos proponiendo la reforma de los artículos 16, 20 y 119, y el otro, de los artículos 19 y 107. El proceso de reforma se llevó a cabo con premura; ya en el dictamen emitido por las comisiones correspondientes se unificaban las dos propuestas modificadoras. Las reformas fueron amplias y trascendentes, sobre todo por lo que hace a la justicia penal y la atención de novedosos problemas relativos al crimen²⁴. Se publicaron en el DOF el

²⁴ Respecto de la reforma constitucional, cfr. García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 2ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 37 y ss. Asimismo cfr. del mismo autor, *El nuevo procedimiento penal*

2 de diciembre de 1993 y, como ya mencioné, dieron origen a la reforma de doce ordenamientos secundarios cuyo proceso de reforma se estudia en este rubro.

En la exposición de motivos de la iniciativa se refirió:

"No obstante la incesante batalla en contra de la delincuencia organizada [que según la Iniciativa de reforma relativa al narcotráfico incluye la creación del Instituto Nacional de Combate a las Drogas], la detención de importantes jefes de ésta y el aseguramiento y decomiso de grandes cantidades de narcóticos y de bienes que surgen de sus actividades ilícitas, el fenómeno subsiste, pues se han enraizado con hondura grupos y bandas bien organizadas y, consecuentemente, cada vez con mayor capacidad de resistencia a los empeños del poder público en contrarrestarlas".

En efecto, algunos de los factores que llevaron a iniciar esta reforma fueron el grado de avance de la delincuencia organizada relacionada con el narcotráfico, la inseguridad nacional y el asesinato del cardenal Posadas²⁵ (que según se ha afirmado ocurrió de manera accidental al enfrentarse dos bandas de narcotraficantes). El narcotráfico, según sostuvo el presidente en la propia iniciativa, se ha convertido en un fenómeno que amenaza la seguridad nacional.

Por ello esta reforma abordó los temas de narcotráfico a la par que los de delincuencia organizada. "En nuestro país, como en otros más, el problema de la delincuencia organizada cobró presencia y gravedad a propósito del narcotráfico"²⁶. Así fue que se buscó la creación de tipos penales, agravación de

mexicano, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1995.

²⁵ Así lo sostuvo el diputado Emilio Becerra González en el debate llevado a cabo en el Cámara de Diputados el 20 de diciembre de 1993. En el mismo debate, el diputado cita una fragmento del Informe presidencial de 1992, en el siguiente sentido: "...la sociedad cobró plena conciencia de la importancia de combatir el narcotráfico cuando, en medio de la lucha entre dos bandas, pereció trágica e injustamente el cardenal Juan Jesús Posadas Ocampo...". *Idem*.

²⁶ García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *op. cit.*, p. 33. El narcotráfico ha determinado acciones persecutorias en muchos países, "aunque en algunos de éstos existen otras formas de criminalidad organizada sumamente virulentas. Entre ellas figuran las tradicionales *maffias*, de antigua data, que ciertamente no se limitan al tráfico de drogas; también forman filas en este campo las actividades de grupos terroristas, vinculados con las pretensiones de autonomía que persisten en diversos estados europeos". *Idem*.

sanciones, incremento de las mismas y en gran medida obstaculizar los caminos que toma este tipo de organización ilícita. La vinculación entre la delincuencia organizada y el narcotráfico es enorme, la primera es el género y el narcotráfico la especie²⁷, generalmente este último se lleva a cabo mediante la organización delincuencia; la complejidad de la delincuencia organizada lesiona instituciones estatales, de ahí que el narcotráfico se sancione severamente cuando presenta esta forma de organización. Asimismo, se incrementó la sanción de la delincuencia organizada cuando tiene por objeto la realización de delitos contra la salud (esta última situación se presenta en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que establece un régimen penal especial)²⁸.

Por virtud de la reforma de 1994 al Código penal federal se establecen diferentes punibilidades en atención a las conductas y la mayor o menor lesión al bien jurídico tutelado; se estipula la sanción de los actos ilícitos cometidos por los dirigentes de organizaciones delictivas; se sanciona la posesión o tráfico atendiendo a las finalidades del sujeto; se llevan a cabo modificaciones en materia de reincidencia. Se incluye el establecimiento de criterios para individualización de la pena, aplicables solamente a los delitos contra la salud, atendiendo al principio de especialidad; se suprime la clasificación que contenía el código respecto de los psicotrópicos y estupefacientes por no contener ninguna finalidad práctica, y se establece la penalidad atendiendo a la cantidad de la droga y finalidades de la posesión, siembra, cosecha y en general de las conductas.

El dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, apoyó la iniciativa y emitió consideraciones importantes. Aplaudió la iniciativa por considerar que se da un trato positivo al problema de la

²⁷ Moreno Hernández, intervención en: *Consulta nacional para el combate al narcotráfico, op. cit.*, p. 188.

delincuencia organizada en relación con el narcotráfico. Llamó la atención sobre el hecho de que tal interés se ajusta a las recomendaciones de compromisos internacionales, como ciertos convenios, es el caso de la "Convención de Viena de 1988, de la que México ha sido parte importante". Al llevar a cabo un tratamiento diferenciado de la punibilidad de acuerdo a la cantidad de droga que se posee, se señaló, se adecua la sanción con la mayor o menor lesión al bien jurídico tutelado. Sobre todo se trató de dar respuesta a la divergencia de criterios que había prevalecido respecto de algunas acciones de la administración de justicia.

Las Comisiones llevaron a cabo una importante aportación al sugerir la incorporación de tablas que normaran el criterio de la autoridad al individualizar la pena, tratándose de posesión o transporte de cantidades de droga que no lesionen de manera considerable el bien jurídico. Propusieron también la adición del artículo 195 bis que remite a la aplicación de las tablas aludidas, siempre que el poseedor no sea un miembro de la delincuencia organizada.

Se buscó actualizar la ley de acuerdo a la realidad. Ha bastado sólo una década para que el narcotráfico se convierta en un problema de grandes dimensiones. En 1982, el tráfico internacional de drogas, como la cocaína, se presentaba en menor intensidad y se desplazaba en vehículos comerciales de manera oculta en artículos o prendas de uso común. Hoy día, "eso que podríamos llamar narcotráfico, es historia olvidada y leyenda lejana ante el embate de un tráfico internacional que se cuantifica todos los días en toneladas, que se desplaza en vehículos propios y con la conspicuidad que da la tecnología asociada a la corrosión moral"²⁹.

²⁸ Cfr. García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, op. cit., pp. 94 y ss.

²⁹ Moreno Hernández, Intervención en: *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, op. cit., pp. 192-193.

Estos motivos bastaron para ampliar la descripción típica de los delitos de ataques a las vías generales de comunicación, para sancionar conductas como el uso de aeródromos, aeropuertos y helipuertos en la realización de delitos contra la salud, el permitir la utilización de estas instalaciones para los fines mencionados, el auxilio para el despegue o aterrizaje de aeronaves y el mantenimiento de las mismas cuando sean utilizadas para dichas actividades. También se incrementaron las sanciones.

En el debate que se da en la Cámara de Diputados, los partidos fijan posturas. El PRI apoyó ampliamente la iniciativa presidencial, el PAN la secundó, aunque no en sus términos, y el PRD manifestó su oposición. En el debate se realizaron reflexiones interesantes, como aquella que esgrimió que la reforma en materia de drogas significa llenar un vacío que ha dejado la realidad social al superar algunos aspectos de la norma; y que la reforma en esta materia sin duda refleja la preocupación del Estado por el incremento de los delitos contra la salud y la mayor y mejor organización de grupos delictivos dedicados a estas actividades.

Por lo que hace a los bienes que lesiona el delito de narcotráfico, un diputado hizo notar que cada vez se reconoce mayor daño a la estructura social. Así, el presidente de la República en su Informe de 1992 señalaba que el delito de narcotráfico "atenta contra la salud pública y amenaza la seguridad nacional"; en el Informe de 1993 destacó que "el combate a las drogas en todas sus manifestaciones es una prioridad del Gobierno Federal para salvaguardar la salud pública, la seguridad nacional y la convivencia pacífica entre las naciones". Otro diputado destacó el hecho de que este ilícito, como expresión más acabada de la delincuencia organizada, vulnera "las cosas que más queremos en la vida, fundamentalmente nuestros niños y nuestros jóvenes".

C. La reforma de 1996

El antecedente de esta reforma fue también una modificación en materia penal al ordenamiento constitucional. Asimismo, derivó de dos iniciativas legales. La primera, proveniente del presidente de la República junto con algunos legisladores, tuvo sustento en estudios realizados por la Procuraduría General de la República; la segunda tenía origen en el Ejecutivo Federal y derivó de trabajos realizados por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Ambas, nuevamente se unieron en un solo dictamen.

Esta reforma fue más amplia y se produjo como consecuencia de la preocupación de la sociedad por el problema de la delincuencia organizada. La iniciativa estuvo acompañada del proyecto de la tan controvertida Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que culminó con la modificación de los artículos 16, 21, 22 y 73 del ordenamiento fundamental y la expedición de esa ley. En la iniciativa se llamó la atención sobre el hecho de "que la delincuencia organizada es, sin duda, uno de los problemas mas graves por los que atraviesa México y toda la comunidad mundial"; se puso de manifiesto, asimismo, que entre las manifestaciones de esa delincuencia destaca el narcotráfico"³⁰.

Previo a la reforma de 1996 al ordenamiento punitivo, se llevó a cabo una Consulta Nacional para el combate al narcotráfico, organizada por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, en Tijuana, 1995. Participaron prestigiados conocedores de la materia, destacando la complejidad del narcotráfico. Ahí se dijo que el narcotráfico ya no es sólo un asunto de procuración de justicia, policía e investigación, ahora también es un problema de política internacional, diplomacia, economía, altas finanzas, seguridad nacional, política interior, salud, desarrollo

³⁰ García Ramírez, *Delincuencia organizada...*, *op. cit.*, p. 48

social, educación, comunicación, cultura y moral. Al ser un delito de la civilización contemporánea requiere de estudios interdisciplinarios para combatirlo³¹, así como de colaboración Internacional, pues "un país no puede actuar en forma unilateral en el combate al narcotráfico"³².

También se destacó la importancia de los bienes jurídicos que vulnera, pues amenaza la tranquilidad y el bienestar de la sociedad, el Estado, las instituciones y el Derecho, en general representa un peligro para la "organización moral y cultural de nuestra civilización"³³. Las secuelas de este delito afectan gravemente el ámbito jurídico, las instituciones políticas y los más preciados valores de la sociedad nacional³⁴. La farmacodependencia afecta a la persona, familia y sociedad³⁵. Constituye una amenaza directa a la estabilidad nacional y un ataque frontal contra las autoridades políticas del Estado, pone en riesgo la salud, la soberanía y la seguridad nacional³⁶.

Como consecuencia, se reformaron los ordenamientos secundarios. La iniciativa presidencial de estas reformas destacó el hecho de que la "criminalidad refleja altos índices de crecimiento y sus formas de organización y actuación son cada vez más sofisticadas y violentas"; por ello, se modificó la regulación de los siguientes temas: delito continuado, aplicación de sanciones en caso de tentativa punible y concurso de delitos, sustitutivos penales, robo, falsificación de documentos, secuestro, lesiones, delitos cometidos por servidores públicos o en contra de ellos,

³¹ Intervención de José Antonio González Fernández en: *Consulta nacional para el combate al narcotráfico, op. cit.*, p. 14.

³² Pérez Noriega, Fernando, Intervención en *ibidem*, pp. 33-34.

³³ González Fernández, en *ibidem*, p. 14.

³⁴ Ramiro Robledo, Juan, Intervención en *ibidem*, p. 18.

³⁵ Narro Robles, José, Intervención en *ibidem*, p. 21.

³⁶ Moreno Hernández, Intervención en *ibidem*, pp. 187, 190, 192.

comercio o tráfico ilícito de armas de fuego, flagrancia y caso urgente, medios de apremio, medios de prueba y libertad provisional bajo caución. Para el tema que interesa, modificaron cuestiones como conductas relacionadas con los precursores químicos y operaciones con recursos de procedencia ilícita. La tendencia general fue la creación de tipos penales y la elevación de penas. En opinión de Álvaro Bunster, las reformas "amplían adecuadamente la protección penal de bienes jurídicos de importancia"³⁷.

La Iniciativa no se aprobó en sus términos. Afortunadamente, varios errores fueron subsanados en la Cámara de Senadores; por ejemplo, se modificó la redacción del adicionado artículo 196-ter que prevé conductas ilícitas relacionadas con los precursores químicos, con la intención de obtener una formulación genérica que "sin llegar al casuismo contemplare todos los posibles supuestos de realización de esta conducta", y no sólo eso, al definirse en este artículo las sustancias consideradas precursores químicos, se suprimió la frase "cualquier otra sustancia" con la conveniente delimitación del concepto. En la iniciativa se proponía la adición de dos párrafos al artículo 197, relativo a la administración de narcóticos. La Cámara alta consideró inconveniente esta adición, en virtud del "alto grado de subjetividad que contienen los textos de la iniciativa respectiva y que en la práctica pueden dar lugar a abusos y por ello a dificultades en la aplicación del precepto".

Las conductas relacionadas con los precursores químicos no se incluían en el Código. Para su adición ejerció fuerte influencia el compromiso establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. Ahí se sugiere a las partes llevar a cabo

³⁷ "Modificaciones al Código Penal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 90, septiembre-diciembre 1997, p. 1285.

medidas tendientes a tipificar las conductas que permitan la transformación de las sustancias psicotrópicas, estos son los llamados precursores químicos.

Sin duda el tema mayormente controvertido fue el relativo a las operaciones con recursos de procedencia ilícita, ordinariamente conocido como lavado de dinero. Los senadores se preocuparon por realizar una descripción típica detallada en la que prevaleciera la intención del sujeto, además incrementaron la pena en relación con la originalmente propuesta en la iniciativa. Este tipo penal no se incluía en el ordenamiento punitivo, pero se contemplaba en el artículo 115 del Código Fiscal de la Federación. México estaba considerado por las Naciones Unidas dentro de los diez países en los que los narcotraficantes podían "lavar" su dinero³⁸. La intención de incluirlo en este ordenamiento punitivo es coincidente con el compromiso adquirido por nuestro país al formar parte de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988. Ya las Naciones Unidas, en diversos foros, habían manifestado la necesidad de que, sin menoscabo de los derechos humanos, se dotara a los órganos de estado de facultades para hacer uso de instrumentos de la naturaleza de las telecomunicaciones, la electrónica y el rastreo del dinero, para aumentar su eficiencia³⁹.

La Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, después de analizar el dictamen de la Cámara de Senadores, acepta las modificaciones en sus términos y aprueba la reforma. En el debate se perciben los puntos en contrario. El Partido del Trabajo acepta en lo general las modificaciones, el Partido de la Revolución Democrática las rechaza, lo mismo que el Partido Acción Nacional. Este último

³⁸ Así lo aseguró el diputado Ramón Sosamontes Herreramoro en el debate de la reforma ante la Cámara de Diputados.

³⁹ Cfr. Moreno Hernández, Intervención en: *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, op. cit., p. 189.

partido sustenta sus argumentaciones en el análisis que anteriormente se había realizado respecto de las reformas penales de 1994 por Sergio García Ramírez en su obra *El nuevo procedimiento penal mexicano*, incluso cita: "Sean bienvenidas las reformas cuando sean verdaderamente necesarias y oportunas; no sobra recordar a título de reflexión general, que las reformas jurídicas obedecen a diversos conceptos, esto es, tienen distintas fuentes, muchas se deben a la necesaria y natural evolución en las instituciones, consecuencia de la experiencia y la meditación cuidadosa; otras, salen a flote en situaciones de crisis cuando es o parece ser apremiante la reforma legal para establecer o restablecer el orden deseable"⁴⁰.

El Partido Revolucionario Institucional se pronunció a favor de la reforma. Se admitió abiertamente que la reforma trataba de cumplir los compromisos de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en donde se señalan las sustancias que sirven para la preparación de las drogas.

La reforma fue publicada en el *DOF* el 13 de mayo de 1996. Para el tema que ahora interesa, se incrementaron punibilidades, desaparecieron algunas sanciones alternativas y se crearon nuevos tipos penales, poniendo énfasis en las conductas relacionadas con los precursores químicos respecto de los delitos contra la salud. El "aspecto estelar de la reforma" se ubica en el Título Vigésimo, que a partir de esa fecha regula lo relativo al "encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita" (lavado de dinero)⁴¹. El lavado de dinero es un medio del que

⁴⁰ Citado por la diputada Patricia Garduño Morales en el debate llevado a cabo en la Cámara de Diputados el 29 de abril de 1996. Otra diputada que cita al autor es María del Carmen Segura Rangel.

⁴¹ Márquez Piñero, Rafael, "La reforma del Código Penal del 13 de mayo de 1996 (Primera Parte)", *Ars Iuris*, núm. 16, 1996, p. 363. En este artículo se puede encontrar un estudio de tallado del contenido y *ratio legis* de la reforma.

se vale el narcotráfico para convertir el dinero obtenido por medio de este delito en dinero lícitamente utilizable. Mediante esta reforma se trata de obstaculizar algunos medios que utiliza la delincuencia organizada para llevar a cabo algunos delitos contra la salud.

La reforma ha sido severamente criticada. Baste citar las palabras de Álvaro Bunster al respecto: "se ha reformado con largueza el código punitivo, tanto en su Libro I como en su Libro II. Esta largueza no parece haberse hecho acompañar, las más de las veces, del acierto, y esto porque la tónica general de las numerosas modificaciones introducidas al texto, han ingresado a él bajo el signo de la severidad, como si las autoridades responsables de velar por justeza y cordura del Código Penal hubieran olvidado que el incremento del rigor punitivo en nada ayuda a la disminución de la criminalidad, y que un gran pensador del Iluminismo, Césare Beccaria, proclamó hace ya tiempo la supremacía de las penas eficaces sobre las penas severas"⁴².

3. En los tratados internacionales

A. Antecedentes

El hecho de que el problema de la droga trascienda fronteras, obliga a los países a combatir el narcotráfico de manera conjunta. México es un país que ha llevado a cabo acciones de colaboración internacional entre las que destacan la firma de convenios, acuerdos e instrumentos internacionales de colaboración para el combate al narcotráfico. A reserva de abundar más sobre los convenios internacionales que México ha adoptado en la materia, destaco que se han celebrado acuerdos de cooperación con los siguientes países: Argentina, Belice,

⁴² "Modificaciones al Código Penal", *rev. cit.*, p. 1279.

Bolivia, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Italia, Jamaica, Nicaragua, Perú, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas (hoy día sustituida) y Venezuela⁴³.

El artículo 193 del Código penal invoca la aplicación de tratados internacionales para efectos de determinar lo que debe considerarse como narcóticos, siempre que dichos tratados sean de observancia obligatoria en México. Recordemos que el artículo 133 constitucional otorga a los tratados la calidad de Ley Suprema de toda la Unión, siempre que éstos sean acordes a la Constitución, celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado.

Respecto de la materia penal y para efectos de garantizar la autonomía del Derecho penal nacional, se distinguen dos tipos de tratados internacionales: los tratados *self-executing* y los *non self-executing*. En materia penal, opina Beristain, generalmente se considera a los tratados como *non self-executing*, excepto por lo que hace a la descripción y enumeración de las drogas, respecto de lo cual dichos instrumentos internacionales son vinculantes. Por lo que hace al resto de la materia penal, los tratados no son autoejecutables, requieren que la legislación nacional prevea las conductas punibles incluidas en los documentos internacionales⁴⁴.

Así se desprende del contenido del artículo 36.1.a) de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, que señala: "a reserva de lo dispuesto por su Constitución,

⁴³ Respecto del contenido de estos acuerdos, vid. Procuraduría General de la República, *Tratados y acuerdos internacionales suscritos por México en materia de narcotráfico*, México, 1994, pp. 175-312.

⁴⁴ Beristain, *La droga. Aspectos penales y criminológicos*, Bogotá-Colombia, Ed. Temis S. A., 1986, p. 28.

cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción... [etc.] se consideren como delitos si se cometen intencionalmente". El artículo 22.1.a) del Convenio de sustancias sicotrópicas de 1971, dispone que "a reserva de lo dispuesto en su Constitución, cada una de las Partes considerará como delito, si se comete intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio y dispondrá lo necesario para que los delitos graves sean sancionados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad".

El compromiso de sancionar este tipo de conductas ha sido cabalmente cumplido por México, que introdujo en su legislación innovaciones sugeridas en los tratados internacionales que ha celebrado. De ahí se explica la aparición de figuras nuevas, como el lavado de dinero, o los tipos penales relativos a precursores químicos, o bien, las regulaciones especiales de la parte general dentro de algunos capítulos de la parte especial.

Las disposiciones internacionales que hoy rigen en materia de narcotráfico, tuvieron diversos antecedentes normativos que conviene destacar para conocer la preocupación que desde hace un siglo mantiene la comunidad internacional⁴⁵. De estos antecedentes se advierte que lo que en un principio se reguló fueron las actividades relacionadas con el opio, seguirían los estupefacientes y la adormidera. Los antecedentes son los siguientes:

- a) La conferencia internacional en Shanghai, en 1909, fue el primer suceso de esta magnitud que reunió a la comunidad internacional para tratar los problemas relativos al narcotráfico.

⁴⁵ Respecto de los Instrumentos que se enumeran, cfr. el artículo 44 de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes; la obra de Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, *Código penal anotado, op. cit.*, p. 490; y Siqueiros, José Luis, "El control internacional de los estupefacientes", *Jus*, México, vol. 3, 1986-1987, pp. 171-176.

- b) La Convención Internacional del Opio, firmada en La Haya el 23 de enero de 1912, derivó de la conferencia internacional celebrada en 1911 en ese mismo sitio; esta convención reguló lo relativo a la expropiación de opio bruto, la supresión paulatina de preparado de esta sustancia para consumo, el control de la fabricación y suministro de la cocaína y morfina, así como la pena establecida para la posesión ilegal de estupefacientes.
- c) El Tratado de Versalles, celebrado en 1919, incluyó la obligación de los signatarios de poner en vigor la convención de la Haya.
- d) El Acuerdo concerniente a la fabricación, el comercio interior y el uso de opio preparado, se firmó en Ginebra el 11 de febrero de 1925. El antecedente fue la creación de la Comisión Consultiva de Opio en 1922, perteneciente a la Sociedad de Naciones Unidas, que celebró algunas conferencias internacionales en la materia; la primera de ellas, en 1924, generó el acuerdo señalado. En este acuerdo se reproducen los compromisos de la convención de La Haya.
- e) La Convención Internacional del Opio, firmada en Ginebra el 19 de febrero de 1925, fue consecuencia de otra conferencia llevada a cabo por la Comisión Consultiva del Opio; en este instrumento también se reproducen algunos deberes estipulados en la Convención de La Haya.
- f) La Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, firmada en Ginebra el 13 de julio de 1931, destacó la prohibición de fabricar heroína y sus sales y reglamentó otros alcaloides.
- g) El Acuerdo para la supresión del hábito de fumar opio en el Lejano Oriente, firmado en Bangkok el 27 de noviembre de 1931.
- h) El Protocolo firmado en Lake Success (Nueva York) el 11 de diciembre de 1946, que modifica los acuerdos, convenciones y protocolos sobre estupefacientes concertados en La Haya el 23 de enero de 1912, en Ginebra el 11 de febrero de 1925, el 19 de febrero de 1925 y el 13 de junio de 1931, en Bangkok, el 27 de noviembre de 1931, y en Ginebra, el 26 de junio de 1936.
- i) El Protocolo de 1946, que modifica los Instrumentos referidos en los Incisos *b* a *e* (excepto el *c*).
- j) El Protocolo firmado en París el 19 de noviembre de 1948, que somete a fiscalización internacional ciertas drogas no comprendidas en la Convención del 13 de julio de 1931 para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, modificada por el Protocolo firmado en Lake Success (Nueva York) el 11 de diciembre de 1946.
- k) El Protocolo para limitar y reglamentar el cultivo de adormidera y la producción, el comercio internacional, el comercio al por mayor y el uso del opio, firmado en Nueva York el 23 de junio de 1953.

Todos estos instrumentos (excepto incisos *a* y *c*), que son antecedentes de las convenciones internacionales que rigen la materia, serían abrogados por la Convención de 1961, que establece en su artículo 44 la "abrogación de los instrumentos internacionales anteriores". Sin embargo, a partir de esta enumeración se puede conocer el interés de las naciones en la problemática del consumo y el tráfico de algunas drogas.

B. Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes⁴⁶

El Órgano de Fiscalización de Estupefacientes de la Organización de Naciones Unidas dedicó doce años de trabajo a la elaboración de la Convención Única sobre Estupefacientes, que se produjo el 30 de marzo de 1961. Esta se elaboró por representantes de setenta naciones en unión de observadores de organismos internacionales de fiscalización de estupefacientes.

En el Preámbulo de la Convención se reconoce que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo, y que a la vez genera un peligro social y económico para la humanidad. Destaca la necesidad de una acción concertada y universal para hacer eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes. Establece el deber de las partes de adoptar todas las medidas especiales de fiscalización a las drogas, que sean necesarias en atención a las propiedades de las sustancias. Las partes se comprometen, además, a prohibir la producción, fabricación, exportación, importación, comercio, posesión o uso de los estupefacientes, si consideran que es éste el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos; se exceptúan de esta prohibición las cantidades de

⁴⁶ Publicada en el *DOF* el 31 de mayo de 1967.

sustancias necesarias para la investigación y experimentación con su debida vigilancia (artículo 2.5).

Entre las obligaciones generales de las Partes se contemplan las de dar cumplimiento a la Convención, cooperar con los demás Estados en la ejecución de dichas disposiciones, y limitar "exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos" (artículo 4).

La Convención establece medidas para la fiscalización del opio, de la adormidera, arbustos de coca y hojas de coca, cannabis y estupefacientes.

Para el tema que específicamente interesa a esta tesis, dicho instrumento internacional establece la obligación de los Estados contratantes de tipificar las conductas relacionadas con esta droga, y que ahí mismo se enumeran. Estas son: cultivo, producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, que no estén permitidos por la Convención y siempre que se cometan intencionalmente (artículo 36). Esta obligación ha ejercido influencia en la formulación de tipos penales en nuestro país. El artículo 194 del Código Penal retoma la prohibición de las conductas que sugiere la Convención; así, sanciona la producción, transporte, tráfico, comercio, suministración (incluso gratuita), prescripción, importación y exportación, apología y la colaboración; mas adelante se sanciona la posesión (195).

Ya se establece en la Convención la posibilidad de imponer las medidas de tratamiento en lugar de la pena correspondiente, e incluso se da la opción de que,

independientemente de la pena, se pueda imponer una medida de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social (artículo 36.1.b)).

Por lo que hace a los bienes jurídicos a que se dirige la tutela de esta Convención, se advierte que se pretende proteger "la salud física y moral de la humanidad" (preámbulo). Entiendo que, además, las medidas de fiscalización que ahí se establecen protegen directamente el control que el Estado y los órganos de fiscalización deben tener respecto de los estupeficientes.

C. Convenio sobre sustancias sicotrópicas, 1971⁴⁷

Hasta 1971 sólo estuvieron sujetos a control los estupeficientes; sin embargo, la preocupación por los nocivos efectos de otro tipo de drogas como las anfetaminas, sustancias hipnótico-sedantes y alucinógenos, todos artificiales, hicieron necesaria la regulación de éstas. La Conferencia de las Naciones Unidas para la adopción del documento sobre sustancias sicotrópicas se llevó a cabo en Viena del 11 de enero al 21 de febrero de 1971. Como resultado de las deliberaciones se aprobó y abrió a la firma el Convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971⁴⁸.

Dentro de la Convención, en el artículo relativo a las disposiciones penales se establece el deber de las partes, "a reserva de lo dispuesto en su Constitución", de tipificar como delitos las contravenciones a las leyes o reglamentos adoptados en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención, siempre que se realicen de manera intencional; de la misma forma se prevé la conveniencia de tipificar como delitos algunas formas de participación, tentativa, actos preparatorios y operaciones financieras relativas a los mismos, tal como ahora lo

⁴⁷ Instrumento publicado en el *DOF* el 24 de junio de 1975.

⁴⁸ Cfr. Camargo, Pedro Pablo, *La Convención de las Naciones Unidas contra el narcotráfico*,

establece nuestro Código penal federal. Los delitos reseñados deberán incluirse en los tratados de extradición que se hubieren concertado (anteriormente) o que se lleven a cabo en lo sucesivo.

Por lo que hace a las sanciones, se establece la posibilidad de imponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social, en vez de la sanción penal que corresponda o además de esta pena. Asimismo se contempla la aprehensión y el decomiso de las sustancias sicotrópicas y de toda otra sustancia o utensilio empleados en la comisión de estos delitos (artículo 22).

El estudio del preámbulo del documento permite advertir la materia de la tutela. Ahí se destaca la preocupación por la "salud física y moral de la humanidad", lo mismo que en la Convención Única de 1961. Las medidas de fiscalización establecidas en el documento tienden a proteger, además, el control estatal sobre sustancias psicotrópicas y el control que sobre las mismas compete a los organismos internacionales, específicamente a las Naciones Unidas, como lo señala el preámbulo de la Convención.

Con el afán de impedir injusticias respecto de ciertos grupos indígenas, México formuló reservas a esta Convención por lo que hace a la punición de miembros de grupos étnicos que hacen uso de plantas alucinógenas en sus prácticas religiosas ancestrales (v.gr. los huicholes y tarahumaras)⁴⁹. Esta medida fue tomada con la intención de proteger los usos y costumbres de los grupos indígenas, tutelando de manera indirecta la cultura nacional⁵⁰.

Colombia, Ediciones Jurídica Radar, 1995, pp. 46-48.

⁴⁹ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁰ Respecto de este tema, cfr. Ortiz, Andrés, "Plantas psicoactivas: ¿delito o costumbre?", *México Indígena*, 2ª época, año IV, núm. 25, noviembre-diciembre, 1988, pp. 26-30.

D. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988⁵¹

Las convenciones que precedieron a la de 1988 se habían limitado a sancionar conductas relacionadas con la siembra, fabricación y comercialización de sustancias estupefacientes y sicotrópicas. La convención que ahora se comenta, revoluciona los medios de represión al narcotráfico. Una de las finalidades de esta convención es actuar sobre los capitales del narcotráfico por medio del decomiso de los bienes surgidos directa o indirectamente de tal actividad, así como de los precursores químicos. Los Estados firmantes estuvieron conscientes de que los medios tradicionales de combate al narcotráfico no fueron tan efectivos para detenerlo, por el contrario, ante el fracaso de éstos, el delito había prosperado. Es por ello que las partes deciden despojar a las organizaciones delictivas de los instrumentos de que se valen para llevar a cabo sus pretensiones, se busca desposeerlos de los recursos materiales, precursores químicos y se implementa todo un novedoso sistema de ayuda judicial recíproca⁵².

La Convención que ahora comentamos engloba el tratamiento relativo a las sustancias sicotrópicas y a las estupefacientes, a diferencia de las dos anteriores convenciones que se aplican solo respecto de alguna de estas dos especies de sustancias. Sin embargo, se establece que las "disposiciones de la presente Convención serán sin perjuicio de los derechos y obligaciones que incumben a las Partes en la presente Convención en virtud de la Convención de 1961, de la Convención de 1961 en su forma enmendada y del Convenio de 1971" (artículo 25).

⁵¹ Publicada en el *DOF* el 9 de febrero de 1990.

⁵² Cfr. Saavedra Rojas, "I. La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena 1988", Saavedra Rojas, Edgar y Del Olmo, Rosa, *La Convención de Viena y el narcotráfico*,

El Preámbulo de esta Convención resulta altamente ilustrativo para los fines que ahora interesan, pues ahí podemos encontrar un catálogo completo de los bienes que pretenden protegerse. Aunque no se menciona de manera expresa, al llamar la atención sobre los valores que pone en peligro el narcotráfico se está proporcionando la lista de los bienes jurídicos que se pretende tutelar. En el documento se hace notar que los ilícitos en materia de estupefacientes y sicotrópicos "representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad". La vinculación de estos ilícitos con actividades delictivas organizadas "socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados". Las ganancias que genera el tráfico ilícito de estas sustancias, permite a las organizaciones "invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos los niveles". He aquí una descripción detallada de los bienes que lesionan el narcotráfico y la delincuencia organizada.

Se estableció como objetivo de la Convención privar a los sujetos dedicados al tráfico ilícito, del producto de sus actividades delictivas, así como eliminar el incentivo para tal actividad. Por eso se ha señalado que las medidas contenidas en este instrumento internacional, más que proteger la salud pública, buscan tutelar la economía de las naciones, los mecanismos y disposiciones que ahí se incluyen permiten advertir que las sanciones van dirigidas principalmente hacia las operaciones con recursos de procedencia ilícita, como las llama nuestro código y que ordinariamente se conocen como "lavado de dinero"⁵³. También se tuvo como

Bogotá-Colombia, Editorial Temis S. A., 1991, pp. 3-4.

⁵³ Afirma Rosa del Olmo, "se quiere ocultar así el verdadero objeto de la Convención. Es decir, el aspecto económico, aunque también está presente, de manera velada, lo político cuando se hace referencia a 'vínculos con otras actividades delictivas organizadas'. Desde el primer párrafo se observa cómo 'las bases económicas' son las primeras que se 'menoscaban', olvidándose, por cierto, las sociales, a pesar de que la aparente preocupación es 'la salud y el bienestar'. Es más: al

objetivo complementar las disposiciones establecidas en las dos convenciones anteriores.

Se incrementa el número de conductas que deben tipificarse como delitos. Pareciera que esta regulación extremadamente casuística pretende no dejar fuera alguna conducta que pudiera favorecer el narcotráfico; así, se enuncian la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier sustancia estupefaciente o sicotrópica; el cultivo de la adormidera, arbusto de coca o planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes; la posesión o adquisición de cualquier estupefaciente o sicotrópico con objeto de llevar a cabo las conductas enumeradas anteriormente; la fabricación, transporte, distribución de equipos, materiales o sustancias a sabiendas de que se utilizarán en el cultivo, producción, fabricación ilícita de estupefacientes o sicotrópicos; la organización, gestión o financiación de algunos de los anteriores delitos (artículo 3.1.a)).

También deberán tipificarse la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de su procedencia ilícita; el encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o la propiedad reales de bienes, o derechos relativos a tales bienes a sabiendas de su ilícita procedencia; la adquisición, posesión, utilización de bienes a sabiendas de esa misma procedencia; la posesión de equipos, materiales o sustancias destinadas al cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sicotrópicos; también se tipificarán --dispone la Convención-- las formas de participación consistentes en la instigación o inducción pública a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con la Convención, que se lleve a cabo

recurrir a la expresión --también dramática y efectista-- de 'utilización de niños', estos son vistos en el segundo párrafo, de nuevo, en términos económicos al considerarlos mercado de consumo". "II. La convención de las Naciones Unidas: ¿contra el tráfico de drogas o a favor del control

por cualquier medio⁵⁴; la participación, asociación, confabulación, para cometer alguno de estos delitos; también la tentativa, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento en relación con su comisión (artículo 3.1.b)).

Asimismo se prevé la tipificación de la posesión o adquisición o cultivo de estupefacientes o sicotrópicos para consumo personal (artículo 3.2).

Las sanciones establecidas serán preferentemente las de privación de libertad, sanciones pecuniarias y decomiso, pudiéndose imponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social, como complemento de la condena o en lugar de ésta (esta posibilidad ya se establecía en la Convención de 1961).

Una de las novedades de este Convenio, con respecto a sus antecesores, fue, en primer término, el establecimiento de la asistencia judicial recíproca. Establece el artículo 7 de la Convención que "las Partes se presentarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo del artículo 3", que ya reseñé. Otra novedad fue la regulación de la "entrega vigilada". Ésta, según la propia Convención, es la "técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas [...] salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con [...] la presente Convención" (artículo 1.g)). Finalmente, se regula lo relativo al tráfico ilícito por el mar. "Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que

financiero?", Saavedra Rojas y Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, op. cit., p. 90.

⁵⁴ Nuestro Código penal federal recoge esta figura en el delito de apología de algún vicio, y además de manera específica en el apartado de delitos contra la salud.

una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar la asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización"; o bien, "podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave". Las medidas a las que se hace alusión se encuentran detalladas por el párrafo cuarto del artículo 17. Éstas pueden ser: abordar la nave, inspeccionar la nave, si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, y adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

III. TUTELA PENAL ESPECÍFICA

1. Introducción

El estudio de los antecedentes legislativos y su evolución nos lleva a consideraciones interesantes. En un principio se protegió la salud colectiva entendida como la suma de las saludes individuales de las personas; esta tutela se trasladó a la Ley General de Salud. El Código penal comenzó a tutelar la salud pública de manera general cuando tipificó conductas relacionadas con los estupefacientes y sicotrópicos, entendidas como "sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana". Hoy día la tutela es más amplia, no se refiere solamente a la salud pública, se protegen bienes de la sociedad, del Estado y de la comunidad internacional.

Los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país han influido en la formulación de los tipos penales, de ahí que nuestro Código penal incluya en su articulado disposiciones contempladas en las Convenciones a las que ya hice

objetivo complementar las disposiciones establecidas en las dos convenciones anteriores.

Se incrementa el número de conductas que deben tipificarse como delitos. Pareciera que esta regulación extremadamente casuística pretende no dejar fuera alguna conducta que pudiera favorecer el narcotráfico; así, se enuncian la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier sustancia estupefaciente o sicotrópica; el cultivo de la adormidera, arbusto de coca o planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes; la posesión o adquisición de cualquier estupefaciente o sicotrópico con objeto de llevar a cabo las conductas enumeradas anteriormente; la fabricación, transporte, distribución de equipos, materiales o sustancias a sabiendas de que se utilizarán en el cultivo, producción, fabricación ilícita de estupefacientes o sicotrópicos; la organización, gestión o financiación de algunos de los anteriores delitos (artículo 3.1.a)).

También deberán tipificarse la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de su procedencia ilícita; el encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o la propiedad reales de bienes, o derechos relativos a tales bienes a sabiendas de su ilícita procedencia; la adquisición, posesión, utilización de bienes a sabiendas de esa misma procedencia; la posesión de equipos, materiales o sustancias destinadas al cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sicotrópicos; también se tipificarán --dispone la Convención-- las formas de participación consistentes en la instigación o inducción pública a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con la Convención, que se lleve a cabo

recurrir a la expresión --también dramática y efectista-- de 'utilización de niños', estos son vistos en el segundo párrafo, de nuevo, en términos económicos al considerarlos mercado de consumo". "II. La convención de las Naciones Unidas: ¿contra el tráfico de drogas o a favor del control

por cualquier medio⁵⁴; la participación, asociación, confabulación, para cometer alguno de estos delitos, también la tentativa, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento en relación con su comisión (artículo 3.1.b)).

Asimismo se prevé la tipificación de la posesión o adquisición o cultivo de estupefacientes o sicotrópicos para consumo personal (artículo 3.2).

Las sanciones establecidas serán preferentemente las de privación de libertad, sanciones pecuniarias y decomiso, pudiéndose imponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social, como complemento de la condena o en lugar de ésta (esta posibilidad ya se establecía en la Convención de 1961).

Una de las novedades de este Convenio, con respecto a sus antecesores, fue, en primer término, el establecimiento de la asistencia judicial recíproca. Establece el artículo 7 de la Convención que "las Partes se presentarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo del artículo 3", que ya reseñé. Otra novedad fue la regulación de la "entrega vigilada". Ésta, según la propia Convención, es la "técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas [...] salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con [...] la presente Convención" (artículo 1.g)). Finalmente, se regula lo relativo al tráfico ilícito por el mar. "Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que

financiero?", Saavedra Rojas y Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, op. cit., p. 90.

⁵⁴ Nuestro Código penal federal recoge esta figura en el delito de apología de algún vicio, y además de manera específica en el apartado de delitos contra la salud.

una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar la asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización"; o bien, "podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave". Las medidas a las que se hace alusión se encuentran detalladas por el párrafo cuarto del artículo 17. Éstas pueden ser: abordar la nave, inspeccionar la nave, si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, y adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

III. TUTELA PENAL ESPECÍFICA

1. Introducción

El estudio de los antecedentes legislativos y su evolución nos lleva a consideraciones interesantes. En un principio se protegió la salud colectiva entendida como la suma de las saludes individuales de las personas; esta tutela se trasladó a la Ley General de Salud. El Código penal comenzó a tutelar la salud pública de manera general cuando tipificó conductas relacionadas con los estupefacientes y sicotrópicos, entendidas como "sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana". Hoy día la tutela es más amplia, no se refiere solamente a la salud pública, se protegen bienes de la sociedad, del Estado y de la comunidad internacional.

Los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país han influido en la formulación de los tipos penales, de ahí que nuestro Código penal incluya en su articulado disposiciones contempladas en las Convenciones a las que ya hice

referencia, y que introduzca en la parte especial, específicamente en el capítulo relativo de los "Delitos contra la salud", cuestiones relativas a la parte general del ordenamiento punitivo⁵⁵.

Debo destacar desde ahora que lo característico de los tipos relativos al narcotráfico es el extremado casuismo, que resta claridad a la norma jurídica⁵⁶. No es conveniente encuadrar bajo una misma sanción conductas de distinta gravedad que lesionan diferentes bienes jurídicos; esta tendencia obedece a la influencia internacional en el afán de no dejar fuera alguna hipótesis que pudiera constituir narcotráfico.

Enseguida aludo a los bienes jurídicos que tutela cada tipo penal del capítulo relativo a los delitos contra la salud; en algunos casos se trata de lineamientos generales y por ello se hará el señalamiento correspondiente. No podemos olvidar que con la tipificación de un delito contra la salud se puede proyectar la tutela hacia diversos bienes jurídicos, de manera directa o indirecta aunque no se especifique así de forma expresa. Mayor abundamiento sobre estos valores jurídicos se tratará en el último apartado de esta tesis.

⁵⁵ Señala García Ramírez: "los convenios internacionales fijan obligaciones para los estados, que influyen sobre la formulación de tipos, como la Convención Única sobre Estupefacientes, de 1961, y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971. Algunos instrumentos, de trascendencia más procesal que penal, contienen prevenciones que limitan, por inmunidad, el despliegue de la jurisdicción represiva: Convención sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y Convención sobre Relaciones Consulares, de 1963, ambas suscritas en Viena". *Derecho penal, op. cit.*, p. 52.

⁵⁶ Cfr. Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, *Código penal anotado, op. cit.*, p. 511.

2. La tutela penal por artículos

A. Artículo 193

"Artículo 193.- Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia.

Para los efectos de este capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II, y III y 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública.

El juzgador, al individualizar la pena o la medida de seguridad a imponer por la comisión de algún delito previsto en este capítulo, tomará en cuenta, además de lo establecido en los artículos 51 y 52, la cantidad y la especie de narcótico de que se trate, así como la menor o mayor lesión o puesta en peligro de la salud pública y las condiciones personales del autor o partícipe del hecho o la reincidencia en su caso.

Los narcóticos empleados en la comisión de los delitos a que se refiere este capítulo, se pondrán a disposición de la autoridad sanitaria federal, la que procederá de acuerdo con las disposiciones o leyes de la materia a su aprovechamiento lícito o a su destrucción.

Tratándose de instrumentos y vehículos utilizados para cometer los delitos considerados en este capítulo, así como de objetos y productos de esos delitos, cualquiera que sea la naturaleza de dichos bienes, se estará a lo dispuesto en los artículos 40 y 41. Para ese fin, el Ministerio Público dispondrá durante la averiguación previa el aseguramiento que corresponda y el destino procedente en apoyo a la procuración de justicia, o lo solicitará en el proceso, y promoverá el decomiso para que los bienes de que se trate o su producto se destinen a la impartición de justicia, o bien, promoverá en su caso, la suspensión y la privación de derechos agrarios o de otra índole, ante las autoridades que resulten competentes conforme a las normas aplicables".

Este precepto no constituye un tipo penal, mas bien se especifican ahí cuestiones generales útiles en la aplicación de las hipótesis delictivas del capítulo. Se proporciona el concepto de lo que para efectos penales debe considerarse como narcótico. Son narcóticos "los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determine la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalan las demás disposiciones legales aplicables en la materia".

En un principio el código aludía a "drogas enervantes"; tras la reforma de 1947 se refirió solamente a "enervantes", posteriormente por reforma de 1968 se aludió a estupefacientes y se regularon conductas específicas relativas a la cannabis. Para 1974, previa reforma del mismo año, se contemplaban tipos relativos a "estupefacientes o psicotrópicos", denominación que duró hasta 1994, cuando fué sustituida por el término de "narcóticos", que subsiste a la fecha. La denominación de narcóticos abarca tanto a los sicotrópicos como a los estupefacientes, esta interpretación se restringe a la materia jurídico-penal, sin atender a un significado literal o científico. La NOM para la prevención, tratamiento y control de las adicciones considera como términos equivalentes los de sustancia psicoactiva, psicotrópica o droga, términos que define como la "sustancia que altera algunas funciones mentales y a veces físicas, que al ser consumida reiteradamente tiene la posibilidad de dar origen a una adicción. Estos productos incluyen las sustancias, estupefacientes y psicotrópicos clasificados en la Ley General de Salud..." (artículo 3.32).

El artículo 193 no define a los narcóticos, pero remite a otros ordenamientos legales y proporciona el fundamento para la aplicación de los convenios suscritos por México en materia de narcóticos, a los que me referí *supra*, por ello las conductas sancionadas tienen que ver con las listas contenidas en la Convención única de 1961 sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención única de 1961 sobre estupefacientes, el Convenio de sustancias sicotrópicas de 1971, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988 y los demás acuerdos de cooperación internacional que México ha celebrado.

La Convención de 1961 dispone que son estupefacientes "cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas". La primera incluye ochenta y

nueve sustancias entre las que se menciona a la cannabis, su resina y los extractos y tinturas del mismo; en la lista II se contienen nueve sustancias. En el Convenio de 1971 sobre sustancias sicotrópicas se señala que dichas sustancias son las naturales o sintéticas que enumeran las listas I, II, III o IV del mismo instrumento legal, éstas contemplan 35 drogas que incluyen a las anfetaminas. A pesar de que la Convención no proporciona una definición de lo que es estupefaciente, detalla los elementos que lo caracterizan, y a partir de ahí se puede precisar su naturaleza; son estupefacientes aquellas sustancias que pueden producir un estado de dependencia y "estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo" (artículo 2.4.a)). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1988, remite a los dos convenios anteriormente mencionados.

La Ley General de Salud enumera las listas de narcóticos en los artículos 237, 245 y 248. Es importante destacar que el Código Penal no remite a la lista de drogas enumeradas en el artículo 234 de la Ley sanitaria, por lo que técnicamente no se tratará de delitos contra la salud cuando se presente en la especie alguna de esas sustancias. Se podría argumentar que dicha laguna se subsana con la remisión que hace el artículo 193 del Código a "las demás disposiciones legales aplicables en la materia". Pero atendiendo a que se trata de materia penal rige el principio de legalidad, que requiere la "ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Ya mencioné la opinión de algunos tratadistas respecto a que la remisión que hace el Código penal a la ley sanitaria es el criterio más adecuado, esta remisión constituye una garantía ciudadana y sobre todo permite al jurista plantear posturas

sólidas⁵⁷. Así se ha defendido en España donde el código penal no incluye un concepto de narcótico, ni remite a ordenamientos sanitarios o convenciones internacionales, lo que presenta graves problemas a la actividad jurisdiccional. Por ello los doctrinarios de ese país han hecho esfuerzos para delimitar el alcance del concepto que incluye ese ordenamiento punitivo⁵⁸.

En España se utiliza el término "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas", que ha sido ampliamente criticado por tratarse de palabras análogas que además dan lugar a confusiones⁵⁹. Para efectos jurídico penales, es preferible utilizar el término droga, sin interpretación literal o vulgar porque ello nos conduciría a diferentes resultados. La droga es "toda sustancia que introducida en el organismo vivo, puede modificar una o más de sus funciones"⁶⁰. Esta definición más amplia es la que sirve para efectos jurídico-penales⁶¹.

Entre "las demás disposiciones legales aplicables en la materia" a que remite el primer párrafo del artículo 193, podrían incluirse las Normas Oficiales Mexicanas⁶². Al respecto existe la NOM-028-SSA2-1999, para la prevención, tratamiento y control de las adicciones, que prevé cuestiones relativas a la adicción,

⁵⁷ Lorenzo Salgado, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, op. cit., p. 80.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 73.

⁵⁹ Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas...*, op. cit., pp. 112-113 y 116-117.

⁶⁰ García Ramírez, Sergio, *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*, México, Ed. Trillas, 1980, p. 25.

⁶¹ "La definición más amplia de *droga* es aquella que dice que 'es todo aquello que introducido al organismo provoca alguna modificación'. Como surge claramente de esta definición, resulta que *droga*, no es una mala palabra, ya que en ella quedan incluidos no sólo los estupefacientes, sino también todos los medicamentos que la ciencia farmacéutica ha creado para nuestra salud, todas las drogas sociales estimulantes que consumimos libremente como mate, café, té; todas las sustancias creadas con los fines más diversos y que indirectamente han sido y son utilizadas como drogas de abuso, como pegamentos, pinturas, combustibles, etcétera". Caro, Patricia M., *Drogas de abuso. Guía teórico-práctica para su estudio*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1997, p. 17.

⁶² Cfr. Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, *Código penal anotado*, op. cit., p. 483.

farmacodependencia, promoción de la salud y sustancias narcóticas, entre otros temas.

En el artículo 193, que ahora se estudia, se incluyen reglas especiales para individualización de la pena, en las que se establece que el juez debe tomar en cuenta la mayor o menor lesión o puesta en peligro de la salud pública. De ello podemos deducir que se trata de un delito de peligro, puesto que no se requiere la lesión del bien jurídico tutelado, basta la "puesta en peligro". Al ser el bien jurídico tutelado la salud pública, no es necesaria la identificación de personas afectadas, es suficiente para su configuración la realización de alguna de las conductas previstas en el Código penal. Es un delito de peligro abstracto, puesto que requiere que efectivamente exista un peligro de que acontezca el daño (potencialidad de daño), "es decir, delitos en los que el peligro a pesar de ser lejano para el bien jurídico, concurre". Se considera que no son delitos de peligro presunto, de mera desobediencia o formales⁶³.

El hecho de considerar algunos tipos penales como de peligro (grado de lesión del bien jurídico) tiene consecuencias técnico-jurídicas. Por ejemplo, en este tipo de delitos difícilmente se admitirían las formas imperfectas de ejecución, como la tentativa⁶⁴, sin embargo, el capítulo que se estudia incluye entre su articulado hipótesis especiales de tentativa punible, como se verá adelante.

El artículo 193 regula asimismo el decomiso, ya previsto en el artículo 40 del mismo ordenamiento represivo. Establece el aseguramiento, ya que al ser el

⁶³ Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del Código Penal (Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1999, pp. 30, 42-47.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 44. Carrancá y Trujillo considera, en divergencia de criterio, que en este caso de delitos de peligro, es perfectamente configurable la tentativa. Carrancá y Trujillo, y Carrancá y Rivas, *Código penal anotado, op. cit.*, p. 512.

decomiso una pena sólo puede imponerse hasta sentencia, en tanto que el aseguramiento puede llevarse a cabo desde la averiguación previa.

B. Artículo 194

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

I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun 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.

II.- Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.

Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo.

III.- Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo; y

IV.- Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las instancias comprendidas en el artículo anterior.

Las mismas penas previstas en este artículo y, además, privación del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por cinco años, se impondrán al servidor público que, en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo, permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas señaladas en este artículo".

El artículo 194 constituye el tipo fundamental o básico, los demás preceptos establecen tipos especiales. La fracción I contempla seis modalidades de la conducta, por lo cual se trata de un tipo de conducta plural o formado alternativamente, e incluye: producción, transporte, tráfico, comercio, suministro (incluso el gratuito) y prescripción⁶⁵. Es ésta una redacción casuística del tipo penal elaborada con la intención de unificar los diversos criterios de jueces y agentes del Ministerio Público. La desventaja de este casuismo es que algunas conductas

⁶⁵ En el ordenamiento penal español se establecen las siguiente modalidades de la conducta: cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, y tráfico (artículo 344). Cfr. Lorenzo Salgado, *Las drogas en el ordenamiento penal español, op. cit.*, p. 73.

quedan incluidas en otras y que como ya mencioné, se sancionan con la misma pena hechos de diferente gravedad⁶⁶, lo que vulnera el principio del bien jurídico.

Es un criterio generalmente aceptado que estos delitos tutelan la salud pública, bien jurídico que pertenece a la colectividad, ofendido que no es determinable individualmente. Coincido con Jiménez Huerta en el sentido de que el nombre de este título "Delitos contra la salud", no señala de manera precisa el bien jurídico protegido. Los códigos penales de 1871 y el de 1929 detallaron con mejor suerte el bien protegido; se denominó a estos ilícitos como "delitos contra la salud pública", y es que es evidente que lo protegido no es la salud individual, se tutela la salud colectiva, pues no es necesario determinar individualmente al afectado, ni siquiera se requiere daño, basta con la puesta en peligro del bien jurídico⁶⁷. El bien jurídico directamente protegido por los delitos contra la salud es la salud pública, sin embargo, de manera indirecta se protege un sin número de valores jurídicos de gran entidad, que iré reseñando en lo sucesivo. Baste mencionar, por ahora, que se protege la libertad de consumo, el control estatal en la producción y comercio de narcóticos, la seguridad colectiva u orden público, el desarrollo económico, la política, el Estado, las relaciones familiares y otros bienes.

La fracción II tipifica la introducción y extracción de la droga del país, sin permiso legal. Aquí se protege, además de la salud pública, el control estatal sobre los narcóticos, pues sólo al Estado compete garantizar la existencia y traslado de la droga con fines médicos; las conductas de este género, que no se lleven a cabo

⁶⁶ Cuando "se consagra un tipo de conductas alternativas, muchas de las comprendidas en los verbos rectores insertos en la norma hacen relación a conductas de muy variada naturaleza y gravedad, pero a pesar de ello sometidas a la misma penalidad". Saavedra Rojas, Edgar, "I. La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena 1988", Saavedra Rojas y Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá-Colombia, Ed. Temis S. A., 1991, p. 43.

⁶⁷ *Derecho penal mexicano, op. cit., t. V, p. 147.*

por el Estado, tiene el carácter de antijurídicas. Legalmente, el Estado tiene el monopolio sobre el control de la droga, por lo que el tipo penal de la fracción II pretende tutelar ese control estatal⁶⁸. Además se establecen en esta fracción cuestiones relativas a la tentativa y formas de participación, ya previstas en la parte general del código (artículo 12 y 13).

La fracción IV prevé un supuesto específico de apología, también previsto en el artículo 209 del ordenamiento punitivo⁶⁹; empero, en virtud de la entidad del bien jurídico tutelado que se lesiona, se incrementó "considerablemente" la penalidad para este supuesto específico, sancionando con prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa. Atendiendo a que el delito de apología se incluye entre los delitos contra la moral pública y que esta fracción que se comenta establece sólo un supuesto de apología, podemos concluir que la esta fracción tutela, además de la salud pública, la moral pública⁷⁰. La penalidad se agrava si la comisión la lleva a cabo un servidor público en ejercicio de su encargo, con esta circunstancia se protege además la función pública.

C. Artículo 195

"Artículo 195.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud,

⁶⁸ Cfr. Prieto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas...*, op. cit., p. 167, y Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas...*, op. cit., p. 38.

⁶⁹ Dicho precepto señala: "Al que provocare públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido". La NOM para la prevención, tratamiento y control de las adicciones, prevé entre las acciones de prevención, algunas en materia de comunicación educativa. En ese rubro se establece la prohibición de que los medios utilizados en la difusión de mensajes, muestren alguna forma de administración de sustancias psicoactivas, o a personas consumiéndolas (artículo 6.2.4.7.3).

⁷⁰ Cfr. Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pp. 200 y ss.

siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194.

No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

No se procederá por la simple posesión de medicamentos, previstos entre los narcóticos a los que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder".

El primer párrafo de este artículo tipifica una hipótesis de tentativa, sancionando la sola posesión con la finalidad de llevar a cabo las conductas anteriormente referidas. Se presentan aquí actos de ejecución (posesión) y la finalidad delictiva; esta cuestión ya estaba prevista en el artículo 12 del ordenamiento penal, relativo a la tentativa⁷¹. Requiere que la posesión sea "sin la autorización correspondiente", consideración que no debió expresarse pues "la antijuridicidad de las acciones que caen dentro del campo penal, en nuestro Derecho se las presume por el solo hecho de tipificarlas y sancionarlas; así, toda acción típica y punible, según la ley, es antijurídica"⁷².

El segundo párrafo dispone que no se procederá contra quien no siendo farmacodependiente se encuentre en posesión de alguna droga, si concurren dos condiciones: a) que la posesión sea por una sola vez y b) que la cantidad pueda presumirse destinada a su consumo personal. Se trata de una excusa absolutoria, no se impone sanción por motivos de política criminal. Este hecho se justifica, si atendemos al bien jurídico tutelado. El consumo no afecta la salud pública, aunque

⁷¹ El artículo 12 del Código Penal Federal, párrafo primero, establece: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente".

⁷² Cit. Carrancá y Rivas y Carrancá y Trujillo, *Código penal anotado, op. cit.*, p. 515.

puede llegar a afectar la salud individual; al no lesionar el bien jurídico directamente tutelado, no tiene sustento la sanción.

El tercer párrafo prevé una hipótesis de estado de necesidad propio y a favor de tercero; esta excluyente del delito ya encuentra acomodo en la parte general del código, en el apartado relativo a las excluyentes del delito (artículo 15, fracción V). Existe estado de necesidad, según establece el precepto en cita, cuando "... se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea inevitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

D. Artículo 195 bis

"Artículo 195 Bis.- Cuando la posesión o transporte, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 de este Código y no se trate de un miembro de una asociación delictuosa, se aplicarán las penas previstas en las tablas contenidas en el apéndice 1 de este ordenamiento, si el narcótico no se encuentra comprendido en las mismas, se aplicará hasta la mitad de las penas señaladas en el artículo anterior".

Este precepto sanciona la simple posesión o transporte. Aquí se atenúa la penalidad cuando estas conductas no se efectúen con la intención de llevar a cabo algunas de las hipótesis tipificadas en el artículo 194, que es el tipo básico o fundamental. La posesión o transporte sin esa finalidad, no amenazan la salud pública, pues las únicas finalidades que podrían tenerse son el consumo o actividades científicas. Para efectos de la sanción, el precepto remite a las tablas del apéndice 1 del Código penal, que fueron introducidas en 1996, tomando en cuenta la cantidad, el tipo de droga y el grado de reincidencia.

E. Artículo 196

"Artículo 196.- Las penas que en su caso resulten aplicables por los delitos previstos en el artículo 194 serán aumentadas en una mitad, cuando:

I.- Se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de los delitos contra la salud o por un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo. En este caso, se impondrá, a dichos servidores públicos además, suspensión para desempeñar cargo o comisión en el servicio público, hasta por cinco años, o destitución, e inhabilitación hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. Si se trata de un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en cualquiera de las situaciones mencionadas se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca, y se le inhabilitará hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, para desempeñar cargo o comisión públicos en su caso;

II.- La víctima fuere menor de edad o incapacitada para comprender la relevancia de la conducta o para resistir al agente;

III.- Se utilice a menores de edad o incapaces para cometer cualesquiera de esos delitos;

IV.- Se cometa en centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o en sus inmediaciones con quienes a ellos acudan;

V.- La conducta sea realizada por profesionistas, técnicos, auxiliares o personal relacionado con las disciplinas de la salud en cualesquiera de sus ramas y se valgan de esa situación para cometerlos. En este caso se impondrá, además, suspensión de derechos o funciones para el ejercicio profesional u oficio hasta por cinco años e inhabilitación hasta por un tiempo equivalente al de la prisión impuesta;

VI.- El agente determine a otra persona a cometer algún delito de los previstos en el artículo 194, aprovechando el ascendiente familiar o moral o la autoridad o jerarquía que tenga sobre ella; y

VII.- Se trate del propietario poseedor, arrendatario o usufructuario de un establecimiento de cualquier naturaleza y lo empleare o para realizar algunos de los delitos previstos en este capítulo o permitiere su realización por terceros. En este caso además, se clausurará en definitiva el establecimiento".

El precepto transcrito establece hipótesis de circunstancias calificativas agravantes de la pena, aunque la redacción es poco afortunada, pues incurre en repetición de circunstancias. Así, la agravante de la fracción I ya estaba prevista en la parte final del artículo 194: cuando se realice por servidores públicos, la única variante es el tipo de función que se lleva a cabo, se trata de proteger, además de la salud pública, la función pública. La siguiente fracción agrava la pena cuando la víctima es menor de edad o incapacitada para comprender la relevancia de la conducta o para resistir la del agente. Se erige la tutela, independientemente de la salud pública, sobre el desarrollo psicobiológico de los menores e incapaces; es ésta una

de las medidas llevadas a cabo por el Estado en aras de establecer la tutela al menor, entre estas medidas también se encuentran algunas instituciones del Derecho civil familiar, como la patria potestad, la tutela y la curatela, por lo que se puede asegurar que esta fracción protege además las relaciones familiares. La fracción III se refiere a los llamados "burros", el que utiliza es el instigador. La fracción IV se refiere a centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o en sus Inmediaciones con quienes a ellos acudan, se resguarda la función realizada en nuestras Instituciones y la confianza en éstas. La fracción V, cuando los autores de la conducta sean profesionistas, técnicos, auxiliares o personal relacionado con las disciplinas de la salud y se valga de esta situación para cometer la conducta, salta a la vista que esta agravante amplía su protección hacia otros bienes jurídicos, en el caso específico: el buen desarrollo y desempeño de las profesiones, la confianza individual y social en quienes ejercen una profesión reglamentada por el Estado, y la seguridad e intimidad de los pacientes⁷³.

La fracción VI reglamenta la instigación; en principio, tratándose de la participación, no se requiere calidad de sujeto, pero en esta hipótesis se exige la calidad. La última fracción agrava la pena cuando se trate de propietario, arrendatario, poseedor o usufructuario de cualquier establecimiento y lo utilice para realizar este tipo de delitos; se incluyen aquí supuestos de complicidad.

F. Artículo 196 ter

"Artículo 196 Ter.- Se Impondrán de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos días multa, así como decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito, al que desvíe o por cualquier medio contribuya a desviar precursores químicos, productos químicos esenciales o máquinas, al cultivo, extracción, producción, preparación o acondicionamiento de narcóticos en cualquier forma prohibida por la ley. La misma pena de prisión y multa, así como la inhabilitación para ocupar cualquier empleo, cargo o comisión públicos hasta por cinco años, se Impondrá al servidor

⁷³ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 93.

público que, en ejercicio de sus funciones, permita o autorice cualquiera de las conductas comprendidas en este artículo.
Son precursores químicos, productos químicos esenciales y máquinas los definidos en la ley de la materia".

Este artículo se introduce por virtud de la reforma de 1996. Antes de esta fecha, las conductas relativas a precursores químicos no se sancionaban. La regulación deriva de la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. En ese instrumento se hizo un llamado a los países a regular lo relativo a precursores químicos, llamado que nuestro país atendió al incluir este novedoso artículo.

Ya en la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes se señalaba la obligación de fiscalizar determinadas sustancias que no estando sujetas a las disposiciones de esta convención, pudieran ser utilizadas para la fabricación de estupefacientes. Evidentemente se trata de precursores químicos, aunque no se les dé ese nombre.

El primer párrafo establece sanciones a conductas relativas a desvío de precursores químicos, químicos esenciales o máquinas destinadas al cultivo, extracción, producción, preparación o acondicionamiento de narcóticos. El segundo párrafo prevé una agravante para los servidores públicos que realicen o permitan conductas delictivas relativas a precursores químicos. Con esta tipificación se pretende desposeer a los narcotráficos de los medios de que se valen para llevar a cabo el delito, de esta manera su tutelan los mismos bienes que protege la tipificación del narcotráfico, predominantemente la salud pública; pero, además, el control que el Estado debe tener en el proceso de producción de la droga, la función pública y los intereses económicos estatales⁷⁴.

⁷⁴ Cfr. Del Olmo, "II La Convención de las Naciones Unidas: ¿contra el tráfico de drogas o a favor del control financiero?", Saavedra Rojas y Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, op.

G. Artículo 197

"Artículo 197.- Al que, sin mediar prescripción de médico legalmente autorizado, administre a otra persona, sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio, algún narcótico a que se refiere el artículo 193, se le impondrá de tres a nueve años de prisión y de sesenta a ciento ochenta días multa, cualquiera que fuera la cantidad administrada. Las penas se aumentarán hasta una mitad más si la víctima fuere menor de edad o incapaz comprender la relevancia de la conducta o para resistir al agente.

Al que indebidamente suministre gratis o prescriba a un tercero, mayor de edad, algún narcótico mencionado en el artículo 193, para su uso personal e inmediato, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de cuarenta a ciento veinte días multa. Si quien lo adquiere es menor de edad o incapaz, las penas se aumentarán hasta una mitad.

Las mismas penas del párrafo anterior se impondrán al que induzca o auxilie a otro para que consuma cualesquiera de los narcóticos señalados en el artículo 193".

Tipifica la administración de droga a otra persona, conducta que ya se encuentra contemplada en la fracción I del artículo 194. La agravante establecida cuando la víctima fuere menor de edad o incapaz, también se encuentra regulada en la fracción II del artículo 196, que establece una lista de circunstancias agravantes. La tutela se extiende hacia la libertad del consumidor⁷⁵, puesto que las drogas generan dependencia que coarta este tipo de libertad; también se pretende proteger el sano desarrollo psicobiológico de los menores y de los incapaces.

El segundo párrafo sanciona la suministración gratuita y prescripción de algún narcótico a un tercero para su uso personal e inmediato. Nuevamente, además de la salud pública, se pretende proteger la libertad del consumidor y el sano desarrollo psicobiológico de las personas.

El tercer párrafo de este precepto establece una forma de instigación, ya prevista en la fracción V del artículo 13 del mismo ordenamiento.

cit., p. 90.

⁷⁵ Cfr. Joshí Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas...*, op. cit., p. 38 y Prieto Rodríguez, *El delito de*

H. Artículo 198

"Artículo 198.- Al que dedicándose como actividad principal a las labores propias del campo, siembre, cultive o coseche plantas de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares, por cuenta propia, o con financiamiento de terceros, cuando en él concurren escasa instrucción y extrema necesidad económica, se le impondrá prisión de uno a seis años. Igual pena se impondrá al que en un preo de su propiedad, tenencia o posesión, consienta la siembra, el cultivo o la cosecha de dichas plantas en circunstancias similares a la hipótesis anterior.

Si en las conductas descritas en los dos párrafos anteriores no concurren las circunstancias que en ellos se precisan, la pena será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el artículo 194, siempre y cuando la siembra, cultivo o cosecha se hagan con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en las fracciones I y II de dicho artículo. Si falta esa finalidad, la pena será de dos a ocho años de prisión.

Si el delito fuere cometido por servidor público de alguna corporación policial, se le impondrá, además la destitución del empleo, cargo o comisión públicos y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar otro, y si el delito lo cometiere un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, se le impondrá, además de la pena de prisión señalada, la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos".

El primer párrafo de este artículo sanciona la conducta que despliegan los campesinos que por medios propios o ajenos lleven a cabo la siembra, cultivo o cosecha de determinados narcóticos, cuando concurren escasa instrucción y extrema necesidad económica. Es éste un supuesto de un estado de necesidad, una causa de justificación que impediría la sanción al tenor de la fracción V del artículo 15 del Código penal. La escasa instrucción podría constituir un error de prohibición, inclusive invencible. Empero, se sanciona esta conducta en virtud de que las redes de narcotraficantes han creado verdaderas empresas de la droga que se sirven de la ignorancia y necesidad de los campesinos para enriquecerse a costa de estos últimos; de esta manera se protege el control que el Estado debe tener sobre la producción de los narcóticos y también en gran medida se tutela la economía estatal. Los narcotraficantes han creado verdaderas economías ilícitas cuyas ganancias son de magnitudes sorprendentes, es ésta una actividad que no

paga impuestos y daña directamente la Hacienda pública⁷⁶. Sería preferible sin embargo, atacar las causas que llevan a los campesinos a realizar este tipo de conductas.

El párrafo segundo prevé un supuesto de complicidad al sancionar a quien permita que estos hechos ilícitos se lleven a cabo en un predio de su propiedad o posesión.

El tercer párrafo sanciona la siembra, cultivo o cosecha; conductas que quizá podrían encuadrar en el proceso de producción ya sancionado en el artículo 194, pero además prevé otra hipótesis de tentativa, al sancionar la siembra, cultivo o cosecha con la finalidad de cometer los delitos tipificados en el artículo 194. Se protege además de la salud pública, el control estatal sobre la producción y tráfico de drogas.

El último párrafo establece la agravante para el caso de que el autor sea servidor público o miembro de corporación policial. Las agravantes de este género ya se incluyen en el artículo 196. La tutela está dirigida de manera indirecta hacia el servicio público y predominantemente hacia la seguridad pública.

I. Artículo 199

"Artículo 199.- Al fármacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es fármacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda.

Todo procesado o sentenciado que sea fármacodependiente quedará sujeto a tratamiento.

Para la concesión de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo a

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 167.

la farmacodependencia, pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento adecuado para su curación bajo vigilancia de la autoridad ejecutora".

Este artículo prevé, más que un delito, una hipótesis de exclusión del mismo, pues no se sanciona al farmacodependiente que posea "para su estricto consumo personal" algún narcótico. Esto es así porque el problema penal de las drogas, debe examinarse desde dos vertientes, por una parte, el trato de los productores, transportadores, difusores, proselitistas, proveedores, y por la otra parte, el de los farmacodependientes⁷⁷. Puede considerarse a estos últimos como las víctimas de los delitos contra la salud, enfermos en vez de delincuentes, que más que sanción necesitan cura.

El inconveniente de este precepto es que se estipula la imposición de una medida de seguridad sin previa sentencia, se está sancionando sin previo juicio y condena y, por tanto, violando el artículo 14 constitucional. Recordemos el texto del párrafo segundo del artículo 14 constitucional: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

Las disposiciones relativas a la condena condicional y la libertad preparatoria, que incluye la parte final de este artículo, también se encuentran reguladas en la parte general del código (artículos 84 y 90).

⁷⁷ García Ramírez, Sergio, "El nuevo régimen penal y administrativo sobre estupefacientes y psicotrópicos", *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas (Estupefacientes y psicotrópicos, aborto, sanciones, menores infractores)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981, p. 36. Antonio Beristain considera al respecto que "en la problemática de las drogas se deben distinguir tres campos diferentes: el de los drogadictos, el de los traficantes y el de los drogadictos-trafficantes. La investigación, la legislación y la praxis deben ocuparse de estos grupos, tan diversos pero tan unidos entre sí". *La droga. Aspectos penales y criminológicos*, Bogotá, Ed. Temis, 1986, p. 9.

IV. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

1. Consideración introductoria

Tal como observamos durante el desarrollo de este capítulo, los tipos penales en materia de narcóticos tutelan a la vez diferentes bienes jurídicos, uno de manera directa y los otros indirectamente. De atender al criterio por el cual el legislador clasifica los tipos penales según el bien jurídico protegido, tenemos a simple vista que la tutela está referida a la salud. En efecto, estos delitos protegen de manera directa el bien mencionado en el Título Séptimo: la salud, pero no individualmente considerada, sino como un bien de la colectividad: la salud pública, tal como lo señalaban los códigos de 1871 y 1929.

El narcotráfico afecta un sinnúmero de valores jurídicos. Al tipificar las conductas relativas a esta actividad ilícita el legislador pretende imposibilitar que estos bienes se vean afectados. De ahí que la lista de bienes jurídicos tutelados por los tipos de delitos contra la salud sea tan extensa e indeterminable. De manera indirecta se protegen los siguientes valores jurídicos: el Estado, la soberanía⁷⁸, la seguridad de la colectividad, la seguridad Internacional⁷⁹, el desarrollo social, el sano desarrollo psicobiológico de las personas⁸⁰, la libertad del consumidor⁸¹, el control del Estado

⁷⁸ Kaplan, Marcos, "La Internacionalización del narcotráfico latinoamericano y Estados Unidos", *Relaciones Internacionales*, México, núm. 57, enero-marzo 1993, pp. 85-86.

⁷⁹ Cfr. García Ramírez, *Narcotráfico...*, op. cit., p. 17. Cfr. también del mismo autor, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 208. Ahí se menciona que la persecución del narcotráfico no sólo busca proteger la salud social, también pretende afirmar la seguridad pública, la paz, el entendimiento Internacional, la soberanía interna y externa, las buenas costumbres, etc. *Idem*.

⁸⁰ Cfr. Islas de González Mariscal, "Valores éticos...", en García Ramírez (coordinador), *Los valores en el Derecho...*, op. cit., p. 217.

⁸¹ Cfr. Prieto y Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas...*, op. cit., p. 162. José Luis

en la producción y el comercio de los estupefacientes⁸², las relaciones familiares⁸³, las relaciones laborales⁸⁴, los intereses económicos y políticos, etcétera; la lista es larga.

El narcotráfico, según se ha dicho, ya no es solo un asunto de procuración de justicia, policía e investigación, ahora también es un problema de política Internacional, diplomacia, economía, altas finanzas, seguridad nacional, política Interior, salud, desarrollo social, educación, comunicación, cultura y moral⁸⁵. De esta afirmación podemos inferir otros bienes que se suman a la lista de los que protege la tipificación del narcotráfico.

Antonio Beristain señala la dificultad de concretar el bien jurídico tutelado por este tipo de ilícitos, ese bien jurídico se extiende y proviene de ramificaciones diversas de la salud individual, salud pública, orden público, economía y finanzas, entre otras; además se complica por virtud de factores históricos, políticos y culturales⁸⁶. La incidencia de drogas en la criminalidad complica aún más las lesiones a determinados bienes jurídicos. Esta incidencia generalmente se presenta en los delitos contra la propiedad, la conducción indebida, fraudes, lesiones, homicidio y

Diez Ripolles no utiliza el término libertad de consumo, en su lugar se refiere a la "autodeterminación personal". *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Madrid, Ed. Tecnos S. A., 1989, colección Ciencias Jurídicas, p. 53.

⁸² Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas...*, op. cit., pp. 37-38. Beristain es de la opinión de que estos delitos también repercuten en el monopolio y control del Estado sobre determinadas sustancias. *La droga...*, op. cit., p. 21.

⁸³ Cfr. García Ramírez, *Delitos en materia de estupefacientes...*, op. cit., p. 83. En el mismo sentido Beristain, *La droga...*, op. cit., p. 20.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁵ Intervención de José Antonio González Fernández en: *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, op. cit., p. 14.

⁸⁶ Beristain, *La droga...*, op. cit., p. 17.

contrabando. "La energía criminal y la violencia ciega de muchas personas aumenta cuando actúan bajo los efectos del síndrome de abstinencia"⁸⁷.

Ante la diversidad de bienes jurídicos tutelados por este título del Código penal federal, Prieto y Rodríguez ha llegado a sostener una imposibilidad de precisar el bien jurídico, por lo cual ha afirmado que se trata de un delito de mera desobediencia formal que carece de bien jurídico tutelado⁸⁸. Lo cierto es que en un Estado democrático de Derecho, todo tipo penal debe tutelar cuando menos un bien jurídico, so pena de incurrir en arbitrariedad. Los tipos que no protegen bien jurídico alguno, "son textos que, por carecer de legitimación, constituyen la expresión de un abuso del poder público y no la expresión de una necesidad social traducida a tipo penal"⁸⁹.

Como ya advertí, los tipos penales de delitos contra la salud, no sólo protegen un bien jurídico, tutelan varios, sin embargo, considero que de manera directa sólo se tutela el bien jurídico de la salud pública, pues basta que esta se ponga en peligro para considerar la ilicitud de la conducta. No es menester dañar o poner en peligro cualquier otro valor jurídico tutelado por ese capítulo⁹⁰. Sin embargo, la importancia de estos últimos bienes amerita su estudio.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 19-20.

⁸⁸ "Incluso, algunos han afirmado --como ha puesto de manifiesto Cob-- que es un delito que carece de bien jurídico, al ser un delito de mera desobediencia". Prieto y Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas...*, *op. cit.*, p. 162.

⁸⁹ Islas de González, "Valores éticos...", en García Ramírez (coord.), *Los valores en el Derecho mexicano...*, *op. cit.*, p. 215.

⁹⁰ En opinión de Arturo Ordaz Merino "lo que se protege es la salud pública y en forma indirecta es la seguridad nacional y estabilidad social". "Solidaridad de las naciones en la prevención y persecución de los delitos contra la salud", *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, estado y sociedad*, México, Universidad de Sonora, p. 154. En el mismo sentido se pronuncia Efraín García Ramírez, al manifestar que "este delito tiene dimensiones que abarcan la mayoría de los países de la tierra, sin embargo desde un punto de vista del análisis jurídico de este ilícito en nuestro derecho positivo mexicano, debe de ser considerado como la protección a la salud de la sociedad, ya que así lo especifica el Código Penal, en el Título Séptimo".

2. La salud pública

La tutela de la salud pública en los delitos de narcotráfico no está exenta de contradicciones. Se sostiene que mientras que por un lado se tutela la salud, por otra parte se permite el fomento y consumo de drogas legales que menoscaban este bien jurídico. El criterio de considerar ciertas drogas como legales depende de la determinación del legislador, que debe tomar en cuenta la aceptación social. Esta contradicción se explica si se toma en cuenta que "además de intereses económicos y de otra índole, la protección a la salud cede en este caso ante la aceptación social de aquellas sustancias y ante su inevitable presencia"⁹¹.

Existen opiniones en el sentido de que la comercialización y consumo de la droga deberían de legalizarse. Se argumenta que a pesar de su punición el narcotráfico opera y se perfecciona, que algunas drogas lícitas (como el alcohol) causan más estragos en la salud que ciertas drogas blandas, que debería entonces legalizarse la promoción y consumo de determinados narcóticos, consiguiendo con ello acabar el monopolio de las ventas, la violencia que este hecho genera y se obtendría además fiscalizar las ganancias que se generan en las narco-economías. Existe una vasta bibliografía al respecto⁹², el tema es altamente controvertido. Sin embargo, se debe tomar en cuenta, que el narcotráfico no sólo amenaza la salud pública, es un fenómeno que llega a destruir sistemas completos. Las drogas lícitas, como el alcohol y el tabaco, lesionan la salud individual y ciertas relaciones sociales,

Drogas. Análisis jurídico del delito contra la salud, 4ª ed., México, Ed. Sista, 1998, p. 242.

⁹¹ Prieto y Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas...* op. cit., p. 163.

⁹² Cfr. Neuman, Elías, *La legalización de las drogas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991, pp. 117 y ss; Vázquez Padilla, Mario Octavio, "La descriminalización de las drogas", *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, Estado y sociedad*, México, 1991, pp. 171-196; Caro, Patricia M., *Drogas de abuso...*, op. cit., p. 58; y Saavedra Rojas, "La globalización...", op. cit., pp. 37 y ss.

empero sus secuelas no se comparan con los estragos que a nivel internacional genera el problema de las drogas⁹³.

El delito de narcotráfico adquiere gravedad, en virtud de que pone en peligro la salud en su triple vertiente: física, psíquica y social⁹⁴. Así se reconoce en el preámbulo de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, en el que las partes plasman su preocupación por la salud "física y moral de la humanidad". Idéntica consideración encontramos en el Convenio sobre sustancias psicotrópicas, de 1971. Finalmente, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, destaca entre su amplio catálogo de bienes jurídicos protegidos, el de la salud (preámbulo).

La salud pública es un bien de gran entidad que ha preocupado a todos los pueblos, incluso a la comunidad Internacional. El número de convenios Internacionales que reconocen el derecho a la protección de la salud es extenso. Entre ellos encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, que deriva de dicha convención, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, de 1955, los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, de 1990, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, los Principios para la

⁹³ Patricia M. Caro realiza la siguiente consideración: "Legal o ilegal, las drogas pueden ser, y son, utilizadas por unos para destruir a otros. Sin ir muy lejos, el alcohol ha causado mas estragos entre los indios americanos que ninguna otra droga a través de la historia. Y ésta es una de las realidades que llevan a pensar que la legalización lisa y llana que algunos proponen, no frenará ni minimizará la destrucción, sino que por el contrario, aumentará la oferta, con el agravante de la publicidad libre y sin restricciones, de la entrega gratuita no punible, y de la explotación del hombre por el hombre". *Drogas de abuso, op. cit.*, p. 58.

⁹⁴ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Derecho penal, op. cit.*, p. 153. Prieto Rodríguez considera que se pone en peligro tanto la salud física como la psíquica. Cfr. *El delito de tráfico y el consumo de*

protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, de 1991, y la Convención sobre los derechos del niño, de 1989.

Con carácter regional, en Europa, algunos instrumentos que prevén el derecho a la protección de la salud son la Carta Social Europea, de 1961, la Declaración del Parlamento Europeo sobre los derechos y libertades fundamentales, de 1989, y la Resolución sobre la constitución de la Unión Europea, de 1994. En África, la Carta africana de los derechos del hombre y de los pueblos, de 1981, y la Carta africana sobre los derechos y bienestar del niño de 1990. En América, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre de 1948, la Convención Americana sobre derechos humanos, de 1969, el Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988, y el proyecto de Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 1997. Finalmente, la Convención de derechos humanos y de libertades fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes⁹⁵.

A nivel nacional también se reconoce la importancia de la protección de la salud, y se le otorga la jerarquía de garantía individual por disposición expresa del artículo 4º constitucional según vimos *supra*. Se considera la protección de la salud como un derecho humano de segunda generación, que implica prestaciones del Estado y en consecuencia erogaciones cuantiosas, estos derechos rigen "de manera gradual y progresiva, en el mejor nivel posible, a sabiendas de que sería impracticable su vigencia inmediata y total"⁹⁶.

drogas..., *op. cit.*, p. 163.

⁹⁵ Cfr. García Ramírez, *La responsabilidad penal del médico*, *op. cit.*, pp. 89-92.

⁹⁶ García Ramírez, *La responsabilidad penal del médico*, *op. cit.*, p. 90. También son denominados "derechos de la solidaridad de los pueblos". *Idem*.

A decir de Germán Bidart Campos, la segunda generación de derechos humanos "es, en nuestro siglo, la de los derechos convencionalmente apodados sociales y económicos, que no dejan de ser del hombre, aunque en su titularidad y en su ejercicio se mezclen entidades colectivas o asociaciones [...] requieren prestaciones positivas (de dar o de hacer) por parte de los sujetos pasivos, se inspira en el concepto de libertad positiva o libertad 'para' [...] acoge la idea de que la dignidad de la persona humana requiere condiciones de vida sociopolítica y personal a las que el Estado --ya no abstencionista-- debe propender, ayudar, y estimular con eficacia dentro de la legitimidad democrática"⁹⁷.

Así se ha entendido en la elaboración del concepto de salud pública. La salud pública, "es decir, la salud del pueblo, es una condición imprescriptible y necesaria del Estado moderno, y requiere de una constante intervención nacional y de medios Idóneos"⁹⁸.

La Ley General de Salud reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4º de la Constitución (artículo 1º). Ahí se detallan las finalidades de este derecho, éstas son: el bienestar físico y mental del hombre que contribuya al ejercicio pleno de sus capacidades, la prolongación y mejoramiento de la calidad de vida humana, la protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social, la extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades

⁹⁷ *Teoría general de los derechos humanos, op. cit.*, pp. 189-190. Cfr. asimismo Madrazo, Jorge, *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Mexicano, 1993, pp. 25-26.

⁹⁸ Pineda, "Salubridad pública", *Diccionario jurídico mexicano, op. cit.*, p. 2869.

de la población, el conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y así como el desarrollo de la enseñanza, y la investigación científica y tecnológica para la salud (artículo 2º).

La Organización Mundial de la Salud ha adoptado una definición extensa y ambiciosa de la salud. La salud "no sólo es la ausencia de enfermedad, sino un estado completo de bienestar físico y mental"⁹⁹. De esta definición se desprenden dos elementos: uno positivo que implica promoción del bienestar, y otro negativo constituido por la ausencia de enfermedad. Se ha considerado a esta definición como una noción completa de la salud en forma ideal. El Derecho penal no pretende ni puede garantizar un bien jurídico expresado en tan amplios términos, pues para ello tendría que sancionar de manera severa, cualquier conducta que afectara, por ejemplo, el bienestar social de los individuos o su bienestar psíquico. "Imposible empresa"¹⁰⁰.

Lo que protege el Derecho penal es la salud pública entendida como valor social y comunitario, no debe entenderse como la suma de las saludes individuales, empero difícilmente tendría contenido sin tomar en cuenta la salud individual. No es sencillo proporcionar el concepto de salud pública que tutela el Derecho punitivo, sin embargo, han existido varias opiniones al respecto. Se ha dicho que es un "conjunto de condiciones objetivas que defienden de unas posibles enfermedades a una pluralidad de personas, entendiéndose por enfermedades tanto a las físicas como a las psíquicas"¹⁰¹; también se ha afirmado que "partiendo de que la característica esencial de las drogas es que producen dependencia, se

⁹⁹ Definición aportada por la Constitución de la OMS, cit. en García Ramírez, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 209, y en Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas...*, op. cit., pp. 24-25.

¹⁰⁰ García Ramírez, *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 210.

¹⁰¹ Definición construida a partir de las Ideas de Rodríguez Ramos, Córdoba Roda y Prieto

entiende por salud pública la capacidad de autodeterminación para seguir consumiendo o no la sustancia¹⁰²; y que la "salud pública, no intenta referirse exclusivamente a verdaderas enfermedades que afectan epidémicamente a la población, sino a toda alteración de las condiciones del individuo, incluidas las sociales"¹⁰³.

La consideración de la salud pública como bien jurídico de tipo social o comunitario, trae consigo algunas consecuencias técnicas, como el hecho de que para la realización del tipo no se requiera la efectiva lesión de un ciudadano en concreto¹⁰⁴; que si la conducta además de afectar la salud pública lesiona a la salud individual deberá examinarse la posibilidad de aplicar alguno de los tipos que protegen la salud individual; y que si la conducta únicamente afecta la salud individual, sin poner en riesgo la salud pública, no se considerará como delito de narcotráfico y se aplicará el tipo correspondiente que proteja la salud individual¹⁰⁵, v. gr. lesiones, homicidio, etc.

La elaboración del concepto de salud pública debe tener como base consideraciones de tipo médico, social y cultural. El punto de partida serán las consideraciones médicas y farmacológicas --modo en que las sustancias afectan la salud pública--, pero la interpretación siempre deberá llevarse a cabo en el terreno del Derecho penal. Enseguida deben tomarse en cuenta las consideraciones de tipo social para determinar el grado de salud que la sociedad considera óptimo y

Rodríguez, por Joshí Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas...*, op. cit., p. 34.

¹⁰² Carbonell Mateu, *Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas*, p. 340, cit. *ibidem*, p. 34.

¹⁰³ Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas tóxicas*, pp. 62-63, cit. *ibidem*, p. 34.

¹⁰⁴ "Se protege <<no la salud concreta de alguien (individual), sino la salud como concepto general de indeterminados sujetos pasivos>>". Quintano Ripollés, A., *Tratado de Derecho penal de la parte especial*, t. IV, Madrid, 1967, p. 267, cit. en Prieto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas*, op. cit., p. 163.

aquél en que la considera intolerable. Por último, las consideraciones jurídicas, deben llevarse a cabo desde dos perspectivas: la constitucional, para establecer bases y límites al concepto penal, y la penal¹⁰⁶.

Desde una perspectiva médica, la salud pública implica no sólo la del individuo considerado aisladamente, sino también en cuanto miembro de una sociedad, y no sólo en el aspecto negativo de ausencia de perturbaciones, sino en el positivo de presencia de condiciones favorables, tal como lo señala la definición de la salud proporcionada por la OMS a la que aludí *supra*. Por lo que hace a las cuestiones sociales, el concepto de salud debe exigir niveles mínimos de salud de cada individuo, así como de la sociedad en su conjunto, que requiere tales niveles para hacer realidad los postulados básicos que rigen en la sociedad: "solidaridad intersubjetiva y libre organización del propio ámbito de autonomía"¹⁰⁷.

Con base en la inclusión de todas estas consideraciones en el proceso de creación de concepto de salud, Ujala Joshi proporciona un concepto de salud pública referido al aspecto penal, que considero adecuado: por salud pública se entiende "la presencia de un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta que sólo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática. Se trata de un concepto abstracto claramente vinculado a uno individual"¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas...*, *op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 41.

3. Los bienes jurídicos indirectamente tutelados

A. Delito pluriofensivo

Se ha denominado a los delitos contra la salud como delitos pluriofensivos en virtud de que lesionan o ponen en peligro diversos y numerosos bienes jurídicos¹⁰⁹. De ahí que la tutela se proyecte igualmente hacia variados bienes jurídicos, algunos de los cuáles serán reseñados a continuación.

Existe una afirmación en el sentido de que "la elección de un bien jurídico concreto condiciona la inclusión o exclusión de una sustancia en el catálogo de las prohibidas"¹¹⁰, como ya lo mencioné antes. Sin embargo, la tipificación de los delitos contra la salud no se concreta a la protección de un bien jurídico, la tutela es amplia. La gravedad del narcotráfico lo requiere de esta manera. Aunque no debemos olvidar, que para efectos jurídico penales, bastará con la amenaza que se produzca en el bien jurídico salud pública, que es el valor directamente tutelado, empero, de manera indirecta se protege a un grupo numeroso de bienes jurídicos, de ahí la complejidad de los delitos contra la salud.

¹⁰⁹ Cfr. Joshl Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas...*, op. cit., p. 39. "Esta posición sostiene que los delitos de tráfico de drogas sirven a la protección de distintos bienes jurídicos, concretamente, la salud pública, intereses económicos o políticos, o incluso la seguridad general. A esta posición se le han dirigido las siguientes críticas: 1ª. Confunde los motivos de política-criminal que subyacen en la tipificación de estas conductas con el verdadero bien jurídico protegido. 2ª. La posible comisión por el drogadicto de delitos que generan inseguridad ciudadana, más que un efecto directo del tráfico de estupefacientes, constituye un efecto de la enfermedad generada por el uso de la droga". *Idem*.

¹¹⁰ Prieto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas...*, op. cit., p. 173.

B. Libertad del consumidor

Se ha sostenido que los delitos contra la salud amenazan e incluso lesionan el bien jurídico de la libertad del consumidor. La dependencia física que generan las drogas disminuyen la voluntad de los individuos y por lo tanto un aspecto de su libertad: la capacidad de decisión¹¹¹. De ahí que surja la consideración de que el bien jurídico protegido por este tipo de delitos es la libertad del consumidor, eventual o habitual, pues la "droga esclaviza o puede hacerlo"¹¹².

Algunas drogas pueden generar dependencia y tolerancia. La dependencia surge de un "acostumbramiento del organismo y determina que el adicto no pueda suprimir el consumo abruptamente porque sería víctima de un síndrome de abstinencia". La tolerancia implica el acostumbramiento del organismo que provoca la necesidad de ir aumentando gradualmente la dosis para lograr el mismo efecto"¹¹³.

Lo cierto es que no todas las drogas producen dependencia, por ello se sostiene que el bien jurídico protegido por este tipo de delitos no puede ser la libertad, pues tal consideración tendría validez sólo para el caso de las llamadas drogas "duras" generadoras de la dependencia y por ende no se podría perseguir a los narcotraficantes que llevasen a cabo sus ilícitos con drogas "blandas" que no provocan adicción.

¹¹¹ Así lo sostiene Cobo del Rosal. Cfr. "Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes", *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, 1977, p. 156, cit. en *Ibidem*, p. 38.

¹¹² Prieto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas...*, op. cit., p. 166.

¹¹³ Caro, *Drogas de abuso...*, op. cit., p. 18.

Además, según se afirma, los traficantes de la droga trabajan generalmente con personas adictas, lo que implica que tales sujetos ya carezcan de por sí, de la libertad de consumo, no se podría dañar un bien jurídico inexistente. Finalmente, se sostiene que con la primer utilización, la droga no restringe la libertad del consumidor, puesto que el sujeto "inicial y libremente ha querido y ha tomado esa decisión, adquiriendo y consumiendo el producto"¹¹⁴. El Tribunal Superior español ha sostenido el criterio de que sustancias como la cannabis, la cocaína, el LSD y otras drogas blandas no crean dependencia física, por lo que "la libertad no puede ser considerada --al menos de modo exclusivo-- como bien jurídicamente protegido por [el artículo 334 del Código penal español]"¹¹⁵.

No obstante las críticas enderezadas contra el criterio de considerar la libertad de consumo como valor jurídico en los ilícitos relativos a drogas, considero que indirectamente la tutela también se refiere a este bien, aunque no exclusivamente. Para efectos jurídico penales bastará la amenaza que se erija sobre la salud pública, como ya lo manifesté, empero también se pretende tutelar la libertad de consumo pues si bien sólo las drogas "duras" producen adicción física, esto no impide que las denominadas drogas "blandas" generen adicción psíquica. La dependencia psíquica también daña la libertad del consumidor, aunque no se necesite la comprobación de ese daño o amenaza para estudiar ilicitud de la conducta, ya que como quedó asentado anteriormente, se trata de un delito de peligro. Y si bien es cierto que también se tutela el bien jurídico de la libertad del consumidor, esta tutela se erige acompañada de la protección al bien jurídico directamente amenazado, que es la salud pública. Por ello arribo a la conclusión de que uno de los bienes jurídicos tutelados de manera indirecta por este tipo de ilícitos, es la libertad de consumo.

¹¹⁴ Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas...*, op. cit., p. 38.

¹¹⁵ Cit. en Prieto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas...*, op. cit., p. 167.

C. El control estatal en la producción y comercio de los narcóticos

El control estatal en la producción y comercio de los narcóticos deriva de la propia Constitución. El artículo 4º constitucional establece la concurrencia de la Federación y de las entidades federativas en materia de salubridad de conformidad con la fracción XVI del artículo 73 del mismo ordenamiento. Esta última disposición determina la facultad del Congreso de la Unión para expedir las leyes sobre salubridad general de la República y para revisar las medidas que haya dispuesto el Consejo de Salubridad General para combatir la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana.

El Consejo de Salubridad General es un órgano que depende directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna secretaría de Estado y cuenta con importantes atribuciones para establecer medidas con carácter obligatorio en materia de salubridad general (artículo 76, fracción XVI, 1ª y 2ª).

También en la Ley General de Salud encontramos fundamento legal para el control estatal de los narcóticos. Esta ley "reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4º de la Constitución" (artículo 1º de la ley). Entre la materia de salubridad general se prevé el programa contra la farmacodependencia (artículo 2º, fracción XXI, *ibidem*). Las autoridades sanitarias, de acuerdo con la propia ley son el presidente de la República, el Consejo de Salubridad General, al que ya aludí, la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el del Distrito Federal (artículo 4º *ibidem*). Ahí también se reitera la competencia del Consejo de Salubridad General para dictar medidas contra el alcoholismo, venta y producción de sustancias tóxicas y en general las que le correspondan de conformidad con lo

establecido en la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución, que quedaron reseñadas líneas arriba.

El Estado establece este control mediante la fiscalización. Los estupefacientes y psicotrópicos adquieren el carácter de bienes o productos y toda sustancia no fiscalizada lesiona ese control exclusivo. Por ello se afirma que los delitos contra la salud atacan los intereses fiscales del Estado. "La existencia de un monopolio del Estado en el control del ciclo de la droga, de un derecho de intervención del Estado del tráfico de drogas podría tener como consecuencia una protección penal de tales derechos"¹¹⁶.

Lorenzo Salgado opina que de tomar en cuenta dos bienes jurídicos tutelados por los delitos de narcotráfico, por un lado la salud pública y por el otro los intereses fiscales del Estado, de un solo hecho se debería derivar la comisión de dos ilícitos¹¹⁷. También se afirma que los intereses fiscales en el control de la droga se encuentran protegidos por ordenamientos administrativos, pues se trata de proteger la función pública de fiscalización, en tanto que los delitos contra la salud se tipifican por razones de sanidad. Prieto Rodríguez llega a la conclusión de que se protege dos bienes jurídicos diferentes, uno en la legislación administrativa, que es el interés fiscal, y otro en el ordenamiento penal, que es la salud pública¹¹⁸.

Joshi Jubert afirma que toda conducta típica en la materia afecta el control estatal sobre el ciclo de la droga, "desde el momento que otro que no es el Estado se atribuye funciones que sólo éste se ha atribuido"¹¹⁹. Coincido ampliamente con

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ Cit. en *ibidem*, p. 168.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 169.

¹¹⁹ *Los delitos de tráfico de drogas...*, op. cit., p. 38.

esta opinión, toda vez que con la tipificación de estos ilícitos se refuerzan los intereses del Estado en el control y fiscalización de la droga, al tiempo que se tutelan la salud pública y otros bienes jurídicos. La tutela hacia el control estatal sobre las drogas se ejerce de manera indirecta, como lo señalé antes.

D. El orden público

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988, establece en su preámbulo el reconocimiento de que el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas con él socavan, entre otros bienes, la seguridad de los Estados.

La doctrina ha opinado que la incriminación del tráfico de drogas se debe a que su consumo y uso abusivo generan situaciones de riesgo para la colectividad. Los efectos de la droga trascienden sobre la psique de la persona, alterando sus funciones motrices y generando la posibilidad de producir desenfreno o la pérdida de sus controles¹²⁰. El narcotráfico está considerado como "la mayor amenaza a la seguridad nacional, el más grave riesgo para la salud social y la más cruenta fuente de violencia"¹²¹.

Por otra parte, la organización de que se valen los narcotraficantes ha dado lugar a lo que se denomina "narcoguerrilla" que se allega de armamento para llevar a cabo sus propósitos, poniendo en peligro la seguridad nacional e internacional. Con la tipificación de los delitos contra la salud se pretende evitar situaciones de riesgo que su consumo y comercialización generan. Se ha llegado a sostener que los

¹²⁰ Prieto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas...*, op. cit., p. 172.

¹²¹ Cervantes Aguirre, Enrique, "Adicciones. Problema de salud pública complejo con componentes económicos y culturales", *Trabajo social*, UNAM, Escuela Nacional de Trabajo Social, núm. 22 adicciones, noviembre 1998, p. 12.

delitos contra la salud son figuras a las que les corresponde estar bajo el rubro de "delitos contra la tranquilidad pública, pues éste es el bien jurídico que pretende vulnerar el agente. La salud pública, no obstante ser también un bien jurídico puesto en peligro por este delito, no pasa de ser una motivación político-criminal más sobre la cual se ha basado el legislador penal para dar un trato agravatorio a estas conductas"¹²².

Uno de los objetos de tutela de estos delitos es el orden público entendido en sentido general, es decir, "el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad. Esta idea está asociada con la de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno y policía (Bernard)"¹²³. Para evitar confusiones con el término, algunos autores prefieren utilizar otros vocablos como paz pública, o tranquilidad pública, para referirse al objeto de la tutela de los delitos contra la salud¹²⁴.

Si se sostiene la anterior tesis, se presenta la imposibilidad de incriminar a alguien cuando se compruebe que el consumo de dicha sustancia no genera alteraciones psíquicas capaces de provocar situaciones de riesgo, por ello no resulta del todo precisa. Lo cierto es que se tutela el orden público al mismo tiempo que se protege de manera directa la salud pública. De ahí que se incrimine el delito aun cuando el consumo de la sustancia no genere riesgo, pues basta que ponga en peligro la salud pública.

¹²² Atto Mendives, Magda, "Narcoterrorismo: análisis dogmático y consideraciones político-criminales", *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, estado y sociedad, op. cit.*, p. 78.

¹²³ Tamayo y Salmorán, Rolando, "Orden público", *Diccionario jurídico mexicano, op. cit.*, p. 2279.

¹²⁴ Cfr. García Ramírez, *Derecho penal, op. cit.*, p. 153; y Atto Mendivex, "Narcoterrorismo...", *Memorias ...*, *op. cit.*, p. 78.

Conviene destacar que el narcotráfico amenaza la seguridad colectiva, pero no sólo ésto, también los medios que se enderezan en su contra; es el caso de la guerra contra las drogas que inició con la declaración que hizo el presidente Reagan, propiciando con ello la militarización del problema. "Se trataba de una guerra con armas letales en los países productores de la droga y, si fuera preciso, en los países de tránsito"¹²⁵.

La seguridad colectiva puede ser nacional o internacional. Aunque el término de seguridad nacional no tiene un significado preciso, "generalmente se refiere a todos aquellos programas, medidas e instrumentos que cierto Estado adopta para defender a sus órganos supremos de un eventual derrocamiento violento por un movimiento subversivo interno o por una agresión externa". La seguridad nacional no se concreta al uso de la milicia para evitar un derrocamiento, también "implica la habilidad del gobierno para funcionar eficientemente y satisfacer los intereses públicos". Se sugiere la conveniencia de utilizar el término "seguridad del Estado" en vez del de "seguridad nacional", pues el término Nación tiene carácter primordialmente sociológico, en tanto que el de Estado se utiliza generalmente con un enfoque jurídico¹²⁶.

La Constitución prevé varios mecanismos para salvaguardar la seguridad, como el previsto por el artículo 29 que establece la posibilidad de suspender las garantías individuales en los casos de "perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en un grave peligro o conflicto".

¹²⁵ Neuman, *La legalización de las drogas, op. cit.*, p. 91. "La estrategia de Estados Unidos fincaba en utilizar las armas y declarar, si fuera preciso, la guerra a los narcotraficantes en países como Colombia, Bolivia, Perú y Méjico [sic], que podrían verse --como se vieron luego los tres primeros-- frente a guerras, atentados masivos y numerosas muertes". *Ibidem*, p. 92.

¹²⁶ Orozco Henríquez, J. Jesús, "Seguridad nacional", *Diccionario jurídico mexicano, op. cit.*, p. 2886.

La seguridad internacional, también denominada "seguridad colectiva", encuentra su fundamento en el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones al imponer a las partes el deber de solidaridad "para su paz y seguridad". "Para 1945, la Conferencia Interamericana sobre la Guerra y la Paz, celebrada en México, se pronuncia por un 'sistema general de seguridad mundial', lo cual constituyó la semilla para el sistema de seguridad colectiva tanto de las Naciones Unidas como en el marco interamericano [...] A partir de entonces se han creado varios sistemas regionales para la seguridad colectiva"¹²⁷.

La Asamblea General de las Naciones Unidas emitió en 1970 la Declaración de Naciones Unidas sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional. Durante esa década, algunos países llevaron a cabo esfuerzos tendientes a convocar una Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa, que se celebró entre 1973 y 1974, y que culminó con la firma de la Declaración de Helsinki, el 1º de agosto de 1975¹²⁸.

E. Desarrollo económico

Ya en la Convención Única de 1961 se reconoce que la toxicomanía representa un peligro económico para la humanidad (preámbulo). En la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1988, se establece la preocupación de las partes en la Convención por la grave amenaza que representa la producción, demanda y tráfico de estupefacientes y sicotrópicos para las bases económicas de la sociedad (preámbulo). Respecto de esta última Convención, Rosa del Olmo afirma que su verdadero objeto es el aspecto económico. "Desde el primer párrafo --afirma-- se

¹²⁷ García Moreno, Víctor Carlos, "Seguridad Internacional", *Diccionario jurídico mexicano, op. cit.*, p. 2883.

observa cómo 'las bases económicas' son las primeras que se 'menoscaban', olvidándose, por cierto, las sociales, a pesar de que la aparente preocupación es la salud y el bienestar'. Es más: al recurrir a la expresión --también dramática y efectista-- de 'utilización de niños', estos son vistos en el segundo párrafo, de nuevo, en términos económicos al considerarlos mercado de consumo"¹²⁹. Prieto Rodríguez considera que quizá con la Incriminación del tráfico de drogas se protegen intereses económicos ocultos, aún por encima de los que deberían constituir el objeto primordial de protección: "la salud del consumidor concreto y la de la colectividad como sujetos eventualmente atacados"¹³⁰.

Y es que el problema de la droga se genera por los grandes beneficios económicos que reporta para los traficantes más importantes, aunque no sea ésta la única causa. La historia muestra la importancia del factor económico en el tema, baste recordar la guerra de opio que se suscitó entre China y Gran Bretaña. "En 1938 las autoridades chinas habían prohibido el uso y tráfico del opio, en virtud de los malestares físicos, mentales y económicos que producían a la población y al no poderse controlar ese tráfico, el emperador Lin Tso-Sui se dirigió a la Reina Victoria para solicitarle que respetara las leyes contra la importación del opio y la Reina trasmitió esa solicitud a la cámara de los comunes la que a su vez respondió que era inoportuno abandonar una fuente de ingresos tan importante como el monopolio de la compañía de las indias en cuanto se refiere al opio"¹³¹. También España obtuvo grandes ganancias económicas provenientes de la droga durante la época de colonización. Los conquistadores aumentaban sus ganancias haciendo

¹²⁸ *Ibidem*, p. 2884.

¹²⁹ "II La Convención de las Naciones Unidas: ¿contra el tráfico de drogas o a favor del control financiero?", Saavedra Rojas y Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, op. cit., p. 90.

¹³⁰ *El delito de tráfico y el consumo de drogas*, op. cit., p. 173.

¹³¹ García Ramírez, Efraín, *Drogas. Análisis jurídico del delito contra la salud*, op. cit., p. 91. Cfr. también Beristain, *La droga...*, op. cit., p. 161.

masticar a los indios hojas de coca que disminuían el cansancio e inhibían el hambre, así sucedió principalmente en Perú y Bolivia¹³².

Hoy día el tráfico de drogas representa una empresa altamente rentable, la prohibición de estas sustancias significa un aumento considerable de los beneficios, pues la droga también es una mercancía. A la par de su prohibición, se fomenta y propaga el uso de la droga por motivos económicos, mostrando una forma de vida íntimamente ligada con el uso de drogas de toda especie¹³³.

El narcotráfico se identifica con una economía criminal¹³⁴, que crece más rápidamente que cualquier otra industria en el mundo¹³⁵. El narcotráfico --afirma Marcos Kaplan-- "constituye la única empresa transnacional latinoamericana de gran pujanza y envergadura y con notables éxitos"¹³⁶. La empresa del narcotráfico se encuentra bien organizada, cuenta con todos los factores para su éxito: financiamiento, plantaciones, laboratorios, transportes, contrabando, distribución, venta, lavado de dinero, y reinversión de beneficios¹³⁷.

¹³² Cfr. *Ibidem*, pp. 162-163.

¹³³ *Ibidem*, p. 164.

¹³⁴ Cfr. Kaplan, Marcos, "La internacionalización del narcotráfico latinoamericano y Estados Unidos", *rev. cit.*, p. 75. "La economía criminal entronca con una a veces vasta economía subterránea, y en algunos países latinoamericanos llega a constituir parte principal o mayoritaria de la economía nacional". *Idem*.

¹³⁵ Moisés Moreno Hernández opina que la delincuencia organizada "es uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial; y dado su carácter transnacional, ha sido identificada en diversos foros como todo un sistema económico clandestino con ingresos que sobrepasan el producto nacional bruto de algunas naciones", intervención en: *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, *op. cit.*, p. 187.

¹³⁶ "La crisis...", *op. cit.*, p. 16. El artículo también se puede encontrar en *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, Estado y sociedad*, *op. cit.*, pp. 11-60.

¹³⁷ Kaplan, "La crisis...", *op. cit.*, p. 16.

Para ilustrar de manera gráfica este fenómeno, Marcos Kaplan reseña las cinco dimensiones económicas que lo constituyen. La primera está dada por la expansión y demanda del consumo, como fuerza motriz de la producción, oferta y tráfico, principalmente en los países desarrollados, en los que tiene la vanguardia Estados Unidos. La segunda dimensión económica se constituye por la enorme cuantía de las inversiones para el narcotráfico, su rentabilidad y acumulación; después de los narcotraficantes norteamericanos, los colombianos obtienen las mayores ganancias, más que los de cualquier otra nación en el hemisferio occidental. La tercera dimensión económica es la concentración y centralización del poder económico, cuyo eje son las enormes ganancias, inversiones y reinversiones; el poder económico permite la expansión y racionalización de las operaciones, que implica la capacidad de la influencia y control sobre las economías nacionales, así como la capacidad transnacional de los grupos narcotraficantes. "Las enormes ganancias en efectivo, la masa de dólares, su concentración en un pequeño número de dirigentes de consorcios, en el contexto de países atrapados por la inflación, la devaluación y la deuda, permiten comprar todo a precios absurdos; dan un enorme margen de maniobra económica, social y política, para presionar, influir, controlar, imponer decisiones. Se logra así una fuerte presencia en la economía nacional, se la irriga y se la controla; se modifican fuerzas y estructuras, se multiplican consecuencias directas e indirectas, se trasmuta el poder económico y financiero en poder social, cultural-ideológico, político, militar y represivo"¹³⁸.

La economía del narcotráfico, a la que se ha denominado narcoeconomía, obstaculiza la evaluación de su peso en la economía nacional, debido a su clandestinidad y criminalización. Las inversiones que realizan los narcotraficantes en bienes inmuebles provocan una ola especulativa de altos precios; se consigue que el contrabando se vuelva más rentable; las industrias sufren la competencia de

¹³⁸ *Ibidem*, p. 17.

este fenómeno y su consecuente recesión. La narcoeconomía también trae beneficios para algunos países; se cita "el milagro colombiano", que se produce como consecuencia del fortalecimiento de la balanza de pagos, se da un desproporcionado aumento de las exportaciones y reservas que no corresponden con la tasa real de crecimiento, pero que evitan la presencia de crisis graves.

La cuarta dimensión económica radica básicamente en el lavado de dinero que se lleva a cabo en los países desarrollados mediante diferentes formas y fases. La quinta y última dimensión económica se relaciona con el lavado de dinero que entrelazado con diversas modalidades de inversión y consumo generan operaciones en el campo legal e ilegal, aspirando a la "inserción legal en la economía y la sociedad, a la aceptación de las elites dirigentes y grupos dominantes, a través de todo tipo de inversiones y empresas"¹³⁹.

Las dimensiones económicas que se acaban de reseñar dañan la economía nacional, pues limitan su desarrollo. A esta conclusión se arriba, al tomar en cuenta que el desarrollo económico, también denominado crecimiento económico, "es el proceso y el resultado de éste que se caracteriza por el aumento sostenido, acumulativo e irreversible de la producción y de la capacidad productiva de una unidad económica simple (empresa, sector) o compleja (nación, bloque o sistema), durante un período más o menos prolongado. Dicho aumento se da y expresa a través de indicadores como el producto nacional bruto, el ingreso por habitante, la proporción de la renta nacional ahorrada y reinvertida, la tasa de innovación tecnológica, el número y grado de adiestramiento de la fuerza de trabajo, la modificación de la participación relativa de los diferentes sectores económicos, etc."¹⁴⁰.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 17-19.

¹⁴⁰ Kaplan, Marcos, "Desarrollo económico", *Diccionario jurídico mexicano, op. cit.*; pp. 1078-1079.

Los efectos de la narcoeconomía en las economías nacionales son devastadores. Se propician situaciones críticas para las industrias lícitas, para sus empresarios, empleados y obreros. El narcotráfico no crea suficientes empleos porque no invierte en infraestructura productiva, no genera una demanda de materias primas ni de maquinarias de producción nacional. Además, la industria del narcotráfico no paga impuestos, pues su actividad ilícita no está fiscalizada, sin embargo, implica grandes gastos en actividades de policía, judiciales y servicios médicos de emergencia¹⁴¹. Agreguemos que los beneficios del narcotráfico son percibidos en mayor medida por los países consumidores como Estados Unidos y que la gran parte de éstos se depositan en los denominados paraísos bancarios, como Suiza. En los países subdesarrollados, el ingreso de narcodólares genera inflación y vuelve poco competitivas las exportaciones legales¹⁴², por ello es que la actividad económica de algunos sectores de la población, principalmente campesinos, es la siembra de la droga; esta actividad reporta mayores ganancias que cualquier siembra lícita, baste considerar los datos que proporciona García Ramírez: "En el Informe Anual de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (OEA), aprobado el 31 de agosto de 1988, figura este dato de Chile: 'el precio pagado por hectárea de cultivo ilícito de marihuana es de \$50,000,000 de pesos, o sea US\$208,333, comparándolo con los precios para los siguientes cultivos de alimentación diaria: porotos \$315,000 pesos, o sea US\$1,313; maravilla, \$292,800 pesos, o sea US\$1,220; arroz \$352,800 pesos, o sea US\$1,470, y trigo \$118,500 pesos o sea US\$494"¹⁴³.

¹⁴¹ Ya se señalaba en 1989, que el Ejército Mexicano destina la cuarta parte de sus efectivos a la contienda contra el narcotráfico. La Procuraduría General de la República destina el setenta por ciento de su presupuesto para el mismo efecto. García Ramírez, *Narcotráfico...*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁴² Cfr. Kaplan, "La crisis..." , *op. cit.*, pp. 20-21. Asimismo cfr. Neuman, *La legalización de las drogas*, *op. cit.*, p. 49.

Por ello concluyo que con la criminalización del narcotráfico se pretende proteger el desarrollo económico de los países¹⁴⁴. Aunque para efectos técnico jurídico-penales bastará la amenaza a la salud pública para perseguir una conducta de este género, sin que sea menester comprobar que el delito limitó el desarrollo económico.

F. La Política

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1988, establece la preocupación de las partes por que el problema del narcotráfico menoscaba entre otros bienes jurídicos, las bases políticas de la sociedad (preámbulo).

En un principio, los narcotraficantes se inclinaron hacia la búsqueda del poder económico, posteriormente, pretendieron la conquista del poder político, cercandando y acosando incluso al propio Estado¹⁴⁵. Ya lo reseñaba García Ramírez en la cita que invoqué *supra*: "El infractor procuraba eludir a la autoridad. Adelante, optó por sobornarla. Ahora pretende designarla, para la completa protección y prosperidad de su sistema delictivo (ya no un delito; un sistema). Se va del cohecho a la pretensión política: toma del poder"¹⁴⁶.

Hoy día se observa que los narcotraficantes buscan su aparición como nuevo actor político, con miras hacia un propio proyecto político y el esbozo de un "narcoEstado". Este fenómeno se observa más fácilmente en Colombia, donde los

¹⁴³ *Narcotráfico...*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁴ Del mismo parecer es Peter H. Smith, en *El combate a las drogas en América*, trad. Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 389.

¹⁴⁵ Kaplan, "La crisis...", *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁶ *Narcotráfico...*, *op. cit.*, p. 14.

narcotraficantes tienen mayor peso, pero a la vez la necesidad de una protección política efectiva en contra de los aparatos legales, judiciales, policiales y las organizaciones políticas. La intención de emerger en la dinámica política puede determinar luego, "la opción de una conquista violenta del poder político y del Estado"¹⁴⁷.

Se han destacado algunos casos de acceso al poder, uno de ellos es del narcotraficante colombiano Pablo Escobar, quien consiguió ser suplente en el Congreso de Colombia; otro, el de Carlos Ledher Rivas como organizador de un grupo político denominado Movimiento Latino Nacional que llegó a tener puestos concejales a nivel municipal y diputados a nivel departamental¹⁴⁸. Así también se mencionan los casos del presidente boliviano, general García Meza, y del ministro, coronel Arce Gómez, en Bolivia¹⁴⁹.

Para acceder al poder, los narcotraficantes legitiman sus ganancias ilícitas mediante acciones de beneficencia social¹⁵⁰; se convierten en empresarios y contribuyen en gran medida a los ingresos fiscales y a las reservas de divisas del país; adquieren diarios, revistas, emisoras de radio y televisión, tecnología avanzada de comunicaciones que hagan efectiva su inserción a la política. Se

¹⁴⁷ Kaplan, "La crisis...", *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁸ Saavedra Rojas, "La globalización...", *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁹ Neuman, *La legalización de las drogas*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵⁰ "Intentan presentarse como benefactores de sus zonas de influencia y control, como una combinación del bandido social a la Robin Hood, que roba a los ricos para dar a los pobres, y de un proto o micro-Estado benefactor paralelo. En este aspecto se inscriben los repartos entre los pobres de dinero y bienes de consumo así como los programas de sentido cívico y social, como la construcción de viviendas para grupos de bajos ingresos. Narcotraficantes crean centros recreativos y participan directamente en actividades deportivas o de apoyo a las mismas. Con la injerencia en el deporte ganan simpatías y apoyos, disponen de facilidades para el tráfico y el lavado de dólares. Con la misma intención política, los narcotraficantes dan pruebas de altruismo y de amor a la sociedad, a la religión (donativos a la Iglesia, limosnas para el culto), y a las artes (compras de pinturas y esculturas)". Kaplan, "La crisis...", *op. cit.*, p. 25.

recurre a diversas maniobras de soborno, intimidación e incluso, al asesinato de periodistas que se atrevan a manchar el prestigio de los mismos¹⁵¹.

Los narcotraficantes recurren a sus contactos para llevar a cabo sus intereses políticos; estos contactos van desde las guerrillas de izquierda, hasta los grupos de derecha extremista¹⁵². Mediante los beneficios que aportan a las zonas de influencia, pueden generar, incluso, sus propios ejércitos de narcotraficantes, o por lo menos, fuertes grupos de presión política.

De ahí que se afirme la existencia de una "narcopolítica", cuya pretensión es influir y pesar sobre la sociedad política y sobre el Estado, desde fuera y por dentro. Esta narcopolítica amenaza con someter, absorber o desplazar tanto a la sociedad política como al Estado¹⁵³.

Beristain afirma que el problema de las drogas frecuentemente es un problema importado o creado, con finalidades políticas. Así, por ejemplo, los países colonizadores fomentaron el uso de la droga para mantener sumisos y bajo su control a los colonizados. Actualmente los países fomentan el uso y abuso de las drogas para obtener beneficios políticos directos o indirectos. Los beneficios directos se obtienen creando la opinión pública de que la autoridad está luchando contra el problema de la adicción y del delito; esta situación, que no es más que un programa político genera la unidad en el pueblo, que difícilmente se logra con medios honrados. En estos casos, se tipifican las conductas relacionadas con las

¹⁵¹ "Con una inferencia más directa y agresiva en la política los narcotraficantes andinos crean vinculaciones estrechas con políticos, gobernadores, funcionarios políticos, senadores, diputados, magistrados. Intercambian favores con aquéllos; los compran, intimidan, someten e instrumentan. Aportan los 'dineros calientes' para financiar los altos costos de las campañas electorales", *Idem*.

¹⁵² *Ibidem*, p. 26.

¹⁵³ Kaplan, "La internacionalización del narcotráfico latinoamericano y Estados Unidos", *rev. cit.*, p. 75.

drogas por motivos de política gubernamental en vez de política criminal. Los beneficios políticos indirectos se traducen en la facultad de mantener satisfecha a la clase económica más débil. "El alcohol y otras drogas pueden cumplir hoy la misión que el pan y el circo cumplían en la Roma en otros tiempos"¹⁵⁴. Otro beneficio de esta índole consiste en la debilitación, además de la distracción, del discrepante adulto o joven. "Una juventud drogada es una juventud mermada"¹⁵⁵.

Así es como se advierte que el problema del narcotráfico lesiona la política nacional. Las organizaciones delictivas de este género ambicionan ya no sólo el poder económico, también buscan el poder político como una manera de autoprotección, no exclusivamente hacia el interior, también en el ámbito internacional. La facultad política que se traduce también en legislativa, ha conseguido plasmar en leyes algunos beneficios, como el caso colombiano en que se obtuvo plasmar en la legislación la imposibilidad de extradición para los colombianos por nacimiento. Este hecho se ha calificado como el sometimiento del Estado colombiano a los narcotraficantes¹⁵⁶.

En efecto, el artículo 35 de la Constitución de la República de Colombia del 7 de julio de 1991 establece:

"Se prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento. No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión. Los colombianos que hayan cometido delitos en el exterior, considerados como tales en la legislación nacional, serán procesados en Colombia"¹⁵⁷.

¹⁵⁴ *La droga...*, *op. cit.*, pp. 170-173.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 174-175.

¹⁵⁶ Cfr. Saavedra, "La globalización...", *op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁷ En: González Oropeza, Manuel, *Secuestrar para juzgar. Pasado y presente de la Justicia Extraterritorial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998, serie: H. Estudios de Derecho Internacional Público, núm. 28, p. 63.

Por eso coincide con la opinión de estos autores en el sentido de que la política se ve amenazada por el narcotráfico y por ende, la tipificación de las conductas relacionadas con las drogas, pretende tutelar, aunque sea de manera indirecta, un bien jurídico tan importante como lo es la política.

G. El Estado

El concepto de Estado ha sido objeto de los más importantes debates de filosofía política. Aún así, los tratadistas no se han puesto de acuerdo sobre la naturaleza, origen y funciones de éste. Algunas disciplinas consideran al Estado como "una comunidad política desarrollada, consecuencia natural de la evolución humana; otras como la estructura del poder político de una comunidad; otras ven en el Estado el cuadro geográfico donde se escenifican las aspiraciones nacionales. Unas veces se le identifica con la sociedad, i.e., como la totalidad del fenómeno social; otras se le contrapone a sociedad. Una veces se le equipara con la nación; otras con el poder"¹⁵⁸.

Rolando Tamayo y Salmorán considera que el Estado no es una realidad natural, que constituye un cúmulo de funciones jurídicas cuya comprensión se hace necesaria para entender el comportamiento de la comunidad jurídica. Por ello el autor proporciona el concepto de Estado con base en la descripción de sus características jurídicas fundamentales: "se concibe al Estado como una corporación, como una persona jurídica. Esta corporación es una corporación territorial, esto es, activa y se manifiesta en un espacio, una determinada circunscripción territorial. Otra de las características del Estado, igualmente esencial, es que actúa, se conduce, de forma autónoma e independiente. Este último dato se describe como poder originario, autoridad soberana o, simplemente,

¹⁵⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, "Estado", *Diccionario jurídico mexicano*, op. cit., p. 1320.

como la soberanía. De ahí la ampliamente compartida noción del Estado como 'corporación territorial dotada de un poder de mando originario' (Jellinek)¹⁵⁹.

El Estado constituye una unidad artificial integrada por el conjunto de normas que regula la conducta de los sujetos sometidos a su control. El hecho de que algunos individuos pertenezcan a la comunidad jurídica, es sólo una metáfora que significa que ciertos sujetos están sometidos al orden jurídico de esa comunidad¹⁶⁰. En esta unidad artificial integrada por el sistema normativo es indispensable el factor dominio, éste depende de la eficacia del orden jurídico estatal; en otras palabras "el poder estatal no es sino la eficacia del orden jurídico del Estado (Kelsen)"¹⁶¹. De esta consideración se puede inferir que todos los ilícitos vulneran o amenazan al Estado, no es necesario que se trate de un delito contra la salud, empero, los delitos de narcotráfico van más allá de la simple trasgresión al orden jurídico, como detallaré enseguida.

Un elemento característico del Estado es la soberanía, la facultad de autodeterminarse. Se afirma que el Estado es una entidad política autónoma; este elemento es indispensable para la constitución y dirigencia estatal. La independencia estatal permite la creación del Derecho que habitualmente debe ser obedecido por los gobernados. La soberanía se presenta cuando la instancia creadora del Derecho, no permite la ingerencia o autoridad de nadie más; cuando el Estado es la instancia suprema y fuente última del Derecho de la comunidad; pero no sólo del Derecho, sino de la política, cuando las decisiones políticas fundamentales se llevan a cabo sin intervencionismo¹⁶².

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 1322.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 1323.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 1324.

¹⁶² *Cfr. Ibidem*, p. 1325.

El narcotráfico transgrede las instituciones jurídicas fundamentales del Estado, principalmente por las redes de corrupción que general dentro del mismo. La corrupción está considerada como una de las principales causas del fracaso en la lucha contra el narcotráfico¹⁶³. En últimas fechas se relaciona la delincuencia organizada del narcotráfico con los altos mandos de poder en las estructuras de gobierno, fundamentalmente, con los altos mandos del Ejército y las mismas procuradurías de justicia. El narcotráfico "dispone de grupos armados, de instrumentos y mecanismos de propaganda, diplomacia, corrupción, terror, intimidación, destrucción. Se reproduce, se amplifica y difunde más allá de fronteras económicas y sociales, ideológicas y políticas (de regímenes y de sistemas). El narcotráfico transnacionalizador contribuye al debilitamiento del Estado latinoamericano, a su desnaturalización, su desautorización y su crisis, desde dentro y desde fuera de él ... Se transita al Estado dirigente, arbitral, gestor, encargado del desarrollo, benefactor y providencial, responsable por lo tanto de los problemas de la salud"¹⁶⁴.

El narcotráfico constituye, como ya se dijo, una narcoeconomía, una narcopolítica y además, un "proto-Estado" dentro del Estado Nacional, que lo orilla a la toma de nuevas decisiones. La finalidad es clara: controlar al Estado e incluso sustituirlo¹⁶⁵. El narcotráfico amenaza la soberanía del Estado, a su autoridad, se erige en poder legitimador de las autoridades e influye en la vigencia de la democracia¹⁶⁶. Ya mencioné la fuerte influencia de los delincuentes en la política, el financiamiento de las campañas condicionado a la participación en la toma de las decisiones

¹⁶³ Cfr. Kaplan, "La internacionalización del narcotráfico latinoamericano y Estados Unidos", *rev. cit.*, p. 85.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 77, 79 y 84.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 84.

¹⁶⁶ Kaplan, "La crisis...", *op. cit.*, p. 29.

políticas, con completa vulneración de la autonomía. Marcos Kaplan, al señalar el carácter internacional del problema, detalla las dimensiones que alcanza el narcotráfico: "Estado dentro del Estado pero más fuerte que éste, que ignora las fronteras y amenaza la soberanía y la seguridad de todo sistema político y país de Latinoamérica"¹⁶⁷.

Pero no sólo el narcotráfico daña al Estado, los mecanismos implementados en el combate a las drogas dañan a esta institución en cuanto a las relaciones con otros Estados. Principalmente, la pretensión de los Estados Unidos por irrumpir en las soberanías de los otros países, so pretexto de guerra contra las drogas, ha generado tensiones en las relaciones internacionales. Los países débiles se ven obligados a emprender acciones y aceptar intervenciones en perjuicio de las soberanías nacionales e incluso de la "moral de los pueblos". "En América del Sur, en Méjico [sic] y Panamá, la guerra a las drogas ha conducido a violencias abrumadoras, pánico, inseguridad social y miles de muertes"¹⁶⁸.

Aquí viene a colación la coacción ejercida por Estados Unidos a través de la "certificación" sobre la conducta nacional "y la espada de Damócles, económica, que aparejan"¹⁶⁹. Esta institución tiene vigencia por virtud de la ley antidrogas de 1986, mediante la cuál el país vecino "certifica" que un Estado ha brindado cooperación con los Estados Unidos en la lucha contra el narcotráfico; el país "descertificado" sufre las consecuencias en campos ajenos al ámbito de la salud, estas consecuencias se traducen en represalias económicas¹⁷⁰. En el año 2001,

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 31.

¹⁶⁸ Neuman, *La legalización de las drogas*, *op. cit.*, p. 63. Acerca de este tipo de medidas, *cfr. Ibidem*, pp. 61 y ss.

¹⁶⁹ García Ramírez, *Narcotráfico...*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁰ *Cfr. Ibidem*, pp. 131-132. *Cfr. asimismo*, Saavedra Rojas y Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, *op. cit.*, pp. 141-142.

nuestro país fue certificado el 1º de marzo, sin embargo, esta certificación no escapó a las Inconformidades y las propuestas para suspender la medida de certificación por lo menos en los siguientes dos años¹⁷¹.

Esta es sólo una manera "legitimada" de intervenir, empero ha habido casos en que la ingerencia, carente de legitimación, ha causado indignación en la población, por ejemplo, con la denominada "operación Casablanca", que se llevó a cabo el 19 de marzo de 1998, y que sería calificada como ofensiva para la soberanía nacional¹⁷²; o bien el caso "Álvarez Machain", en 1990 que se resume en el secuestro del Dr. Machain que llevó a cabo la DEA, en territorio mexicano¹⁷³.

¹⁷¹ Cfr. Manuel Nava, José, "Certificó EU a México; 'tiene aún problemas de corrupción'", *Excelsior*, 2 de marzo de 2001, <http://www.excelsior.com.mx>. Es útil conocer la consideración de Estados Unidos en el contenido del capítulo dedicado a México:

"... el país vecino [México] sigue siendo la principal ruta de introducción de cocaína a Estados Unidos, con 55% del total de esa sustancia en los mercados de este país, pasando por el sureño. La cocaína y otras drogas, destacó, son introducidas de México a la Unión Americana en 'todos los medios concebibles': en carga aérea o marítima, naves de pesca, vuelos clandestinos, lanchas rápidas y 'mulas humanas', que incluyen a migrantes ilegales.- Por si fuera poco, el análisis consignó que las organizaciones criminales transnacionales basadas en México se convirtieron en los distribuidores más grandes de metanfetaminas y de sus precursores químicos. 'La tasa de crecimiento en los aseguramientos de metanfetaminas, 638 kilogramos en 2000 contra 358 en 1999, sugiere una creciente participación de narcos mexicanos en este tramo' y manifestó que los traficantes mexicanos comercian cada vez más con efedrina y con permanganato de potasio, una sustancia utilizada en el proceso de purificación de la cocaína.- La narcoviolenia, fenómeno que acompaña al tráfico de drogas, aumentó en forma preocupante en los últimos años. 'En el pasado, la narcoviolenia era mantenida confinada a las rivalidades entre organizaciones de traficantes; pero últimamente estas organizaciones demostraron un flagrante desdén por la vida humana, como lo muestra el creciente número de ejecuciones de personal judicial, funcionarios gubernamentales y personas inocentes'.- En los años recientes, los titoreros internacionales del dinero recurrieron crecientemente a México como punto inicial de depósito de recursos de la droga para introducirlos al sistema financiero internacional.- El capítulo de lavado de dinero en la certificación expresa... que los bancos mexicanos participan en el blanqueado de dólares de los narcotraficantes, los cuáles 'continúan explotando a los bancos mexicanos y a las casas de cambio para la transferencia ilícita de sus ingresos a los sistemas financieros mundiales". Nava, José Manuel. "Certificó EU a México; 'Tiene aun Problemas de Corrupción', *Excelsior*, 2 de marzo de 2001, www.excelsior.com.mx.

¹⁷² Cfr. al respecto Escalante, Daniel, "Casablanca vs soberanía. El marco de cooperación bilateral México-Estados Unidos contra el narcotráfico", *Revista del Senado de la República*, México, vol. 4, núm. 11, abril-junio 1998, México, pp. 125-129.

¹⁷³ Alfonso Gómez-Robledo Verdoucoz relata los antecedentes: "...En febrero de 1985, el agente de la agencia antinarcóticos estadounidense (la DEA), Enrique Camarena, fue secuestrado a las

En síntesis, el problema del narcotráfico vulnera al Estado como valor jurídico. En primera instancia por ir en contra de su organización y orden jurídico, después, porque presiona y trata de sustituir al Estado, y finalmente porque influye de manera decisiva en la rectoría estatal hasta convertirlo en un Estado dirigente. El narcotráfico daña, además, la soberanía y democracia estatales, como ya lo señaló, al tiempo que genera fricciones en las relaciones internacionales. Al ser éstos, elementos constitutivos del Estado, es lógico afirmar que la criminalización de la droga pretende tutelar a la institución estatal, aunque sea de forma indirecta.

H. Las relaciones familiares

El problema de las drogas afecta a un sinnúmero de relaciones sociales. Entre ellas encontramos algunas de derecho familiar, como la tutela, curatela y la patria potestad, específicamente la protección que se erige sobre los menores de edad e incapacitados, pues se afectan valores como la confianza y la capacidad de orientar, entre otros. Así se desprende de los artículos 196, fracciones II y III del

afueras del Consulado de los Estados Unidos, en Guadalajara, Jalisco. Aproximadamente un mes después fue encontrado el cadáver de Camarena, junto con el cuerpo de Alfredo Zavala (un piloto mexicano auxiliar en las tareas de detección de campos de droga).- Al parecer, en diciembre de 1989 el señor Jorge Castillo del Rey, comandante de la Policía Judicial Federal, sostuvo una reunión con funcionarios de la DEA para discutir las posibilidades de un intercambio de Álvarez Machain, sospechoso de estar relacionado en la tortura y muerte de Enrique Camarena, por otro nacional mexicano de nombre Isaac Naredo Moreno, que se había refugiado en los Estados Unidos y era buscado por la Procuraduría General de la República.- En marzo de 1990, el agente especial de la DEA, Berrellez, contactó al informante Antonio Gárate Bustamante (exayudante de uno de los barones de la droga: Ernesto Fonseca Carrillo) para que transmitiera a sus 'contactos', que la DEA estaba dispuesta a pagar cincuenta mil dólares y otros gastos, como recompensa, si les era entregado el doctor Álvarez Machain en los Estados Unidos... Al parecer, cuando el doctor Álvarez Machain atendía en su consultorio de Guadalajara el día 2 de abril de 1990, se introdujeron cinco o seis individuos y le apuntaron con una pistola a la cabeza; y, según sostuvo Álvarez Machain, fue golpeado e inyectado; además le aplicaron choques eléctricos a través de las suelas de los zapatos". Finalmente, "de conformidad con el precedente United States vs. Verdugo Urquidez, la Corte de Apelaciones... ordenó la repatriación del acusado, tal y como lo demandaba el gobierno mexicano". *Extradición en Derecho Internacional; Aspectos y Tendencias Relevantes*, 2ª. ed., México, UNAM, 2000, pp. 29-30 y 34. Sobre este tema, también cfr. González Oropeza, *op. cit.*, pp.

Código penal, y 197 del mismo ordenamiento. En el primer caso se establece una penalidad agravada si la víctima es menor de edad o está incapacitada para comprender el carácter ilícito del hecho; también se incrementa la sanción cuando se utilice a los menores de edad o incapaces en la comisión de los delitos contra la salud. El artículo 197 tipifica la suministración gratuita o prescripción de la droga a un tercero y establece el aumento de la pena cuando quien adquiere la sustancia es menor o incapaz. La calificación agravadora de la pena para los casos en que se afecte al menor o incapaz, demuestra que la protección es más severa porque el bien jurídico es mayormente endeble.

Al Estado le compete proteger el sano desarrollo psicofisiológico de los incapaces, y lo hace, entre otras acciones, mediante la implementación de instituciones como al patria potestad, la tutela y la curatela, instituciones de Derecho civil, y mediante la tutela penal que ya mencioné. A la luz de la legislación civil familiar --enseña García Ramírez-- el problema de la farmacodependencia genera ciertas consecuencias. Algunas adicciones constituyen impedimento para contraer matrimonio; generan la nulidad del mismo cuando se celebra bajo esta circunstancia, plantean la posibilidad de divorcio cuando se incurre en conductas viciosas o lesivas, tales como actos inmorales para corromper a los hijos o aquéllos en los que se permita su corrupción. La comisión de delitos infamantes, como los delitos contra la salud, constituyen causal de divorcio, al igual que el uso persistente de drogas enervantes, a tal grado que amenace con llevar a la familia a la ruina, o cuando constituya un continuo motivo de desavenencia conyugal. También se instituyen en el ordenamiento civil, las medidas para determinar, el caso del divorcio, a quien corresponderá la patria potestad de los hijos¹⁷⁴.

112 y siguientes.

¹⁷⁴ *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos, op. cit.*, pp. 83-84. Respecto de otras repercusiones que tienen las adicciones sobre la institución de la tutela, cfr. *Ibidem*, p. 84.

CAPÍTULO QUINTO

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

I. INTRODUCCIÓN

Corresponde ahora el análisis de los "delitos en materia de derechos de autor", como los denomina el Código Penal Federal, que los incluye en el Título Vigésimo Sexto, a partir de 1996. Debo precisar de una vez que la denominación de este capítulo quinto de la tesis, atiende a las conclusiones que he obtenido a lo largo del desarrollo del mismo, en suma, que el objeto de tutela no se encuentra únicamente referido al derecho de autor, sino también se protegen los derechos conexos al derecho de autor¹. Por ello consideré conveniente denominar este capítulo atendiendo a la materia de la tutela, toda vez que la finalidad de la tesis es identificar cuáles son los nuevos bienes jurídicos tutelados por el Código penal federal. Claro está que no solamente se tutelan bienes autorales, como mencionaré adelante; también se protegen de manera indirecta otros valores jurídicos, predominantemente la cultura.

El Título Vigésimo Sexto que ahora se comenta es el de más reciente aparición en nuestro Código penal federal; se introdujo por reforma publicada en el *DOF* del 24 de diciembre de 1996. Anteriormente estos tipos penales se incluían dentro de la ley autorál, a título de delitos especiales; sería hasta 1996 cuando se incorporarían a la parte especial del Código penal federal, en esa época también para el Distrito Federal.

¹ Carrancá y Rivas considera que el bien jurídico tutelado es "la propiedad intelectual de la obra", aunque precisaría sea muy difícil, pues en ocasiones la propiedad se diluye. Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, *Código Penal anotado, cit.*, p. 1013.

“Los delitos contra la propiedad autoral --sostiene Osorio y Nieto-- son los actos u omisiones que atentan contra los derechos que el creador de una obra tiene respecto de la misma y que son, que se le reconozca su carácter de autor, dar a conocer su obra, se respete la integridad de ésta y obtenga beneficios económicos de la misma”². Agreguemos que estos delitos lesionan también derechos conexos al derecho de autor.

El fundamento de la protección de los derechos de autor es el artículo 28 de nuestra Constitución Política. Este precepto, después de establecer la prohibición de los monopolios prevé los supuestos de excepción, entre ellos destacan los privilegios concedidos a los autores y titulares de derechos conexos: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”³.

De este precepto constitucional deriva la ley secundaria en la materia, ésta, es reglamentaria del artículo 28 constitucional y tiene como finalidad, según se establece en la propia ley, la “salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; la protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como los otros derechos de

² *Delitos federales, op. cit.*, p. 437.

³ Así también se establece en la Ley Federal de Competencia Económica, cuyo artículo 5o estipula: “... Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”.

propiedad intelectual" (artículo 1º). Sintetizando, el objeto de tutela de la ley de la materia son los derechos de autor, los derechos conexos y la cultura nacional.

Asimismo, la protección penal de los derechos de autor y derechos conexos es competencia federal, según lo establece el artículo 215 de la Ley Federal del Derecho de Autor que prevé: "Corresponde conocer a los tribunales de la Federación de los delitos relacionados con el derecho de autor previstos en el Título Vigésimo Sexto del Código Penal...". Esta competencia federal ha enfrentado serias críticas por parte de la doctrina⁴.

Debo precisar también que los derechos autorales han sido considerados bajo el concepto de "propiedad intelectual", denominación que atiende a bases históricas que entendieron que la naturaleza de estos derechos radica en la propiedad como un derecho real, en la que destaca el contenido patrimonial por encima del moral. Hoy día, lo que conocemos como derecho de autor incluye los aspectos moral y patrimonial. Detallaré este contenido al referirme a los conceptos fundamentales.

También se utiliza el término "propiedad intelectual" de manera ampliamente aceptada, para incluir tanto a la propiedad industrial como a la propiedad intelectual en sentido estricto, es decir, los derechos autorales⁵. De esta manera es

⁴ Al respecto, Gutiérrez y González afirma que la materia de derechos de autor siempre ha sido civil y por ende, su regulación corresponde a los estados, no al Congreso de la Unión. Según el autor, el Congreso de la Unión, conforme a lo que dispone la Constitución en su artículo 124, tiene expresamente determinadas sus facultades en el artículo 73, artículo en el que no se contempla la materia autoral. *El patrimonio; el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 6ª ed., México, Porrúa, pp. 690 y 693.

⁵ Así, Bercovitz, Alberto, "Razones para proteger jurídicamente las innovaciones generadas en la Universidad y medios para obtener esa protección", *Simposio sobre propiedad intelectual, Universidad e industria en América Latina*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Asociación Internacional para el Progreso de la Enseñanza y la Investigación de la Propiedad Intelectual, Universidad de Costa Rica, San José, 17 a 21 de septiembre de 1990, p. 10. Es éste también el sentido que orienta el artículo 1721.2 del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*.

que en la doctrina se afirma que el derecho de la propiedad intelectual tiene como objeto de protección ambas materias, "según se enfoque hacia la producción literaria o artística, o la innovación tecnológica o industrial".⁶ A pesar de que se engloban bajo una misma denominación, no pueden confundirse ambos conceptos; el derecho de autor protege lo relacionado con la expresión artística y literaria⁷, lo no 'utilitario', 'funcional' e 'industrial', en tanto que la propiedad industrial se refiere a la innovación tecnológica, "en lo que a 'industria' se refiere". Luis C. Schmidt detalla claramente un canon para fijar la diferencia, pues mientras que el derecho de autor se encarga de la belleza, el derecho de patentes se encarga de lo utilitario⁸.

La materia autoral no siempre fue objeto de protección, mucho menos de tutela penal, ya que el reconocimiento de este tipo de privilegios supone cierto desarrollo cultural; los derechos de autor --se ha dicho-- "no son sino la visión social y

⁶ Schmidt, Luis C., "Propiedad Intelectual y sus fronteras: protección de arte e industria", en Becerra Ramírez, Manuel (compilador), *Estudios de Derecho Intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, serie: E. Varios, núm. 96, p. 34.

⁷ El artículo 11 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece que la protección en la materia se refiere a las obras literarias y artísticas previstas por el artículo 13, que a su vez, detalla que los derechos de autor se reconocen respecto de las siguientes ramas: literaria, musical, dramática, danza, pictórica o de dibujo, escultórica y de cualquier plástico, caricatura e historieta, arquitectónica, cinematográfica y demás obras audiovisuales, programas de radio y televisión, programas de cómputo, fotográfica, obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y de compilación, integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual. Termina precisando el artículo: "las demás obras que por analogía puedan considerarse obras literarias o artísticas se incluirán en la rama que les sea más afín a su naturaleza".

⁸ *Ibidem*, p. 35. Señala Bercovitz que las patentes sirven para proteger no todas las invenciones, sólo las invenciones industriales, y que una diferencia fundamental entre el derecho de autor y las patentes consiste en que el derecho de autor se protege, en general, sin necesidad de ningún tipo de solicitud o depósito y opera en muchos países ... gracias a los Convenios Internacionales sobre protección de Derecho de autor". "Razones para proteger jurídicamente las innovaciones generadas en la Universidad y medios para obtener esa protección", *Seminario sobre propiedad intelectual*, cit., p. 12.

comunitaria de la vida cultural de un pueblo⁹. Se presentaron diversos acontecimientos antes de la aparición de estos derechos en escena; tal como se ha afirmado, para la existencia de los derechos de autor se requieren tres elementos: a) la libertad en la creación del ingenio y del espíritu, b) que dicha libertad pueda ser atribuida a una persona individual, y c) el reconocimiento de la autonomía del individuo en relación con su obra, frente a la sociedad¹⁰.

No siempre gozaron de reconocimiento las manifestaciones del ingenio y del espíritu. Su reconocimiento y protección tuvieron como antecedentes diversos acontecimientos históricos que a manera de esbozo reseñaré enseguida¹¹. En las antiguas Grecia y Roma se habían establecido las bases para el reconocimiento de la materia, aunque la concepción de derechos autorales estuvo estrechamente vinculada con la moral pública. "Sin embargo, un hecho histórico daría impulso a la materia, todavía dentro de la Grecia clásica. La fundación de la Biblioteca de Alejandría significó un nuevo y magno impulso al mercado del libro griego, por insertarlo en el núcleo del centro intelectual más importante hasta entonces conocido. Numerosos estudiantes y maestros se establecieron en sus salas, la demanda de copias de los textos creció vertiginosamente, superando incluso a la oferta y encareciendo los precios"¹².

Los romanos --como en muchos ámbitos-- fueron los precursores en el establecimiento de normas jurídicas protectoras de la producción literaria; empero

⁹ Serrano Migallón, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor (Textos, antecedentes, análisis, proceso legislativo)*, México, Ed. Porrúa, 1998, p. 4.

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹¹ Una explicación detallada de los antecedentes históricos en la protección del derecho de autor, puede encontrarse en Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, *op. cit.*, pp. 8-30. Respecto de los antecedentes legislativos de dicha protección, es de suma utilidad la iniciativa presidencial de la Ley Federal del Derecho de Autor. Respecto de la protección a partir de la época independiente cfr. Gutiérrez y González, *op. cit.*, pp. 685 y ss.

las normas eran muy primitivas y se referían especialmente a la "relación autor-editor"¹³. En Roma se reconoció, sobre todo, el aspecto moral del derecho de autor respecto de la decisión de divulgación de su obra, el reconocimiento era más ético que jurídico, puesto que el plagio causaba predominantemente una mala reputación ante los ojos de la opinión pública.

En el Digesto se establecieron supuestos típicos en materia de derechos de autor. Ahí se castigaba el robo de un manuscrito, dándole tratamiento distinto al del robo común, ya que se consideraba el manuscrito como propiedad especial por tratarse de un bien escaso y sumamentepreciado. En ese tiempo se protegía la propiedad, es decir, un derecho real sobre el objeto en el que se hallaba plasmada la obra.

Durante la Edad Media se seguían aplicando las penas aludidas para el caso de robo de manuscrito y se continuaba considerando el derecho de autor como un derecho real.

Posteriormente, se presentó un hecho que revolucionó la protección de las obras literarias. Con la aparición de la imprenta surgió un mercado nuevo en virtud del cual se difundieron las obras literarias a gran escala y se presentó, por lo tanto, la expansión de las ideas. Este hecho generó que creciera tanto el prestigio de los autores como las ganancias de los editores, los que buscaron protección en contra de las personas que copiaban las obras sin el consentimiento del autor o del editor. Se pretendió la tutela del aspecto patrimonial del derecho de autor, puesto que fueron los editores los que principalmente buscaron proteger sus ganancias, luchando contra los plagiarios.

¹² Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, op. cit., p. 9.

¹³ *Ibidem*, p. 11.

El reconocimiento del derecho moral de autor se establecería más tarde. Cuando durante la Edad Media circulaban diversas copias de obras en los monasterios, aquéllas se consideraban más artículos suntuarios que obras literarias y artísticas, pero ya se tomaba en cuenta la creación del ingenio y del espíritu. Una vez reunidos los aspectos patrimonial y el moral, se conformó lo que propiamente se conoce como derecho de autor. Este derecho nació como un "privilegio" concedido a manera de patente o fuero en favor de uno o varios impresores, en virtud de los cuales gozaban de la facultad de reproducir y comercializar determinadas obras durante un tiempo específico¹⁴.

Estos privilegios llegaron a constituir verdaderos monopolios de explotación permitidos por el gobierno, que tenía la potestad de autorizar dicha explotación y de censurar determinadas doctrinas que pudieran ser peligrosas para el mismo; de ahí que el origen del derecho de autor incluya tanto instituciones del derecho público como del derecho privado, al tiempo que reconcilia intereses morales reconociendo la paternidad de la obra, y derechos patrimoniales referidos a la facultad de producción y distribución.

Durante la Edad Moderna, se reconoce al Estatuto de la Reina Ana, expedido en Inglaterra en 1710, como la primera manifestación moderna del derecho de autor; este ordenamiento concedía a los autores el derecho exclusivo de explotar la obra. Aparentemente, los derechos de autor, ya no de los impresores y editores, aparecieron en España en 1763, en la etapa del despotismo ilustrado; se estableció que "no se concederían privilegios más que a los autores sobre sus

¹⁴ Esta consideración subsiste hasta nuestros días, basta observar el artículo 28 constitucional que se refiere a los "privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras".

propias obras' y en 1764 se declararon trasmisibles a los herederos esos privilegios"¹⁵.

Se debe a Inglaterra el mérito de haber corregido los excesos del sistema de privilegios y de configurar la exclusividad como un derecho subjetivo del autor, poniendo fin al monopolio que tenían ciertas compañías de impresores. De ese Estatuto trascendió la figura del *Copyright* (derecho de copia) que llegó del derecho anglosajón, hacia los Estados Unidos, y que aún se encuentra vigente.

Empero, la consolidación del reconocimiento y protección de los derechos de autor se dio hasta la firma del *Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, en 1886¹⁶, por iniciativa de Francia, que había expedido su ley autoral en el año 1791. Este fue el momento en que el reconocimiento de los derechos de autor había adquirido consenso internacional bajo la manera en que son concebidos hoy día.

Actualmente, rigen dos sistemas jurídicos en materia de derechos autorales en el escenario mundial, cuyas fuentes son el sistema anglosajón, que prevalece en Estados Unidos proveniente del Estatuto de la Reina Ana, y el francés, derivado de su ley autoral. El primer sistema es el angloamericano de *Common Law*, que se caracteriza por su tendencia mercantil, cuya base son los intereses de los usuarios y editores de obra; el segundo sistema es el "neorromanista" derivado del antecedente francés, cuyo eje gira en torno a la "preeminencia del derecho de

¹⁵ Gómez Fregoso, J. Jesús, "Plagiarlos y piratas: reflexiones sobre la ética de los derechos de autor", *Jurídica jalisciense*, año 7, núm. 3, septiembre-diciembre MCMXCVII, p. 172. Cfr. asimismo, Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 678.

¹⁶ El *Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas*, se firmó el 9 de septiembre de 1886, fué completada en París el 4 de mayo de 1896, revisada en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completada en Berna el 20 de marzo de 1914, revisada en Roma el 2 de junio de 1928 y en Bruselas el 26 de junio de 1948. En México se publicó en el *DOF* del 20 de diciembre de 1968.

autor y la adhesión personalísima del mismo a la obra producto de su espíritu e ingenio¹⁷.

La Constitución de los Estados Unidos, aprobada el 17 de septiembre de 1787, reconoce el derecho autoral facultando al Congreso para "fomentar el progreso de la ciencia y de las actividades artísticas útiles, garantizando para ello a los autores e inventores el dominio exclusivo de sus respectivos escritos y descubrimientos durante periodos determinados"¹⁸.

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. Derecho de autor

"Privilegio o derecho de autor es el reconocimiento y protección perpetuo del Estado, a la situación de hecho, de la creación por el pensamiento de un ser humano, de una idea u obra que la externa a la colectividad humana, la cual llevará su nombre, y nadie deberá mutilarla o alterarla, y la protección y reconocimiento temporal de que solo su creador pueda explotarla directa o indirectamente"¹⁹.

La Ley Federal del Derecho de Autor, establece en su artículo 11, el siguiente concepto: "El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los

¹⁷ Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, op. cit., p. 28.

¹⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹⁹ Gutiérrez y González, op. cit., p. 675.

primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial" (artículo 11 de la ley autoral).

El *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, al que aludiré *infra*, estipula que el derecho de autor abarca las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos (artículo 9).

Dos componentes conforman el derecho de autor: el aspecto moral y el aspecto patrimonial. Si bien la ley de la materia (capítulos II y III del título segundo) establece que se trata de "derechos morales" y "derechos patrimoniales", lo cierto es que estos dos componentes son aspectos integrantes de un solo derecho, el derecho de autor. La ley del derecho de autor, establece el propio artículo 11, otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial.

Coincido con la consideración de Gutiérrez y González en el sentido de que ya se acepta la existencia de dos partes del patrimonio: la parte pecuniaria del patrimonio y la parte moral del patrimonio, que son los derechos de la personalidad. Por ello, no se explica que el legislador separe los "derechos morales" del derecho de autor y los "derechos patrimoniales" del derecho de autor, puesto que el patrimonio también se conforma con una parte moral²⁰. De ahí que se afirme que el derecho de autor incluye dos **aspectos**, el moral y el patrimonial, respecto de un mismo derecho.

El derecho moral, de acuerdo con la consideración realizada por la Cámara de Diputados en el proceso legislativo de la ley de la materia, es "el atributo

²⁰ *Ibidem*, pp. 682, 708 y 710.

personalísimo que tiene un autor sobre su obra". La *Convención Universal sobre derecho de autor*, le da tratamiento de derecho de la personalidad humana, según se desprende del preámbulo de este instrumento. Así también lo considera nuestra legislación, puesto que este derecho se encuentra "unido al autor" y tiene las características de ser inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable²¹. Este derecho sólo corresponde al creador de la obra y sus herederos y confiere facultades para determinar si la obra ha de ser divulgada o no, y de qué forma, para exigir el reconocimiento de la calidad de autor respecto de su obra y decidir si la divulgación se realiza como obra anónima o seudónima, de oponerse a la deformación, mutilación, modificación, o cualquier acto que cause demérito en la obra o perjuicio a la reputación del autor, facultad para modificar su obra, para retirarla del comercio, y para oponerse a que se le atribuya una obra que no es de su creación (artículos 19 y 20 *ibidem*).

El derecho patrimonial, segundo componente del derecho de autor, faculta al autor para explotar de manera exclusiva sus obras y autorizar a otros su explotación. Estas facultades corresponden al titular del derecho patrimonial de autor, heredero o adquirente por cualquier título (artículos 24 y 25 *ibidem*).

2. Naturaleza jurídica

Aún no existe consenso respecto de la naturaleza jurídica de los derechos de autor. Recordemos que estos derechos surgen durante la Edad Media, a manera de privilegios, y que es el mismo tratamiento que otorga nuestra Constitución Política en su artículo 28. Ya desde la Constitución de 1917 se estableció que el derecho de autor es un "privilegio", tal como se había reconocido desde que vio la luz el reconocimiento de este tipo de derechos.

²¹ El artículo 19 de la ley autoral señala: "El derecho moral se considera unido al autor y es

Gutiérrez y González afirma que la palabra privilegio deriva de dos voces latinas: *privare* y *lex*. La primera significa privar o suprimir, en tanto que la segunda significa ley. Desde esta consideración, y tomando en cuenta que privilegio es aquello de que la ley priva a los demás, llega a la conclusión de que el "privilegio implica que la ley permita a alguno hacer lo que a los otros esté vedado. En efecto, eso es lo que hace el Estado respecto del reconocimiento que hace del derecho inherente al autor sobre su obra"²².

Se debe a Inglaterra el configurar la exclusividad de estos privilegios como un "derecho subjetivo del autor", corrigiendo los excesos del sistema de privilegios que imperaba en al época.

Asimismo, los derechos autorales fueron considerados una "propiedad literaria" cuyo contenido era la facultad de publicar e impedir que otro lo hiciera, dentro del *Reglamento de la Libertad de Imprenta* que rigió en nuestro país a partir de 1846.

El *Código Civil* de 1884 consideró a estos derechos como una propiedad mueble. Por su parte, el de 1928 les retira el carácter de propiedad y les da tratamiento de privilegios, de conformidad con el artículo 28 constitucional.

La *Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas*, considera a estos derecho como una "potestad" que comprende la facultad exclusiva de usar y autorizar el uso de una obra. Por su parte, la *Convención Universal sobre derecho de autor*, los considera "derechos de la personalidad humana". El *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de*

inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable".

²² *Op. cit.*, p. 682.

propiedad intelectual relacionados con el comercio, considera que los derechos de autor son "derechos privados".

Se ha asegurado que el origen, la fundamentación más profunda del derecho de autor, tiene íntima relación con la persona, o si se desea, con la personalidad, "con lo que toda persona considera más propia de ella, con el sentido de la individualidad, con el ser cada quien"²³.

Coincido con la opinión de Gutiérrez y González, quien después de estudiar las teorías que existen sobre la naturaleza de los derechos de autor (teoría que lo considera derecho real y teoría que lo considera derecho real de propiedad), llega a la conclusión de que el derecho de autor tiene una naturaleza jurídica propia, "y es un elemento patrimonial pecuniario diferente del derecho real y del derecho personal". "El patrimonio se integra además de esos derechos reales y derechos personales --que son los más abundantes-- con otros elementos como son el derecho de autor, el derecho de patente..., el derecho de marca, y los Derechos de la personalidad, estos últimos de índole patrimonial también, pero no pecuniario"²⁴.

3. Derechos conexos

Los derechos conexos han sido definidos como "aquéllos concedidos para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de conocimientos, información, sonidos e imágenes"²⁵.

²³ Gómez Fregoso, J. Jesús, "Plagiarios y piratas: reflexiones sobre la ética de los derechos de autor", *Jurídica Jalisciense*, cit., p. 174.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 657 y ss.

²⁵ Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, op. cit., p. 232.

La Ley Federal del Derecho de Autor incluye en su Título V todos los derechos conexos. Ahí se enumeran los de artistas intérpretes o ejecutantes, editores de libros, productores de fonogramas, productores de videogramas, así como organismos de radiodifusión.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. En el nivel constitucional

Los antecedentes en la protección de los derechos de autor están íntimamente vinculados con la defensa de la libertad de expresión. Como señaló líneas atrás, el descubrimiento de la imprenta, vinculado con los privilegios otorgados para efectos de edición exclusiva, y la lucha por disolver la facultad de "censura" que tenía el gobierno respecto de las obras literarias y artísticas, constituyeron las bases para la protección del derecho que surge de la creación de obras del espíritu y el ingenio. En el desarrollo de la protección del derecho moral de autor, se buscó ante todo la no variación del texto de la obra. Ya en el libro de Bernal Díaz del Castillo, *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, el autor muestra la necesidad de protección de los aspectos del derecho moral, referidos principalmente a la libertad de expresión, al sostener: "pido por merced a los señores impresores, que no quiten ni añadan más letras de las que aquí van y suplan"²⁶.

De ahí que las primeras referencias legislativas sobre la materia puedan encontrarse en los dispositivos que tutelan la libertad de expresión. En la *Constitución de Apatzingan*, de 1814, se establece la tutela de la libertad de

²⁶ *Ibidem*, p. 35.

expresión y de imprenta, proscribiendo la existencia de permisos o censuras respecto de la publicación de las obras; proscripción que constituyó un gran adelanto en la materia, de tomarse en cuenta la época en que se suscitó. El artículo 117 de esta Constitución estableció:

"Al Supremo Congreso pertenece exclusivamente:

ARTÍCULO 117.- Favorecer todos los ramos de Industria, facilitando los medios de adelantarla, y cuidar con singular esmero de la Ilustración de los pueblos"²⁷.

El antecedente constitucional de la protección expresa de los derechos de autor puede encontrarse en la *Constitución Federal* de 1824, que estableció un precedente importante, aunque no fue recogido ni por la Constitución centralista de 1836, ni por la federalista de 1857, pero sentó las bases en el reconocimiento de esta garantía:

"ARTÍCULO 50.- Las facultades exclusivas del Congreso General son las siguientes:

I. Promover la Ilustración asegurando por tiempo limitado derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras, estableciendo colegios de marina, artillería e ingenieros; erigiendo uno o más establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas; sin perjudicar la libertad que tuvieren las legislaturas para el arreglo de la educación política en sus respectivos Estados"²⁸.

En la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, de 1917, se recogió este precepto y se plasmó la protección de la libertad de expresión sin más limitantes que el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública. Se dispuso en los artículos 6º y 7º que "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa", y que "es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia".

²⁷ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, Ed. Porrúa, México, 1987, pp. 42-43, cit. en *ibidem*, p. 37.

²⁸ Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 174, cit. en *ibidem*, p. 38.

Lo más importante de esta Constitución para el tema que interesa es que figura la materia de la propiedad intelectual y la protección expresa del derecho de autor en su artículo 28:

"En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolio ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones a título de protección a la industria, exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna materia"²⁹.

Otro mérito de este precepto fue establecer, de una vez por todas, la naturaleza del derecho de autor: se trata de un privilegio, es decir, lo que se concede sólo a ciertas personas al tiempo que se priva a los demás de esa facultad.

El artículo 28 de la Constitución de 1917, vigente hasta nuestros días, es el fundamento supremo del reconocimiento y protección de los derechos de autor, como mencioné al principio de este capítulo. Así lo establece el artículo 1º de la Ley Federal del Derecho de Autor. El artículo constitucional a que aludo, fue reformado por Decreto publicado en el *DOF* el 3 de febrero de 1983; en virtud de esta reforma, que adicionó un párrafo de protección a los consumidores³⁰, la protección de los derechos de autor se trasladó al párrafo octavo, sin que hubiera alguna modificación sustancial en este reconocimiento en comparación con su texto original. Únicamente se sustituyó el término "reproduzcan" por "produzcan".

²⁹ Herrera Meza, Humberto Javier, *Derecho romano, (Libro XLI, tit. 65 y Lib. XLVIII, tit. 2)*, Ed. Limusa, México, 1992, p. 25, cit. en *ibidem*, p. 30.

³⁰ La reforma se dio mediante el Decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 25, 26, 27, fracciones XIX y XX, 28, 73, fracciones XXIX-D, XXIX-E, y XXIX-F de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Evidentemente, los autores producen las obras y éstas son reproducidas por los editores. Reproducción, de acuerdo con la ley autoral, es "la realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa" (artículo 16, fracción VI).

2. En la legislación secundaria

El primer ordenamiento legal sobre la materia que existió a nivel nacional fue el *Reglamento de la Libertad de Imprenta*, de 1846. Ahí se consideró al derecho de autor como una propiedad literaria, cuyo contenido era la facultad de publicar e impedir que otro lo hiciera; en consecuencia se dio a este derecho el carácter de mercantil y se previó el derecho vitalicio de los autores para publicar su obra, que se extendía hacia sus herederos, hasta por 30 años. Se incluía aquí algún ilícito penal al establecer en los artículos 17 y 18 que la violación de estos derechos constituía falsificación; ésta consistía en publicar una obra o la mayor parte de sus artículos sin el consentimiento del autor³¹.

Posteriormente, la materia se reguló en el *Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de Tepic y de Baja California*, vigente a partir de 1871. Este ordenamiento se vio influenciado por el Código portugués, respecto de la materia autoral. Incluyó en el apartado denominado "del trabajo" un artículo 8º que regulaba lo relativo a las obras literarias, dramáticas, musicales y artísticas. Se establecían ahí sanciones de carácter patrimonial para los casos de falsificación, que se actualizaba mediante el uso sin consentimiento del legítimo propietario para la utilización de la obra.

³¹ Cfr. Serrano Migallón, *op. cit.*, pp. 39-41.

Es importante destacar que el hecho de haber incluido lo relativo al derecho de autor dentro de un Código Civil demuestra que en la época se asimilaba la propiedad literaria a la propiedad común. Tal como señalé antes, ese fue el origen del reconocimiento de este privilegio, pues su protección nació de la exigencia de exclusividad comercial respecto de la obra.

En el *Código Civil* de 1884 se adelantó mucho en materia autoral. Éste fue el primer ordenamiento que estableció la diferencia entre la propiedad intelectual y la propiedad industrial; se extiende el requisito de registro al traductor y al editor; además, se presenta aquí el primer intento de reconocimiento de las reservas de derecho en México; empero, se consideró la propiedad intelectual como una propiedad mueble y se estableció la posibilidad de pactar con el autor la disminución del tiempo de goce de sus derechos.

El *Código Civil* de 1928 reguló en un libro específico la propiedad intelectual y autoral; se estableció un periodo de 50 años de derecho exclusivo para los autores de libros científicos, y se concretó la reserva de derechos. Es este código el que federaliza la materia, tras de un debate sobre la constitucionalidad de federalizarla. A este respecto, se establece que las disposiciones relativas son federales y reglamentarias del artículo 28 constitucional en materia de monopolios.

Un mérito de esta legislación es haber roto con la tradición de denominar a la materia propiedad literaria, para designarla como derechos de autor, quitándole el carácter de propiedad, además de considerar a estos derechos como privilegios siguiendo la tendencia del artículo 28 constitucional.

El *Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Exclusivos de Autor, Traductor y Editor*, de 1939, complementó las anteriores disposiciones sobre la materia, enfatizando que los derechos de autor debían referirse a una obra o creación. En el artículo 4º se enumeraron las obras que podrían ser objeto de registro, estableciendo como regla general que serían aquéllas con posibilidad de publicarse "por cualquier medio conocido o que se invente con posterioridad, siempre que a juicio de la Secretaría de Educación, sean de índole científica, artística o literaria, o no estén prohibidas por las leyes".

El Reglamento de 1939 estableció la separación entre derecho de autor y propiedad industrial, al señalar que no podían ser objeto de registro las obras que "hayan sido o deban ser materia de registro conforme a la Ley de Patentes y Marcas" (artículo 5º).

La primera ley especializada que se expidió fue la *Ley Federal sobre el Derecho de Autor*, de 1947. Aquí se incluyeron las disposiciones relativas que se contenían en el Código Civil de 1928 y en el Reglamento de 1939, así como innovaciones acerca de los contratos de edición. La ley se creó por la necesidad de adecuar la legislación nacional a disposiciones Internacionales, puesto que México se había adherido a la *Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias, científicas y artísticas*³², celebrada en 1946. La *Ley Federal sobre el Derecho de Autor*, de 1947 fue la primera ley americana que utilizó el término "derechos de autor". También fue la primera ley que tipificó en un ordenamiento especial los delitos por violaciones al derecho de autor.

En 1956 se expide la *Ley Federal del Derecho de Autor*. Esta ley también tuvo como influencia un Instrumento Internacional, la *Convención Universal sobre el*

³² Publicada en el *DOF* el 24 de octubre de 1947.

*Derecho de Autor*³³, de 1952, que México suscribió en 1957. También ejerció influencia la *Convención sobre Propiedad Literaria y Artística*³⁴, a la que México se adhirió el 20 de diciembre de 1955.

El artículo 2º de la ley autoral señalaba el objeto de protección: "... toda producción literaria, científica, didáctica o artística apta para ser publicada y reproducida". Fue hasta las reformas de 1963 cuando se establecieron de manera conjunta los derechos morales y los derechos patrimoniales, a la vez que se amplió el catálogo de los delitos en la materia; la ley tendría otras reformas en 1982, 1991 y 1993. Las reformas de 1991 amplían el catálogo de delitos y aumentan las penalidades para los casos en que el editor, productor o grabador editara, produjera o grabara una obra protegida, con fines de lucro, sin autorización del legitimado; también se aumentaron las penas para dichos sujetos cuando produjeran mayor número de ejemplares que los autorizados, y se estableció más grave sanción para las personas que reprodujeran, con fines de lucro, programas de cómputo. Por virtud de estas reformas (1991) también se estableció un sistema punitivo penal para quienes infringieran los derechos conexos al derecho de autor y para actos ilícitos llevados a cabo por funcionarios de las sociedades autorales.

De igual manera, las reformas de 1993 ampliaron el catálogo de ilícitos penales e incrementaron las sanciones, en virtud de que para ese tiempo, derivado del desarrollo cultural y por presiones internacionales, se fueron considerando de mayor gravedad las lesiones a los derechos de autor y sus conexos. La evolución

³³ Publicada en el *DOF* el 6 de junio de 1957.

³⁴ Publicada en el *DOF* el 23 de abril de 1963.

tecnológica orilló a que en las reformas de 1993 se incluyera la protección de los programas de cómputo, considerándolos como obras literarias³⁵.

Finalmente, en 1996 se publica la *Ley Federal del Derecho de Autor*, tras un proceso legislativo que comenzó con la iniciativa del presidente Ernesto Zedillo, de fecha 13 de noviembre de 1996, previa consulta a diversos grupos de creadores, productores, distribuidores y sectores interesados, convocada en 1994. En la iniciativa se destaca el cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 en materia de cultura, considerada ésta como un elemento esencial de la soberanía, bajo los postulados de "respeto a la libertad de creación y de expresión de las comunidades intelectuales y artísticas del país, fomenta la producción y distribución eficiente de bienes culturales y actualiza el marco jurídico relativo a los derechos de autor y derechos conexos".

La publicación de esta ley obedeció también a influencias internacionales, tal como se destacó en la iniciativa: "Es necesario que las acciones que México emprenda en materia de cooperación internacional fomenten la creatividad, lo cual es, por sí mismo una garantía de respeto a nuestra soberanía". Ahí se hace notar la convicción de que la participación de las personas en la vida cultural de su país constituye un derecho humano, y se concibe a los derechos de autor como "el conjunto de prerrogativas de los creadores de obras literarias y artísticas, plasmadas en los más diversos soportes materiales, los cuales han tenido innovaciones sorprendentes en los últimos tiempos. Esto, aunado a la liberación de las barreras comerciales entre las naciones, ha hecho indispensable la existencia de nuevos ordenamientos jurídicos".

³⁵ Respecto de todos los antecedentes legislativos que aquí se incluyen, se consultó la obra de Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, *op. cit.*, pp. 39-58; así como la Exposición de motivos de la ley de 1996 en la que se detallan las legislaciones que han existido al respecto.

Se establece en la Iniciativa la Intención de proteger el derecho moral de autor, sin embargo, al aludir a cuestiones comerciales de carácter internacional, es de advertirse que también se pretende tutelar el derecho patrimonial. A pesar de ello, se afirma categóricamente que "el efecto final se encuentra más allá del simple beneficio económico". La intención es adecuar la regulación nacional a los ordenamientos internacionales y a las innovaciones tecnológicas, según se afirma.

En la misma iniciativa se propone trasladar "las violaciones a los derechos de autor y derechos conexos que por su magnitud y trascendencia merezcan ser considerados delitos", al Código Penal Federal, para "hacer de la legislación autoral un texto apropiado para su expedita aplicación". Ya se incluye aquí la mención de los derechos conexos, empero, el título que se pretendió adicionar al Código Penal se denominaba únicamente "De los delitos en materia de derechos de autor". En la iniciativa se definió a los derechos conexos como "aquellos concedidos para proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información, sonidos e imágenes".

También en la Cámara de Diputados se recibieron opiniones de diversos grupos interesados en la materia. La Comisión de Cultura de dicha Cámara llevó a cabo modificaciones a la iniciativa con la intención de adecuarla a las funciones que corresponden al Estado en la protección de los derechos morales de autor, "en circunstancias específicas y cuando en ello resulte beneficiado el patrimonio cultural de la Nación".

Esta ley instituye la figura de trato nacional, mediante la protección jurídica de las obras de autores y derechos conexos extranjeros "en función del deber que tienen los Estados, dentro del orden jurídico internacional".

La vigente *Ley Federal del Derecho de Autor* se publicó en el *DOF* el 24 de diciembre de 1996 y se reformó por decreto publicado en el mismo medio, el 19 de mayo de 1997. Dicha legislación ya no incluye los delitos especiales en materia autoral que sí contemplaban las anteriores; empero, desarrolla un sistema de faltas administrativas dividiéndolas en dos grupos conforme a su materia: derechos de autor ó materia comercial.

3. En el Código Penal Federal

Como lo referí en el apartado precedente, los tipos penales que detallan los delitos en materia de derechos de autor y derechos conexos, son de reciente adición al Código penal federal. Ninguno de los códigos anteriores incluyó tipificación alguna en la materia. Sin embargo, en el Código penal de 1929 existió un capítulo relativo a los delitos contra la propiedad industrial, dentro del Título Duodécimo, destinado a la regulación de los delitos económico-sociales, una inclusión muy adelantada para su tiempo; sin embargo, nada se estableció sobre la propiedad autoral.

El decreto que incorpora estos tipos al Código Penal es el mismo instrumento que dio vida a la ley autoral, publicado el 24 de diciembre de 1996. Se propuso adicionarlos al código penal debido a la "necesidad de dar certidumbre en los tipos penales en materia de derechos de autor y sus derechos conexos" --como se aseveró en la iniciativa--, estableciendo un claro deslinde entre el contenido sustantivo y administrativo de la ley autoral y la materia penal, se argumentó en este documento. En el mismo instrumento, se afirma, se pretende buscar la

protección de diversos bienes jurídicos: "la producción artística y literaria del pueblo y el acervo cultural de la nación", "los elementos necesarios para elevar la educación en nuestro país", así como bienes de naturaleza económica pertenecientes a la comunidad internacional.

El fenómeno de Internacionalización del delito influyó también en esta materia; es de advertirse que la globalización del llamado delito de piratería, la asociación delictiva y la conexidad de delitos, ameritaban una regulación que se adecuara al avance criminológico y científico. Por eso se propuso la incorporación de nuevos tipos penales referidos a la producción y distribución de programas de cómputo y señales de satélite, tal como se hizo notar en el Dictamen de la Comisión de Justicia en la Cámara de Diputados.

En los considerandos del dictamen aludido se hace referencia al bien de tutela. Se considera que se debe buscar la protección de la cultura que pertenece a la especie humana; atender al acto mismo de la creación de la cultura lleva al Estado a la protección de la creación para "no desmotivar a sus creadores ni detener el desarrollo cultural". Se consideró conveniente incluir los tipos penales especiales en el ordenamiento represivo, siguiendo una tendencia que ya se había establecido al incluir en el código penal capítulos relativos a delitos electorales y delitos ecológicos³⁶.

Las modificaciones realizadas en la Cámara de Diputados consistieron en ponderar la necesidad de penalizar ciertas conductas que se incluían originalmente en la Iniciativa. De esta manera, convirtieron en infracciones administrativas algunos

³⁶ El capítulo relativo a los delitos electorales se aborda en el capítulo cuarto de la presente tesis, en tanto que el objeto de protección de los delitos ecológicos será materia de estudio en el último capítulo de la misma.

supuestos de delitos que se proponían; asimismo, se modificó el monto de las multas.

En esos términos se aprueba y publica la reforma para introducir el Título Vigésimo Sexto, que subsiste hasta nuestros días bajo la denominación: "De los delitos en materia de derechos de autor". Denominación un tanto imprecisa, si atendemos a que los tipos penales deben agruparse de acuerdo al bien jurídico que lesionan. En este caso, tal como se sostuvo a lo largo del proceso legislativo, se lesionan tanto el derecho de autor como derechos conexos, por lo que quizá hubiera sido más conveniente denominar al título "De los delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos".

Este nuevo título fue objeto de modificación por decretos publicados en el *DOF* el 19 de mayo de 1997 y el 17 de mayo de 1999. En el primer caso se reformó la fracción III del artículo 424 para incorporar la conducta de reproducción y suprimir la de fabricar, lo que era a todas luces un sinónimo de la conducta de producir. Asimismo, se detallaron las obras objeto de tutela, anteriormente sólo se señalaba "obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor", después de la reforma se estipuló: "copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley", incluyendo así las obras que abarcan los derechos conexos³⁷. Este cambio en la terminología de "obras" por "copias de obras" ha sido severamente criticado, puesto que en materia de invasión de derecho de autor no se reproducen copias de obras, más bien se reproduce una obra sin autorización, de lo que resulta la copia de dicha obra³⁸.

³⁷ Respecto de estas reformas, cfr. Rangel Ortiz, Horacio, "La reforma de 1997 a la legislación autoral de 1996 y la invasión del derecho de autor", *ARS JURIS*, núm. 17, 1997, pp. 337-346.

³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 343.

Las reformas del 17 de mayo de 1999 consistieron en modificar la fracción III, derogar la fracción IV del artículo 424 y adicionar los artículos 424 *bis* y 424 *ter* del ordenamiento represivo. La modificación a la fracción III se centró en describir genéricamente las conductas que pueden englobarse bajo ese supuesto. Se alude al uso ilícito de las obras protegidas, un concepto de gran alcance. Este tipo penal va dirigido hacia el usuario final de software. Empero, el tipo penal es muy abierto. Las conductas que anteriormente enumeraba esa fracción se trasladaron al artículo 424 *bis*, en tanto que el artículo 424 *ter* sanciona al vendedor de objetos de la piratería. Se introduce el concepto de lucro; anteriormente sólo se aludía a "escala comercial" y "especulación comercial".

4. En los tratados internacionales

Son bien conocidas las consecuencias de la evolución tecnológica. Los medios que la misma pone al alcance de todos han permitido una evolución criminal también en materia de delitos contra derechos de autor³⁹. Los delitos autorales, como ha sóldo denominárseles, causan graves estragos a las relaciones internacionales y a la economía de las naciones, situación que ha orillado a buscar la cooperación entre Estados. Inicialmente se buscó el combate a la piratería de software computacional, a Instancias de Estados Unidos, primer productor de software en el mundo. En una encuesta que se llevó a cabo en ese país resultó que las compañías encuestadas informaron haber sufrido en 1986 pérdidas superiores a los 100 millones de dólares en 14 países, encabezados por Taiwán y México, precisamente en el área de los programas de computación o software⁴⁰.

³⁹ Así, Buítrago Ruiz, Angela María, "El delito informático", *Derecho penal y criminología*, vol. XVIII, núm. 59, mayo/agosto 1996, p. 63. En el mismo sentido De la Luz Lima, María, "Delitos electrónicos", *Criminalia*, año L, núms. 1-6, México, Porrúa, enero-junio 1984, pp. 96-97.

⁴⁰ Cfr. García Moreno, Víctor Carlos, "La propiedad intelectual en el Tratado de Libre Comercio",

De ahí que se haya incluido un apartado de protección de derechos de autor en el tratado comercial conocido como *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, pero no sólo en ese tratado, sino también en diversos instrumentos internacionales cuya materia es la protección del derecho de autor y conexos. Éstos se estudiarán enseguida.

La protección que originalmente se otorgó a los autores, ha evolucionado de manera considerable. No siempre se protegieron los aspectos morales y patrimoniales de estos derechos. En un principio la protección recaía sobre el objeto en que se plasmaban las ideas, para posteriormente tutelar las ideas creativas siempre que estuvieran plasmadas en un medio material. Esta evolución se observa en el análisis de los convenios internacionales en la materia.

La influencia internacional en la regulación nacional es muy fuerte. Baste señalar que diversos tipos penales de nuestra legislación, toman su texto de disposiciones internacionales, dos principalmente: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (artículos 1714 y 1717.1) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, mayormente conocido por sus siglas en inglés TRIPS --*Trade Related Aspects of Intellectual Property*-- (artículo 61). No solamente esos instrumentos son determinantes, también influye la presión que ejercen algunos países poderosos como los Estados Unidos, interesados en combatir la piratería. Aquí debo traer a colación la existencia de la lista 301 de Estados Unidos que incluye a los países que se caractericen por su lucha contra la piratería⁴¹.

Revista Mexicana de Justicia, nueva época, núm. 4, octubre-diciembre de 1993, p. 132.

⁴¹ Rangel Ortiz, Horacio, participación en el Simposio "Análisis retrospectivo de las reformas penales en materia de propiedad industrial y derechos de autor", Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Industrial, 17 de mayo de 2000.

Se detallan enseguida los instrumentos internacionales en la materia, su influencia en la legislación doméstica y la evolución que se ha presentado en los mismos, respecto de la tutela en materia autoral. Me detendré en los que más influencia han ejercido.

A. Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, adoptada en 1946⁴².

Este instrumento fue aprobado y adoptado el 22 de junio de 1946, entró en vigor el 14 de abril de 1947, y reemplazó a la *Convención sobre Propiedad Literaria y Artística* de 1910, así como a la revisión de la misma, suscrita en 1928 y a todas las convenciones interamericanas suscritas antes de la presente sobre la misma materia (artículo XVII). La Convención interamericana de 1946 se creó con la intención de "perfeccionar la protección recíproca interamericana del derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas"; ahí, los Estados Contratantes asumieron el compromiso de reconocer y proteger el derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas (artículo I).

El derecho de autor, según el documento Internacional que se comenta, se entiende como una potestad, puesto que comprende la "facultad exclusiva que tiene el autor de una obra literaria, científica y artística de: usar y autorizar el uso de ella, en todo o en parte; disponer de ese derecho a cualquier título total o parcialmente, y transmitirlo por causa de muerte" (artículo II).

Los artículos III, IV y V de la Convención interamericana permiten advertir que la protección se dirige, no hacia las ideas, sino hacia la expresión de las mismas, pues establecen como materia de tutela "toda producción literaria, científica o

⁴² *DOF* del 24 de octubre de 1947.

artística apta para ser publicada y reproducida". También se protegen las obras inéditas o no publicadas, las obras de arte hechas para fines industriales, así como las traducciones, adaptaciones, compilaciones, arreglos, compendios, dramatizaciones u otras versiones de obras literarias, científicas y artísticas, incluyendo las adaptaciones fotográficas y cinematográficas.

*B. Convención universal sobre derecho de autor, adoptada en 1952*⁴³.

Esta convención, de alcance universal, fue adoptada el 6 de septiembre de 1952, con vigencia a partir del 16 de septiembre de 1955. En el texto de la convención se establece de manera expresa la aplicabilidad de la Convención de Berna (artículo XVI) y de las anteriores convenciones o acuerdos multilaterales o bilaterales que existan en la materia (artículo XVIII). Este instrumento se suscribe, según se afirma en el mismo, con la intención de proteger el derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas, a efecto de asegurar el respeto de los derechos de la personalidad humana y favorecer el desarrollo de las letras, las ciencias y las artes (preámbulo).

El objeto de tutela está referido a los derechos de los autores "o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas" (artículo I); la protección se aplica a las "obras publicadas por primera vez por las Naciones Unidas, por las instituciones especializadas ligadas a ellas, o por la Organización de Estados Americanos" (Resolución relativa al artículo XI). El alcance de la expresión derecho de autor también se especifica en el mismo instrumento internacional. Esta prerrogativa comprende "el derecho exclusivo de hacer, de publicar y de autorizar que se haga y se publique la traducción de las obras protegidas" por la *Convención universal* (artículo V).

⁴³ *DOF* del 6 de junio de 1957.

La Convención universal también ha influido en nuestra legislación. El artículo X del Instrumento Internacional que se comenta, establece el deber de las partes de "tener su legislación nacional en condiciones de poder aplicar las disposiciones de la presente Convención", desde el momento del depósito de su Instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión (artículo X).

C. Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, elaborado en 1961⁴⁴.

Este Instrumento se suscribió en Roma el 26 de octubre de 1961 para la protección de ciertos derechos conexos a los derechos de autor: los de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Los signatarios se obligan a contar con una legislación acorde con esta Convención, al momento de depositar el Instrumento de ratificación, aceptación o adhesión (artículo 26).

D. Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional, de 1966.

La mencionada declaración fue proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su 14ª reunión, celebrada el 4 de noviembre de 1966. Ahí se destaca como una de las finalidades de la cooperación cultural internacional, el "hacer que todos los hombres tengan acceso al saber, disfruten de las artes y de las letras de todos los pueblos, se beneficien de los progresos logrados por la ciencia en todas las

⁴⁴ *DOF* del 27 de mayo de 1964.

regiones del mundo y de los frutos que de ellos derivan, y puedan contribuir, por su parte, al enriquecimiento de la vida cultural" (artículo IV.4).

*E. Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 1971*⁴⁵.

El convenio data del 9 de septiembre de 1886 y fue revisado en París el 24 de julio de 1971. El Acta de París que aquí se señala, deroga por disposición expresa el convenio de 1886, así como las actas de revisión subsiguientes (artículo 31). Este instrumento constituye una base importante en la protección de los derechos de autor. La intención del mismo --según se plasmó en el texto-- es fijar la "protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas" (artículo 1º), refiriéndose tanto a autores nacionales como a los que no son nacionales (artículo 3). La tutela también se proyecta sobre los derechos de los autores de obras cinematográficas y arquitectónicas.

El artículo 6 *bis* del documento se refiere a la protección de los derechos morales. Al respecto, se establece el derecho de reivindicar con que cuenta el autor, incluso después de haber cedido los derechos patrimoniales, y que consiste en la facultad de "reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación". Es de advertirse que la protección del aspecto moral del derecho de autor pretende proteger, además, los bienes que aquí se señalan: el honor y la reputación.

Se establece también la posibilidad del "comiso" aplicable a las obras falsificadas (artículo 16.1).

⁴⁵ *DOF* del 20 de diciembre de 1968.

Destaco aquí el grado de evolución y especialización del Convenio de Berna, digno de reconocimiento tomando en cuenta el año de su creación (1971). La protección se dirige hacia el derecho de autor y no hacia los objetos en que se plasman las ideas.

F. Convenio (de Ginebra) para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, de 1971⁴⁶.

La tutela se establece de manera específica. Se puede advertir, con la sola lectura del título de este convenio, que se trata de combatir la piratería internacional de fonogramas. De ahí que se plasme en el artículo 2º el compromiso de los Estados contratantes de "proteger a los productores de fonogramas que sean nacionales de los otros Estados contratantes contra la producción de copias sin el consentimiento del productor, así como contra la importación de tales copias, cuando la producción o la importación se hagan con miras a una distribución al público e igualmente contra la distribución de esas copias al público". Para tal efecto, se establece el deber de incluir estos medios de protección en la legislación nacional de cada Estado contratante, incluyendo las sanciones penales (artículos 3 y 6). Se entiende por fonograma "toda la fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos" (artículo 1); y por productor de fonogramas a "la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos".

⁴⁶ *DOF* del 8 de febrero de 1974.

G. *Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales*, aprobada en 1974.

H. *Tratado de la OMPI sobre derecho de autor*, adoptado en 1996 (Conferencia diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos).

I. *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, firmado en 1994⁴⁷

Mejor conocido por sus siglas en Inglés, *Trade Related Aspects of Intellectual Property* (TRIPS), el acuerdo fue firmado por 128 países, entre los que se encuentra México⁴⁸. Constituye el Anexo IC del Acuerdo de Marrakech, por el que se crea la Organización Mundial del Comercio. De ahí que el instrumento en estudio muestre una predominante protección del aspecto patrimonial del derecho de autor. Los motivos que llevaron a la firma del instrumento mencionado fueron de carácter económico, se buscó disminuir las tensiones que en la materia existían a nivel internacional, tal como se manifestó en el mismo acuerdo: "Los miembros, deseosos de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo".

⁴⁷ Acuerdo publicado en el *DOF* del 30 de diciembre de 1994.

⁴⁸ Cfr. Rangel Medina, David, "Los acuerdos de Marrakech sobre la Organización Mundial del Comercio y los derechos de propiedad intelectual", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo XLVII, mayo-agosto 1997, núms. 213-214.

Se regula la propiedad intelectual abarcando dentro de ella las siguientes categorías: derecho de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados, e información no divulgada.

Se establece que los países miembros deben observar lo establecido en el Convenio de Berna, y se ratifica que las legislaciones nacionales deben proteger el derecho de autor en el entendido de que éste abarca "las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos (artículo 9)".⁴⁹

Se fijan cincuenta años de protección del derecho pecuniario correspondiente a las obras que no sean fotográficas ni de arte aplicado. Asimismo, se reconocen de manera expresa los derechos conexos⁵⁰.

Este acuerdo, junto con el TLC, constituye el origen de algunos tipos penales en materia de derechos de autor, que se incluyeron en el ordenamiento represivo. El artículo 61 del acuerdo, relativo a procedimientos penales, fija la obligación para los estados miembros de establecer procedimientos y sanciones de carácter penal en los casos de "falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial", instituyendo, para tal fin, penas de prisión, sanciones pecuniarias, confiscación, decomiso y destrucción de las mercancías y materiales objeto de la infracción⁵¹. Estas conductas se tipificarán

⁴⁹ Rangel Medina, David, "El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC y el acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual (TRIPS)", *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996, p. 475.

⁵⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 475-476.

⁵¹ Cfr. *ibidem*, p. 475.

siempre que se lleven a cabo con dolo y a escala comercial. Nuestros preceptos penales en la materia aludieron primero al término "escala comercial", y por virtud de las reformas, como lo manifesté antes, actualmente se utiliza el término "especulación comercial", aunque se refiere a lo mismo.

Dentro de las disposiciones de este acuerdo se señala que "se entenderá por 'mercancías pirata que lesionan el derecho de autor' cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción, y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación" (nota 13 del artículo 51).

Pero no sólo se prevé la vía penal, también se establece la posibilidad de poner al alcance de los titulares de los derechos, procedimientos judiciales civiles con el propósito de lograr la observancia de estas prerrogativas (artículo 42); asimismo, se prevé el deber de instituir procedimientos administrativos para tal efecto (artículo 49).

Se entiende a través del texto de dicho documento, que los derechos de propiedad intelectual son "derechos privados", lo cual coincide con la teoría que protege estos privilegios de manera contractual. Considero que esta postura no es afortunada, debido a que no siempre son disponibles los derechos de autor, pues trascurrido el tiempo de disfrute de dichos privilegios, se convierten en bienes del dominio público. En efecto, el artículo 29 de la ley mexicana de la materia dispone que los derechos patrimoniales de los autores respecto de sus obras estarán vigentes durante la vida del autor y setenta y cinco años más, y que trascurrido ese tiempo, la obra pasará al dominio público.

Se plasma como uno de los objetivos de la protección de los derechos de propiedad intelectual, el "contribuir a la promoción de la Innovación tecnológica y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones" (artículo 7). Para el tema que ahora interesa, el acuerdo en estudio establece que la protección del derecho de autor abarca las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí (artículo 9.1).

Respecto de los derechos conexos, la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión, abarca la facultad de impedir que los siguientes actos se lleven a cabo sin su autorización: "la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de tal fijación", así como "la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo, reproducción directa o indirecta de fonogramas, fijación, reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión (artículo 14).

J. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), de 1994.

El TLCAN se firmó el 17 de diciembre de 1992 por Canadá, Estados Unidos y México. Este Instrumento es ley suprema de la Unión, de acuerdo con el artículo 133 constitucional, toda vez que fue aprobado por la Cámara de Senadores de nuestro país el 22 de noviembre de 1993. La vigencia del Tratado que se estudia inició el 1º de enero de 1994.

No obstante que ahora aludimos a un instrumento internacional con carácter comercial, se incluyó en el mismo el apartado relativo a la propiedad intelectual, dentro de la sexta parte del documento, en el capítulo XVII. Ahí se establece tanto la regulación de la materia autoral como de la propiedad industrial. Este tratado es el primer instrumento con carácter comercial que incluye un apartado relativo a la propiedad intelectual; mas tarde se incluiría también en el TRIPS.

Estados Unidos ha presionado a los demás países para establecer una mejor protección de la propiedad industrial. Así consiguió que se incluyera el tema en la agenda de las negociaciones del GATT, en la llamada Ronda Uruguay, argumentando que no existía una protección suficiente a nivel internacional. Por ello insiste en que cualquier país que firme un tratado con los Estados Unidos debe incluir la protección de los derechos de autor. Este es el motivo de haber incluido el tema en el TLCAN⁵².

La trascendencia de este documento para la materia que ahora nos ocupa es relevante. Dentro del preámbulo del mismo, se establece la búsqueda que realizan los estados signatarios por "alentar la innovación y la creatividad y fomentar el comercio de bienes y servicios que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual". Entre los objetivos del instrumento figura el "proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes" (inciso d)).

En el capítulo relativo se establece el objeto de la tutela. El artículo 1705.1 dispone que "cada una de las Partes protegerá las obras comprendidas en el Artículo 2 del

⁵² Respecto de los antecedentes de la firma de este tratado y su influencia en las reformas nacionales, cfr. García Moreno, Víctor Carlos, "La propiedad intelectual en el Tratado de Libre Comercio", *rev. cit.*, pp. 131-136.

Convenio de Berna, incluyendo cualesquiera otras que incorporen una expresión original en el sentido que confiere a este término el mismo Convenio. En particular": los programas de cómputo y las compilaciones de datos o de otros materiales. Obsérvese que dicha protección se dirige hacia los objetos en que se plasma la idea, es decir, en la materialización del derecho de autor.

El TLCAN constituye el antecedente directo del artículo 426 de nuestro ordenamiento represivo. De hecho, la redacción de este precepto es casi idéntica a lo establecido por el tratado internacional. En el TLC se prevé el deber de las partes de "tipificar como delito la fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal" (artículo 1717).

En el mismo tenor, el artículo 1717 relativo a procedimientos y sanciones penales, fija la obligación de las partes de disponer de sanciones penales aplicables para el caso de "falsificación dolosa de marcas o de piratería de derechos de autor a escala comercial". Entre las posibles sanciones se prevén la pena de prisión y multa, así como la posibilidad de ordenar el secuestro, decomiso y destrucción de las mercancías objeto de la infracción. También se determina la posibilidad de que los miembros fijen sanciones penales para conductas relacionadas no mencionadas en ese tratado, siempre que se lleven a cabo de manera dolosa y a escala comercial.

La influencia que ejerce el ordenamiento internacional dentro de la legislación local se explica si tomamos en cuenta que México se comprometió a todos a cumplir los deberes impuestos en el TLCAN, y que el artículo 1714 de éste determina: "Cada una de las partes garantizará, conforme a lo previsto en este artículo y en los

artículos 1715 a 1718, que su derecho interno contenga procedimientos de defensa de los derechos de propiedad intelectual, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acto que infrinja los derechos de propiedad intelectual comprendidos en este capítulo, incluyendo recursos expeditos para prevenir las infracciones y recursos que desalienten futuras infracciones". Más aún, por virtud del artículo 1718.1 del ordenamiento en cita, México se comprometió a realizar el mayor esfuerzo por cumplir cuanto antes las disposiciones del artículo 1718 relativas a la protección de los derechos de autor en la frontera, en un plazo que no excediera de tres años.

También se prevé la facultad de las Partes de retirar del comercio, sin indemnización alguna, las mercancías encontradas que infrinjan derechos de propiedad intelectual, con el objeto de evitar daños a los titulares de estos privilegios. Asimismo, se establece la posibilidad de establecer medidas precautorias "rápidas y eficaces" (artículo 171G).

IV. TUTELA PENAL ESPECÍFICA

1. Introducción

Hasta aquí hemos visto los antecedentes de la incorporación de los ilícitos autorales en nuestro Código penal federal. Con esta base podemos advertir que, la búsqueda de la protección de los derechos de autor ha tenido desde sus orígenes, tintes económicos. El reconocimiento de los derechos de autor inició a instancia de los editores e impresores que vieron afectadas sus ganancias económicas por la reproducción de copias no autorizadas. De ahí que se pueda afirmar que este reconocimiento nace respecto del aspecto patrimonial de los derechos conexos a los derechos de autor.

Posteriormente, se reconoció la obra del espíritu y del ingenio, llegándose a complementar lo que hoy conocemos como el aspecto moral del derecho de autor. Empero, el reconocimiento en la materia a nivel nacional, fue incorporado inicialmente en nuestros códigos civiles, lo que muestra que el tratamiento que se daba a los derechos de autor era el de propiedad común, entendida como derecho real.

Existen dos datos importantes que ayudan a esclarecer la verdadera intención en la tutela penal de las conductas que atentan contra este tipo de derechos: el hecho de que la incorporación de ciertas conductas en nuestra legislación nacional atiende al cumplimiento de compromisos que contrajo México a nivel internacional, y el hecho de que tales deberes se incluyan en instrumentos internacionales de carácter comercial, como el TLC y el TRIPS. De esta circunstancia se puede advertir que el motor en dicha protección es de naturaleza comercial, por lo que muchos autores afirman que lo que en realidad se protege es el aspecto patrimonial de los derechos de autor y derechos conexos⁵³, aunque, como ya mencioné, en la iniciativa presidencial de la ley autoral se afirma que se busca la protección del aspecto moral.

Lo cierto es que la tutela debe versar sobre las dos vertientes. El derecho de autor es un dato unitario que no admite división. Al tiempo de proteger el derecho moral

⁵³ César Augusto Osorio y Nieto destaca la trascendencia económica de los derechos autorales: "la materia de los derechos de autor o derechos autorales es un tema jurídico de singular importancia tanto teórica como práctica; los derechos autorales tienen gran relevancia en la vida económica actual, la protección de ellos, las frecuentes violaciones a los mismos, las dificultades prácticas para la investigación de los delitos en materia autoral y muchas otras cuestiones relacionadas con estos derechos constituyen problemas muy importantes y con grandes repercusiones económicas, jurídicas y sociales, no sólo en nuestro país, también en el ámbito internacional, lo cual ha motivado que se hayan celebrado múltiples convenios y tratados internacionales y creado organismos para la protección del derecho de los autores". *Delitos federales, cit.*, p. 428.

se está protegiendo el derecho patrimonial, y viceversa, cuando se protege el ámbito patrimonial la tutela se proyecta hacia el moral.

Debo reiterar que los tipos penales que existen en la materia no sólo protegen los derechos de autor, como lo señala el nombre del Título relativo, sino además tutelan ciertos derechos conexos, y de manera indirecta, la cultura nacional y la economía. Veamos.

2. La tutela penal por artículos

Cabe destacar que la legislación penal en la materia que ahora tratamos, sólo protege contra los ataques graves contra el derecho de autor y derechos conexos. Por ello se sancionan solamente las conductas dolosas⁵⁴. La comisión de estos ilícitos requiere el ánimo de especulación comercial, de lo cual se advierte que se protege el patrimonio de los titulares de estos derechos.

Es importante mencionar que en este tipo de delitos se concede una gran relevancia a la voluntad del ofendido, al establecer la querrela como requisito de procedibilidad. Por ello puede afirmarse que los derechos de autor y sus conexos, son bienes jurídicos disponibles (excepto cuando se trata de los libros de texto⁵⁵).

⁵⁴ Y no podría ser de otra manera, atendiendo al sistema *numerus clausus* que consagra el artículo 60 del ordenamiento represivo, por virtud del cual sólo pueden ser sancionadas a título de culpa, las conductas de los artículos que se detallan en ese precepto. Sin embargo vale la pena considerar que muchas conductas culposas podrían dañar gravemente los derechos autorales; v. gr. cuando un editor que por descuido publica una obra diferente a la que deseaba publicar el autor, y que por este hecho causa un grave desprestigio al mismo.

⁵⁵ Los delitos contra los derechos de autor se persiguen a instancia de parte ofendida, es decir, por querrela, lo que permite afirmar que los derechos de autor son bienes disponibles; sin embargo, la especulación con los libros de texto gratuitos se persigue de oficio, según dispone el artículo 429

A. Artículo 424 fracción I.

"Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa:
I. Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuye la Secretaría de Educación Pública".

Especular, según el Diccionario de la Lengua Española, significa "comercial, traficar", "procurar provecho o ganancia fuera del tráfico mercantil".

Evidentemente, el legislador consideró este delito como de mayor gravedad respecto de los de su género, y por ello estableció esta conducta como la única dentro de este Título que se persigue de oficio. Recordemos que los delitos que se persiguen de oficio, son aquellos cuyo bien jurídico protegido no es disponible. Claro está que la comisión de este ilícito presupone otros de diversa naturaleza, pues la distribución de estas obras es realizada por servidores públicos y debe hacerse de manera gratuita, por lo cual fácilmente se podrían presentar otros ilícitos, como robo, peculado, o diversos, afectando al mismo tiempo diferentes bienes jurídicos.

De acuerdo con Serrano Migallón, el bien jurídico tutelado por este tipo penal, es "la titularidad de la federación sobre el patrimonio cultural de la nación y el sistema educativo en su conjunto"⁵⁶.

En opinión de Osorio y Nieto, son diversos los bienes jurídicos tutelados por este tipo penal: "la facultad del Estado de distribuir sin costo los libros de texto gratuitos, la titularidad de los derechos autorales por parte del propio Estado, y el derecho de los destinatarios de tales obras a recibirlos gratuitamente"⁵⁷.

del Código penal federal.

⁵⁶ Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, op. cit., p. 193.

⁵⁷ *Delitos federales*, op. cit., pp. 438-439.

En efecto, la facultad del Estado de distribuir los libros gratuitos para transmitir el saber, se traduce en un deber del mismo de impartir la educación, conforme al artículo 3º constitucional, que a su vez establece el derecho de todos a la educación gratuita por lo que al especular con los libros de texto gratuitos se está vulnerando esta función estatal. La conducta típica que ahora se analiza también vulnera el derecho a la educación, así como la titularidad de los derechos autorales del Estado⁵⁸.

Si tomamos en cuenta que una de las finalidades de la cooperación cultural internacional es "hacer que todos los hombres tengan acceso al saber, disfruten de las artes y de las letras de todos los pueblos, se beneficien de los progresos logrados por la ciencia en todas las regiones del mundo y de los frutos que de ellos derivan, y puedan contribuir, por su parte, al enriquecimiento de la vida cultural", advertimos que con la comisión de este supuesto típico se lesiona la cultura, que por lo tanto, también es bien jurídico tutelado por este tipo penal⁵⁹.

B. Artículo 424 fracción II.

Se prevé idéntica sanción para el "editor, productor o grabador que a sabiendas produzca más número de ejemplares de una obra protegida por la Ley Federal del Derecho de Autor, que los autorizados por el titular de los derechos".

Este tipo penal es de los denominados propios o exclusivos, puesto que el sujeto activo requiere cierta calidad para poder incurrir en el supuesto ilícito: editor, productor o grabador que dolosamente produzca más ejemplares de una "obra protegida" que los autorizados.

⁵⁸ Aquí se debe tomar en cuenta que el aspecto moral de derecho del autor de la obra es perpetuo, por lo que sólo corresponderá a éste. Sin embargo, en el caso de los libros de texto gratuito, los privilegios patrimoniales de la obra pertenecen sólo al Estado, único facultado para editarlos y distribuirlos.

⁵⁹ Artículo IV.4 de la *Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional*.

Una producción mayor a la autorizada, constituye, según se ha dicho, una conducta fraudulenta, puesto que mediante el engaño se obtiene un lucro indebido respecto de las obras excedentes reproducidas y vendidas⁶⁰; sin embargo el tipo penal descrito no requiere que exista un lucro indebido (como si lo exige la fracción III del artículo 424), basta con la producción excedente para sancionar penalmente. Disponen los artículos 27, fracción I, y 31 de la ley autoral que los titulares de los derechos patrimoniales pueden autorizar o prohibir la reproducción de una obra en copias o ejemplares efectuada por cualquier medio, y que "toda transmisión de derechos patrimoniales deberá prever en favor del autor o del titular del derecho patrimonial, una participación proporcional en los ingresos de la explotación de que se trate, o una remuneración fija y determinada. Este derecho es irrenunciable". Los derechos patrimoniales, junto con los derechos morales constituyen el contenido del derecho de autor; al reproducir mayor número de obras que las autorizadas se está lesionando el aspecto patrimonial del derecho de autor, es decir, el derecho a obtener regalías; es éste, por tanto, el bien jurídico protegido por este precepto.

Señala Osorio y Nieto que el bien jurídico tutelado por este tipo penal es "el derecho que tiene el titular de los derechos autorales sobre cada ejemplar de la obra protegida que se produzca"⁶¹; yo agrego que es el derecho patrimonial de autor, consistente en recibir las regalías. Por su parte, Serrano Migallón afirma que el bien jurídico tutelado es "la titularidad de los derechos patrimoniales de autor, en sentido estricto, y en sentido amplio, el respeto a la voluntad de las partes contenida en el acto jurídico que transmite derechos patrimoniales de autor"⁶².

⁶⁰ Osorio y Nieto, *Delitos federales, cit.*, p. 440.

⁶¹ *Idem.*

C. Artículo 424 fracción III.

Asimismo se sanciona "a quien use en forma dolosa, con fin de lucro y sin la autorización correspondiente obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor".

Esta descripción penal fue introducida en la fracción III por las reformas de 1999 a que ya aludí. Anteriormente, esta conducta se tipificaba en el segundo párrafo de la fracción II. Se ha afirmado en la doctrina que nada aportó de nuevo la reforma aludida, puesto que no se especifica si el uso sin autorización ha de ser de una obra (reproducida ilícitamente) o de una obra genuina, por lo que ha de concluirse que se comete el delito en tratándose tanto de obras genuinas como falsificadas, siempre que el uso se lleve a cabo sin autorización del legitimado para otorgarla; aunque también se ha sugerido Interpretar la norma con criterio jurídico y con cautela⁶³. Coincido con la opinión de que al señalarse como objeto material la "obra protegida por la Ley Autoral" debe entenderse que la protección se extiende sólo a las obras genuinas, puesto que las falsificadas no son dignas de protección⁶⁴.

El alcance del verbo núcleo de este tipo penal es amplio. Debe tenerse presente que *uso* es la "acción de utilizar o valerse de algo"⁶⁵, por lo que podrían encuadrar en esta categoría todos las facultades que abarca el derecho patrimonial de autor; éstos son: reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico u otro similar, comunicación pública,

⁶² *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, *op. cit.*, p. 193.

⁶³ Al respecto cfr. Rangel Ortiz, Horacio, "La reforma de 1997 a la legislación autoral de 1996 y la Invasión del derecho de autor", *rev. cit.*, p. 344.

⁶⁴ Cfr. Rangel Ortiz, Horacio, "La reforma penal y la propiedad intelectual", *Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 29, 1999, p. 233.

⁶⁵ *Diccionario Enciclopédico Larousse*, p. 677.

distribución de la obra, importación, divulgación de obras derivadas mediante traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, así como "cualquier utilización pública de la obra" (artículo 27).

Todas estas posibilidades o facultades conforman los derechos patrimoniales del derecho de autor. Es éste el bien jurídico tutelado por el tipo penal que se estudia; aunque debido al amplio significado de la acepción "usar", entiendo que bajo ese verbo pueden encuadrar diversas conductas que lesionarían, consecuentemente, diferentes bienes jurídicos.

D. Artículo 424-bis, fracción I

"Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:

I. A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.

Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior".

Es evidente que el reproche que realiza la sociedad a través del legislador en contra de estos ilícitos es más severo que en los demás casos. Los ilícitos previstos en el artículo 424 *bis* son considerados graves de conformidad con el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales. Se califican como delitos graves, señala dicho precepto, "por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad". Sin embargo, considero que esta clasificación de gravedad ha tenido como objetivo cumplir los deberes internacionales establecidos en el TLCAN del que México es parte⁶⁶.

⁶⁶ En el artículo 1717.1 del TLCAN se prevé que las partes deben disponer de "procedimientos y sanciones penales que se apliquen cuando menos en los casos de falsificación de marcas o de piratería de derechos de autor a escala comercial...". Asimismo, en el artículo 1717.3 se estipula

Antes de la reforma de 1997 se tipificaba también la conducta de fabricar. Afortunadamente se suprimió esta hipótesis, toda vez que fabricar y producir son sinónimos, y que la producción ya se encontraba tipificada. Asimismo, por virtud de las mismas reformas se cambia la conducta de importar por la de introducir al país. Esta modificación también fue afortunada, puesto que el vocablo importar implica una acción lícita, que cuenta con autorización, por lo que no se podrían sancionar las introducciones lícitas al país. Por otra parte, se agrega la hipótesis de reproducir, anteriormente sólo se incluía producir. Se especifican las obras protegidas: obras, fonogramas, videogramas o libros. Finalmente, se establece que estas conductas afectan tanto derechos de autores como derechos conexos.

Prevalece en este supuesto típico el casuismo que se presenta en otros títulos del Código Penal (*vid.* capítulos tercero y cuarto de esta tesis), tal parece que la intención fue que no quedara ningún supuesto fuera de tipificación. Todas estas conductas hubieran podido englobarse bajo el supuesto de comercializar⁶⁷.

Se ha afirmado que el bien jurídico protegido por este supuesto es "el disfrute de los derechos autorales por parte del titular de éstos"⁶⁸. Sin embargo, no podemos afirmar que la tutela se refiera exclusivamente a los derechos autorales. Considero

que "Cada una de las Partes podrá prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, distintos a aquéllos del párrafo 1, cuando se cometan con dolo y a escala comercial". Más aún, el artículo 1718.14 establece que "México hará su mayor esfuerzo por cumplir tan pronto como sea posible con las obligaciones del Artículo 1718, y lo hará en un plazo que no exceda tres años a partir de la fecha de firma de este Tratado". En el artículo 1718 se establece la obligación de las Partes de adoptar procedimientos que permitan a los titulares de derechos de autor establecer defensas cuando tenga sospechas de que sus mercancías puedan ser "falsificadas o pirateadas".

⁶⁷ Comercialización "son los procesos necesarios para mover los bienes y servicios, en el espacio y en el tiempo, del productor al consumidor, obteniendo beneficios". Quintana Adriano, Elvia Arcella, "comercialización", en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, cit.*, p. 604.

⁶⁸ Osorio y Nieto, *Delitos Federales*, p. 443.

que se protegen también derechos conexos a los derechos de autor, y no sólo el disfrute, también el goce de los mismos.

Los objetos materiales en este ilícito penal son las obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor. Este ordenamiento incluye en el título relativo a los derechos conexos, los de artistas intérpretes o ejecutantes, editores de libros, productores de fonogramas, productores de videogramas y organismos de radiodifusión. El tipo penal que ahora se comenta incluye la tutela de los derechos sobre fonogramas y videogramas; por ello se afirma que los valores jurídicos son el aspecto patrimonial del derecho de autor y los derechos conexos.

El párrafo segundo del artículo que se cita tipifica una hipótesis de complicidad mediante la aportación de insumos destinados a llevar a cabo las conductas especificadas en el primer párrafo. No era necesario regularlas ahí, toda vez que el supuesto de complicidad ya se establecía en la fracción VI del artículo 13 del ordenamiento penal federal, con un tratamiento más benévolo. Sin embargo, esta figura se introduce "con el objeto de reprimir otras conductas que contribuyen a la consumación de otros delitos autorales, siempre que esas otras conductas se verifiquen a un nivel de complicidad"⁶⁹.

⁶⁹ Rangel Ortiz, Horacio, "La reforma penal y la propiedad intelectual", *rev. cit.*, p. 235.

E. Artículo 424 bis, fracción II

"Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:
II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación".

El texto de esta fracción, hasta antes de la reforma de 1999, se ubicaba en la fracción IV del artículo 424. Por virtud de dicha modificación son aplicables a esta conducta, penas más severas. Se sanciona la fabricación con ánimo de lucro de dispositivos o sistemas cuya finalidad sea desactivar dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación. Programa de computación --a decir de Osorio y Nieto-- es "la expresión original en cualquier forma, lenguaje o código, de un conjunto de instrucciones que con una secuencia, estructura y organización determinadas tiene como propósito que una computadora o dispositivo realice una tarea o función específica"⁷⁰.

Se cuestiona la conveniencia del verbo núcleo del tipo penal. Al aludir a "fabricar" se está hablando de producir objetos en serie, por lo que sería más conveniente utilizar el término "elaborar", es decir, "trazar, inventar o hacer algo"⁷¹. Por otra parte, el elemento subjetivo del injusto "ánimo de lucro", no es siempre perseguido por las personas que vulneran un dispositivo de seguridad; también se pueden perseguir otros objetivos⁷².

⁷⁰ Osorio y Nieto, *Delitos federales, cit.*, p. 444.

⁷¹ *Ibidem*, p. 445.

⁷² *Idem*.

El bien jurídico protegido por este supuesto típico, según se afirma, es "la seguridad y privacidad en la información contenida en el programa"⁷³, e indirectamente, el derecho a la intimidad.

Finalmente, existe una fuerte tendencia a proteger las prerrogativas patrimoniales de los derechos de autor. Recientemente (3 de diciembre de 2002), la Cámara de Diputados aprobó la reforma de los artículos 2 y 3 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, para efectos de incluir bajo su régimen de cuestionable constitucionalidad, la investigación de los delitos previsto por el artículo 424 bis del Código penal federal. En el dictamen aprobado por el Pleno (por 422 votos), se estableció que la reforma se daba en una búsqueda de proteger efectivamente la educación, la cultura, la ciencia y el arte, y fundamentalmente por el crecimiento de la actividad de producción y comercialización ilícitas de productos apócrifos, lo que coloquialmente se conoce como piratería.

En el dictamen también se afirmó que con la reforma se buscaba proteger el acervo cultural y la creatividad del pueblo mexicano, y que la ilícita actividad de la "piratería" atenta no sólo contra los intereses privados de los autores, artistas, industrias culturales y de comunicación, sino también contra "las fuentes de empleo, el erario público y la creatividad". Esta reforma es sin duda una victoria del sector privado derivado de las fuertes presiones que realiza Estados Unidos hacia México, para combatir la "piratería".

Con el mismo fin, la Comisión de Educación y Cultura del Senado de la República, aprobó un dictamen de reforma a la Ley Federal del Derecho de Autor, mediante la que se crea un nuevo gravamen a la compra de aparatos electrónicos de audio, video y equipo de cómputo, llamado "derecho compensatorio a la copia privada"

⁷³ *Ibidem*, p. 446.

aplicable a todo consumidor que adquiera un producto con capacidad de reproducir copias⁷⁴.

F. Artículo 424-ter.

"Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de cinco mil a treinta mil días multa, a quien venda a cualquier consumidor final en vías o en lugares públicos, en forma dolosa, con fines de especulación comercial, copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, a que se refiere la fracción I del artículo anterior.

Si la venta se realiza en establecimientos comerciales, o de manera organizada o permanente, se estará a lo dispuesto en el artículo 424-bis de este Código".

El precepto fue introducido en virtud de las reformas de 1999. Se sanciona la venta realizada a consumidores finales, de copias de obras protegidas por la ley autoral. A diferencia de lo establecido en la fracción I del artículo 424 bis, aquí se sanciona la venta en vías o lugares públicos y se le fija una sanción más benigna que para el caso de que se realice en establecimientos locales, de manera organizada o permanente; además, éste no es considerado delito grave. Sin embargo, apunta Rangel Ortiz la posibilidad de que los establecimientos comerciales se encuentren en lugares públicos, por lo que sugiere la conveniencia de utilizar el término "vías públicas"⁷⁵.

La introducción de esta figura puede atender a que la venta de mercancías apócrifas, sea por violación a los derechos de marcas o de autor. Generalmente se considera una manifestación del crimen organizado⁷⁶. Los bienes jurídicos tutelados por este tipo penal son los privilegios o prerrogativas patrimoniales de los derechos de autor, toda vez que con la conducta se les priva de su derecho a

⁷⁴ Cfr. Mejía, Angelina, "Crean nuevo gravamen a compra de tecnología", *El Universal*, www.eluniversal.com.mx, diciembre 13 de 2002.

⁷⁵ Cfr. "La reforma penal y la propiedad intelectual", *rev. cit.*, p. 237.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 8.

obtener regalías, y los derechos conexos por extenderse la tutela a fonogramas y videogramas.

G. Artículo 425.

"Se impondrá prisión de seis meses a dos años o de trescientos a tres mil días multa, al que a sabiendas y sin derecho explote con fines de lucro una interpretación o una ejecución".

Este precepto sanciona conductas que atentan contra los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, es decir, contra derechos conexos a los derechos de autor.

Los términos artista, intérprete o ejecutante se refieren al "actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín o cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión folklórica o alguna diversa actividad semejante a las anteriores. Las interpretaciones o ejecuciones son las manifestaciones de las mencionadas actividades, fijadas en forma visual, sonora o audiovisual"⁷⁷.

De conformidad con los artículos 117 y 118 de la Ley Federal del Derecho de Autor, los derechos de los intérpretes o ejecutantes son el derecho al reconocimiento de su nombre en sus interpretaciones o ejecuciones, derecho de oposición a cualquier deformación, mutilación o comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones, derecho a la fijación de éstas sobre un material, y derecho a la reproducción de la fijación de las interpretaciones o ejecuciones.

⁷⁷ Osorio y Nieto, *Delitos federales*, cit., p. 447. Cfr. asimismo el artículo 116 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Estos derechos son los que se pretende tutelar mediante la creación del tipo penal en comento, es decir, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes. Predominantemente, se protegen intereses económicos, y sólo un aspecto moral del reconocimiento del nombre en las interpretaciones o ejecuciones. De ahí que se afirme que un bien jurídico tutelado es el patrimonio de los titulares de los derechos conexos al derecho de autor.

Osorio y Nieto manifiesta que los bienes jurídicos tutelados por este precepto son "los derechos de intérprete o ejecutante o del productor que con aquéllos hubiese celebrado el contrato"⁷⁸; es decir, derechos conexos a los derechos de autor. La opinión de Serrano Migallón es en el sentido de que se tutela "la titularidad y goce de los derechos conexos al derecho de autor"⁷⁹.

H. Artículo 426, fracción I

"Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y de trescientos a tres mil días multa, en los casos siguientes:

I. A quien fabrique, importe, venda o arriende un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal".

Esta fracción es la transcripción del artículo 1707 del Tratado de Libre Comercio⁸⁰, excepto porque no se incluye la hipótesis de "cualquier acto que permita", que sí incluye el TLCAN. La hipótesis de "cualquier acto que permita" se contempla en la siguiente fracción del artículo 426 que ahora se comenta.

⁷⁸ *Delitos federales, cit.*, p. 448.

⁷⁹ *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, *op. cit.*, p. 193.

⁸⁰ Este precepto señala: "... Dentro del año siguiente a la entrada en vigor de este Tratado, cada una de las Partes deberá: (a) tipificar como delito la fabricación, importación, venta, arrendamiento o cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas, sin autorización del distribuidor

Se debe destacar que los organismos de radiodifusión son las entidades facultadas para emitir señales sonoras, visuales o ambas, susceptibles de percepción, por parte de una pluralidad de sujetos receptores (artículo 139 de la Ley Federal del Derecho de Autor). La misma ley establece como derechos de estos organismos de radiodifusión, los de autorizar o prohibir respecto de sus emisiones: retransmisión, transmisión diferida, distribución simultánea o diferida, por cable o por cualquier otro sistema, fijación sobre una base material, reproducción de las fijaciones y comunicación pública por cualquier medio y forma con fines directos de lucro (artículo 144 *ibidem*).

De ahí que las conductas respecto de los dispositivos o sistemas para descifrar una señal satelital cifrada que porte estos programas, sin autorización, vulneran los "derechos de los organismos de radiodifusión sobre las emisiones, transmisiones, comunicaciones en general, vía satélite", tal como lo afirma Osorio y Nieto⁸¹. Los derechos que aquí se mencionan, son los bienes jurídicos a los que se dirige la tutela penal en este caso.

Los derechos que aquí se protegen constituyen derechos conexos a los derechos de autor, de acuerdo con el tratamiento que les otorga la Ley Federal del Derecho de Autor. Por ello se afirma que los bienes jurídicos tutelados por esta fracción son "tanto los derechos de autor, en sus regímenes moral y patrimonial como los derechos conexos al derecho de autor"⁸².

legítimo de dicha señal...".

⁸¹ *Delitos federales, cit.*, p. 450.

⁸² Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, *op. cit.*, p. 194.

I. Artículo 426, fracción II

"Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y de trescientos a tres mil días multa, en los casos siguientes:

II. A quien realice con fines de lucro cualquier acto con la finalidad de descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal".

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte prevé el deber de las partes de tipificar como delito la comisión de cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal (artículo 1707). Nuestro país, en acatamiento de dicha disposición, tipificó esta conducta en la fracción II de este precepto.

La definición legal que aquí se estudia, según se ha dicho, puede parecer una forma de participación en otro delito⁸³. Sin embargo, considero que se trata de un grado de comisión del delito, puesto que no se puede determinar qué tipo de acto se lleva a cabo "con la finalidad de descifrar", es decir, aún no se descifra la señal satelital, solamente se llevan a cabo actos. De atender al texto del artículo 12 del Código Penal Federal, advertimos que efectivamente se tipifica una tentativa de manera especial, lo cual resultaba innecesario, pues se contaba el supuesto en la parte general de Código Penal. El artículo 12 dispone: "existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

⁸³ Cfr. Osorio y Nieto, *Delitos federales, cit.*, p. 451.

Al tratarse de una tentativa de lo preceptuado en la fracción I del artículo en cita, resulta que los bienes jurídicos tutelados son los derechos conexos que se detallaron para el caso anterior, es decir, "los derechos de los organismos de radiodifusión sobre las emisiones, transmisiones, comunicaciones en general, vía satélite"⁸⁴.

J. Artículo 427.

"Se Impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa, a quien publique a sabiendas una obra substituyendo el nombre del autor por otro nombre".

Es ésta la conducta coloquialmente denominada "plagio". Se trata de la más grave violación a los derechos de autor, puesto que se lesiona el aspecto moral, al tiempo que se daña la faceta patrimonial del mismo. El término plagio proviene de dos raíces: "*plagium*, [gr. Pláglon, de plagios, engañoso, oblicuo] n. plagio; apropiación, robo [de un hombre]", y "*plagiarius*, [plagium] m. plagiario [=el que roba esclavos de otro; el que compra o vende como esclavo a una persona libre] [ref. a un autor] plagiario"⁸⁵; es decir, "secuestro", "venta de un hombre libre como esclavo", y plagiario, *plagiarius*, que significa "torturador, opresor, saqueador, ladrón". En sentido derivado, el plagiario es un "ladrón literario", "uno que pretende ser el autor de un libro que escribió otra persona"⁸⁶.

Aunque no se exige en este supuesto los fines de lucro o la escala comercial, también se vulneran los derechos patrimoniales, porque se priva al autor de las

⁸⁴ *Ibidem*, *cit.*, p. 452.

⁸⁵ Segura Munguía, Santiago, *Diccionario etimológico latino español*, Madrid, España, 1985.

⁸⁶ Gómez Fregoso, "Plagiaros y piratas: reflexiones sobre la ética de los derechos de autor", *rev. cit.*, p. 169. Cfr. asimismo Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, *cit.*, p. 12.

regalías que le corresponden (*vid.* artículo 31 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que transcribí líneas arriba).

Señala Osorio y Nieto que este tipo penal tutela el "reconocimiento de su calidad de autor al creador de la obra"⁸⁷. Efectivamente, entre las prerrogativas morales que la ley reconoce a los autores, destaca el "exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima" (artículo 21, fracción II).

Vale la pena señalar que aquí se estableció la sanción sólo para las conductas que se consideraban más gravemente lesivas de los derechos de autor. Sin embargo, considero que debió tipificarse también la alteración o modificación de la obra, puesto que el autor tiene derecho a "exigir el respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor" (*ibidem*, fracción III). Asimismo, sería conveniente tipificar también la usurpación del autor, que se presenta cuando a una obra se le adjudica falsamente el nombre de algún autor, valiéndose de la fama que tiene éste, perjudicando su prestigio, puesto que el autor tiene derecho a "oponerse a que se le atribuya ... una obra que no es de su creación" (*ibidem*, fracción VI). Vale la pena ponderar la gravedad de las lesiones a los derechos de autor, que se presente en cada caso.

Finalmente, en los artículos restantes de este título (428 y 429), no se establece tipificación alguna, en realidad se establecen reglas para la imposición de la sanción pecuniaria y se fija como requisito de procedibilidad la querrela para la mayoría de ellos, por lo que ahí no se tutela ningún bien jurídico.

⁸⁷ *Delitos federales, cit.*, p. 453.

V. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

1. Consideración introductoria

Se ha mencionado a lo largo de este capítulo la específica tutela penal del Título Vigésimo sexto del Código Penal Federal en materia autoral. Tal como señalé al inicio del capítulo, la tutela penal no está solamente referida a los derechos de autor, sino se protegen también los derechos conexos a los derechos de autor y de manera indirecta bienes jurídicos como la cultura y la economía.

Para corroborar la hipótesis anterior, tomemos en cuenta los bienes tutelados en cada tipo penal que se desarrolló en el apartado precedente. El previsto en el artículo 424 fracción I, tutela el acceso a la educación gratuita (es decir, el sistema educativo), la facultad exclusiva del Estado en la distribución de libros de texto gratuitos, y el derecho de editor del Estado (derecho conexo al derecho de autor); artículo 424 fracción II, se protege el derecho patrimonial de autor a obtener regalías, a la reproducción de la obra, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio (incluye también derechos conexos); 424 bis fracción I, se tutela el aspecto patrimonial de los derechos de autor y los derechos conexos; 424 bis fracción II salvaguarda la seguridad y privacidad en la información contenida en el programa de computación; 424 ter protege el aspecto patrimonial de los derechos de autor y los derechos conexos sobre fonogramas y videogramas; 425 tutela el patrimonio de los titulares de los derechos conexos a los derechos de autor (artistas, intérpretes, ejecutantes y productor), así como su titularidad y goce de los derechos conexos; y, el artículo 426 fracción I protege los derechos de los organismos de radiodifusión sobre las emisiones, transmisiones, comunicaciones en general, vía

satélite (es decir, derechos conexos). El artículo 427 es el único destinado a tutelar los privilegios morales del derecho de autor, específicamente, derecho al reconocimiento de la calidad de autor, a disponer si la divulgación se efectúa como anónima o pseudónima, a que no sea mutilada, deformada o modificada la obra, y a que no se le atribuya una obra que no es de su creación.

En efecto, los bienes jurídicos tutelados por los artículos que conforman el título relativo, protegen el aspecto patrimonial del derecho de autor y los derechos conexos al mismo, sólo un tipo penal se destina a proteger el aspecto moral; de ahí que pueda afirmarse que la introducción de este título es de tinte económico. Fundamentalmente se concluye que el nombre del título en cuestión del Código Penal Federal se refiere sólo a una parte de la tutela: los derechos de autor, pero olvida mencionar a los derechos conexos al mismo.

También se protegen la cultura y la economía, pero no sólo esos bienes. La figura conocida popularmente como "piratería" fue la conducta generadora de la necesidad de tipificar estos ilícitos. La piratería atenta no solamente contra los derechos privados "de los autores, los artistas y las industrias culturales y de la comunicación, sino también contra las fuentes de empleo, el erario público y la creatividad"⁸⁸.

En otros instrumentos podemos encontrar el espíritu que impulsó la tutela de los derechos de autor. Así, de la Constitución de los Estados Unidos se desprende la intención de "fomentar el progreso de la ciencia y de las actividades artísticas útiles". De nuestra Constitución de Apatzingan, de 1814, se observa que la tutela buscaba la "ilustración de los pueblos". De los considerandos del Dictamen de la Cámara de Diputados en el proceso legislativo de la ley autoral se observa la

⁸⁸ Serrano Migallón, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor...*, op. cit., p. 186.

búsqueda de protección de la "creación". Finalmente, en el *Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* se plasmó la intención de proteger el honor y la reputación del autor mediante la protección del derecho moral.

De manera general, se puede concluir que todos estos objetivos de tutela buscan proteger la cultura.

2. Bienes indirectamente tutelados

A. La cultura

Se destacó en la iniciativa presidencial de la Ley Federal del Derecho de Autor, que su principal objetivo era "la protección de los derechos de los autores de toda obra del espíritu y del ingenio humanos, de modo que se mantenga firme la salvaguarda del acervo cultural de la nación y se estimule la creatividad del pueblo en su conformación y diversidad cultural, de acuerdo con la modernización de las instituciones jurídicas, políticas y sociales que el momento actual de la República reclama".

Al respecto, deben tomarse en cuenta tres premisas: a) "Todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura" (artículo 1.2 de la *Declaración de los principios de la cooperación cultural internacional*⁸⁹); b) "todas las culturas forman parte del patrimonio común de la humanidad" (artículo 1.3 *ibidem*); y c) entre las finalidades de la cooperación cultural se establecen "hacer que todos los hombres tengan acceso al saber, disfruten de las artes y de las letras de todos los pueblos,

⁸⁹ Proclamada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su 14ª reunión, celebrada el 4 de noviembre de 1966. Cfr. Pacheco Gómez, Máximo, *Los derechos humanos. Documentos básicos, op. cit.*, p. 1285.

se beneficien de los progresos logrados por la ciencia en todas las regiones del mundo y de los frutos que de ellos derivan, y puedan contribuir, por su parte, al enriquecimiento de la vida cultural". Y ya que los tipos penales en materia de derechos de autor tutelan los aspectos que acabo de señalar, se puede concluir que con la comisión de delitos contra los derechos de autor se vulnera el bien jurídico cultura.

De manera específica, para el caso de la fracción I del artículo 424 del ordenamiento punitivo, como se señaló anteriormente, se protege el derecho de los habitantes de acceder a la educación gratuita, la facultad-deber del Estado de hacer llegar a la población el conocimiento, y el derecho de editor del Estado sobre los libros de texto gratuitos. El cúmulo de conocimientos de un grupo social constituye lo que se conoce como cultura. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, cultura es un "conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época o grupo social". Aunado a lo anterior, recordemos que el reconocimiento de los derechos de autor emergió hasta que el grado de cultura era elevado.

B. La economía

El hecho de que la protección a los derechos de autor haya tenido como origen las tensiones comerciales que existían entre diversos países, y que por este hecho se haya accedido a la firma de instrumentos internacionales de corte comercial que incluyen la protección de estos privilegios, nos permite observar el interés de carácter mercantil de la tutela.

Asimismo, en nuestro Código penal federal también se encuentran tipos penales dirigidos a la protección de aspectos patrimoniales del derecho de autor, como es

el caso del artículo 425, que predominantemente tutela derechos conexos a los derechos de autor, por supuesto, de carácter patrimonial.

Debo destacar que los tipos penales que se han establecido en la materia requieren para su sanción que las conductas sean llevadas a cabo con ánimo de especulación comercial, excepto en el caso del plagio contemplado en el artículo 427 del código represivo. Es éste el punto de partida para aseverar que se tutela el aspecto patrimonial del derecho de autor y derechos conexos.

Recordemos que una de las presiones fundamentales para llevar a cabo esta penalización, es la lucha contra la piratería, y que los Estados Unidos presiona a las naciones mediante la publicación de una lista de países que luchan contra este ilícito y de los países considerados piratas⁹⁰. También es de tomarse en cuenta que Estados Unidos es el país principalmente interesado en la protección del software informático, pues es el primer país generador de estos insumos.

⁹⁰ En el dictamen de la Cámara de Diputados, del Decreto para reformar los artículos 2 y 3 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 27 de noviembre de 2002, se señaló que México ocupa el tercer lugar mundial en el mercado ilegal de música grabada. Asimismo, según datos de la Dirección de Inteligencia de la Policía Federal Preventiva, a nivel mundial México ocupa el tercer lugar como país "pirata", tan solo debajo de China y Rusia. En consecuencia, México ocupa el primer lugar en "piratería" en América Latina. Grupo Reforma, "Es México el 'rey' de la piratería", www.reforma.com.mx, 4 de diciembre de 2002.

CAPÍTULO SEXTO DELITOS CONTRA EL AMBIENTE Y LA GESTIÓN AMBIENTAL

I. INTRODUCCIÓN

Este es el último capítulo de la tesis que ahora se presenta. Corresponde el estudio de los llamados "delitos contra el ambiente y la gestión ambiental", como los denomina el Título Vigésimo Quinto, de nuestro Código Penal Federal. Hasta antes del 6 de febrero de 2002, el Título Vigésimo Quinto se denominaba "delitos ambientales", denominación que se daba en función de la naturaleza de los tipos ahí albergados y no, como es recomendable, según se precisó *supra*, atendiendo a los bienes jurídicos que se tutelan. Afortunadamente, la imprecisión fue subsanada por virtud de la reforma de 6 de febrero, estableciéndose a partir de entonces, con precisión, los bienes jurídicos tutelados por este título: el medio ambiente y la gestión ambiental¹, sin que esta afirmación implique que la reforma haya sido afortunada. Adelantemos que atendiendo a la concepción antropocéntrica del medio ambiente, éste se tutela en la medida en que su lesión es peligrosa para la salud y vida humanas.

Estos delitos fueron recientemente incorporados en nuestro Código penal federal, pero no son novedosos. Anteriormente algunos de éstos se encontraban tipificados de manera especial en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LEGEEPA), en la Ley Forestal y en la Ley Federal de Caza². Fue hasta 1996 cuando se incorporaron al ordenamiento penal sustantivo, más tarde, en el

¹ En España, el título relativo del Código Penal se denomina "De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en atención al bien jurídico que se tutela. Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *Delitos contra el medio ambiente*, tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 15.

² Respecto de los antecedentes de estas tres leyes cfr. Osorio y Nieto, *Delitos federales*, cit., pp. 379-382.

año 2002, se reestructuró radicalmente el título, conforme se comentará líneas abajo. Y toda vez que el objeto de estudio de esta tesis radica en identificar los bienes jurídicos que en los últimos tiempos han adquirido mayor reconocimiento en la conciencia social, se estudian aquí a los delitos contra el medio ambiente sólo por cuanto hace a su objeto de tutela.

A decir de Osorio y Nieto, podemos definir como "delitos contra el medio ambiente toda acción u omisión que dañe o ponga en peligro el conjunto de elementos naturales o inducidos por el hombre que interactúan en espacio y tiempo determinado, con grave peligro para la salud humana, la flora, la fauna y los ecosistemas, y que se sancionan penalmente". Es ésta una definición que atiende a los bienes jurídicos que se tutelan. Los delitos en materia de caza son, según el mismo autor, "los actos u omisiones que dañen o pongan en peligro de cualquier manera la fauna silvestre que subsiste libremente en el territorio nacional, y que tipifica como tales el Código Penal Federal". Asimismo, los "delitos forestales son los actos u omisiones que dañan los recursos forestales de la nación y que sancionan los respectivos preceptos del Código Penal Federal"³.

Ahora bien, la tutela penal del medio ambiente se hizo necesaria a partir de que la contaminación ambiental comenzó a causar estragos. Actualmente, son alarmantes no sólo los niveles de contaminación, también preocupan a la sociedad los daños irreversibles causados a la flora y fauna, y a la biodiversidad privilegiada con que cuentan algunos países, es el caso de México⁴. La extinción de especies ha tomado

³ *Delitos federales, cit.*, p. 382.

⁴ Se ha confirmado que en un árbol de Chiapas existen más variedades de insectos que en toda Inglaterra. Así, en México, el número de plantas medicinales es de los más grandes en el mundo, junto con China y la India, ya que supera las tres mil plantas, todas nativas. Así pues, México posee una de las biotas más grandes e interesantes del planeta, llegando a un 12 por ciento de la mundial y a un 51 por ciento de las especies de aves que migran desde Norteamérica. Sin embargo, su deterioro también es impresionante. La deforestación en nuestro país, en los años

un ritmo acelerado en los últimos años, al grado de considerar en 1996, que en los siguientes treinta años desaparecería de la tierra más de un 25% de estas especies. Al reducirse el acervo biológico del mundo, que supera los treinta millones de especies de plantas, animales y microorganismos, se priva a la humanidad de una riqueza con grandes beneficios, como los usos medicinales.

Por ello las naciones han llevado a cabo esfuerzos conjuntos plasmados en diversos instrumentos internacionales; no obstante, el deterioro ambiental avanza, el calentamiento del planeta es irreversible; asimismo, la contaminación de aguas internacionales, la destrucción de la capa de ozono, la deforestación, la destrucción de la biodiversidad y los desechos. El problema es tan grave, que se ve amenazada la subsistencia de más de novecientos millones de personas en cien países, así como el veinticinco por ciento de la superficie total de la tierra⁵. En México, la conciencia respecto de la protección del medio ambiente surgió en los últimos treinta años, en los cuales se han creado leyes, instituciones jurídicas, organismos gubernamentales y no gubernamentales, así como acuerdos internacionales y regionales, en búsqueda de la solución al problema ambiental⁶.

Los antecedentes de esta cuestión en el mundo se remontan, según se ha dicho, hacia mediados del siglo XVIII durante la Revolución Industrial en Inglaterra. En el contexto de esta Revolución se presentaron de manera paralela dos procesos muy importantes para la materia que ahora se estudia. El primero se caracterizó por la revolución en los procesos de producción industrial que trajo como consecuencia la

ochenta, fue de 801 mil hectáreas, es decir, 1.6% por año, sufriendo tal embate las selvas tropicales, las cuales han sido destruidas en más de un 90 por ciento. García Moreno, Víctor Carlos, "Derecho Internacional, ecología, desechos peligrosos y otros temas", *Lex*, 3ª época, año II, abril 1996, núm. 10, p. 41.

⁵ García Moreno, *ibidem*, pp. 40-42.

concentración demográfica. El otro proceso fue un movimiento sordo, que se mantuvo inadvertido, hasta hace unas cuantas décadas: se trata del "consumo masivo de recursos naturales"⁷.

Es por ello que se atribuye el deterioro ambiental a los procesos de producción capitalistas; según se afirma, el modelo económico que prevalece está sustentado en uno de "bienestar individual y de desarrollo integral valorado en gran medida por el solo crecimiento económico"⁸. En efecto, el ser humano ha dado más importancia al desarrollo individual que al desarrollo sustentable que busque la conservación de los elementos ambientales para el disfrute de las generaciones futuras⁹. Muchos atentados ecológicos son permitidos y fomentados por las políticas económicas y sociales que se fundamentan en la idea de que el precio inevitable que se paga por el progreso es la destrucción ambiental. "A nivel internacional los crímenes ambientales obedecen a este esquema, los países ricos que trafican con sus residuos"¹⁰.

⁶ Cfr. Carmona Lara, María del Carmen, "Legislación ambiental en el Distrito Federal", *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre 1996, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 817.

⁷ Libster, Mauricio, *Delitos ecológicos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, p. X. Señala el mismo autor: "a partir de la necesidad técnica de combustibles fósiles para el funcionamiento de las calderas de la maquinaria, la escalada contaminante, hoy en su mayor expresión, tuvo inicio de una manera incipiente". *Idem*.

⁸ Roqué Fourcade, Elsa, "Reflexiones sobre la eficacia de las medidas en materia ambiental", *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996, p. 535.

⁹ El "desarrollo sustentable" es el "proceso evaluable mediante criterios e indicadores del carácter ambiental, económico y social que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, que se funda en medidas apropiadas de preservación del equilibrio ecológico, protección del ambiente y aprovechamiento de recursos naturales, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras" (artículo 3o, fracción XI de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en lo sucesivo LEGEEPA).

¹⁰ Rodas Monsalve, Julio César, "Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal Colombiano", *Derecho penal y criminología*, vol. XVIII, núm. 59, mayo/agosto 1996, Colombia, p. 79.

El origen de la necesidad de la tutela ambiental, a decir de Rodríguez Ramos, radica en el desarrollo industrial y urbano de los años sesenta¹¹; por su parte, Carmona Lara refiere que en la ciudad de México, la toma de conciencia respecto de los problemas ambientales surge a finales de la década de los sesenta, momento en el que aparecen las primeras regulaciones para el control de la emisión de contaminantes¹². Mediante la tipificación de estos delitos, se sancionan procesos que reúnen determinados rasgos diferenciadores; los rasgos característicos de los delitos ambientales son los siguientes: "en primer lugar, se describe en él (delito ambiental) una serie de procesos resultativos; en segundo lugar, se requiere que en dichos procesos concurra la infracción de normas administrativas; y, en tercer lugar, se exige que de dichos procesos se derive un riesgo para el medio ambiente"¹³.

De estas consideraciones podemos destacar que la ilicitud penal de las conductas que lesionan el medio ambiente, depende de la ilicitud administrativa. Es decir, los tipos penales en la materia, requieren que se carezca de autorización conforme a la ley ambiental, forestal o de caza; por lo que si se cuenta con licencia administrativa, las conductas lesivas del ambiente no encuadrarían en el tipo penal. Esta situación encuentra justificación en la medida en que el "desarrollo económico" es indispensable para obtener cierta calidad de vida humana y la manera idónea para compaginar estos dos bienes jurídicos es permitir que el legislador decida en qué medida y en qué casos predomina el desarrollo

¹¹ "La protección penal del medio ambiente en España", en De la Cuesta Arzamendi, José Luis y Fernández Casadevante, Carlos (editores), *Protección internacional del medio ambiente y Derecho ecológico*, España, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1987, p. 183. En el mismo sentido, Libster, *Delitos ecológicos*, cit., p. 10.

¹² Cfr. "Legislación ambiental en el Distrito Federal", rev. cit., p. 817.

¹³ Silva Sánchez, Jesús María, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 26.

económico sobre el medio ambiente¹⁴; fundamentalmente interesa la adecuación social de la conducta.

En segundo lugar, se evidencia que los delitos contra el ambiente entran en la categoría de "delitos de peligro", aquellos en los que no se requiere una lesión en sentido estricto al bien jurídico para sea posible su persecución, sino basta con que el medio ambiente se ponga en riesgo para que dicha conducta sea cuestionable penalmente. Cuando se trata de bienes jurídicos de carácter supraindividual, generalmente se recurre a la técnica legislativa del peligro abstracto, pues en tal caso el carácter difuso del bien jurídico dificulta la valoración de su lesión, aunado a que generalmente estos bienes jurídicos no resultan lesionados con una sola conducta, sino con la repetición de ésta¹⁵.

Aquí es necesario distinguir la relación que existe entre la conducta y el objeto de la acción, y la conducta y el objeto del bien jurídico, puesto que bien podría tratarse de delitos de resultado por cuanto hace al objeto de la acción; empero, respecto del bien jurídico se trataría de un delito de peligro. En otras palabras, "sería el resultado de la acción lo que convertiría a ésta, en su caso, en peligrosa"¹⁶.

Otra característica de estos delitos, es que tutelan bienes jurídicos difusos, es decir, aquellos respecto de los cuáles no es identificable un ofendido individual, puesto que corresponden a la totalidad de la sociedad, no sólo nacional, sino

¹⁴ En el mismo sentido encontramos una tesis jurisprudencial española del 4 de noviembre de 1982: "el desarrollo económico es igualmente necesario para lograr la calidad de vida, por lo que la conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma en que en cada caso decida el legislador competente ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el 'desarrollo económico'". Cit. en Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 20, n. 12.

¹⁵ Cfr. Libster, *Delitos ecológicos*, cit., p. 176-177.

internacional, y por ello son llamados delitos de lesa humanidad. Los delitos contra el medio ambiente lesionan un bien que corresponde a la humanidad, sujeto no identificable individualmente, de ahí que baste la puesta en peligro del bien jurídico para convertir la conducta en típica.

Y es que la misma evolución del Derecho penal denota un cambio en el sentir de la sociedad; si en un principio se tutelaban bienes individuales *v. gr.* la vida, la integridad física, la propiedad, etc., actualmente existe una evolución hacia la tutela de bienes colectivos, a los que también se les ha denominado intereses difusos¹⁷. Intereses difusos, *strictu sensu*, son los que responden a las siguientes características:

“1. Cuentan con una radicación y una dimensión territorial, esto es, son portadores (consciente o inconscientemente), sujetos entre sí reunidos (o reunibles) en una dimensión territorial.

2. Expresan una necesidad de reorganización en un determinado ámbito territorial en forma tal, que les permite satisfacer exigencias primarias o también no primarias, en tanto que este término se entienda en el estricto sentido de materiales, de los sujetos allí asentados.

3. En ausencia de un vínculo territorial, es difuso el interés común y no general, propio de todos los individuos componentes de un grupo y, por tanto, no implica sacrificio de alguno; es homogéneo y no heterogéneo, atendiendo a este carácter pueden considerarse difusos sólo aquellos que presuponen un bien susceptible de goce no separado y necesariamente conjunto, por naturaleza o por ley, por parte de un conjunto de coasociados (ambiente, ordenamiento del territorio, etcétera).

4. Finalmente, caracterizamos comprensivamente como difusos aquellos intereses que pertenecen a todos y cada uno de los que conformamos una colectividad humana, que se nuclean en torno de un bien de la vida (*Lebensgüt*) y que, siendo lesionados, carecen de vías de tutela en función del desconocimiento real de aquellos que han sido afectados o, conocidos, por la falta de legitimación procesal del colectivo para hacer valer el interés particular¹⁸.

La tutela del medio ambiente ha generado la aparición de nuevas disciplinas: el Derecho penal ecológico y el Derecho penal ambiental. El primero ha sido definido

¹⁶ Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, *cit.*, p. 24.

¹⁷ Cfr. al respecto, Hernández Martínez, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997, serie G: Estudios doctrinales, núm. 184, pp. 88 y ss.

como "el conjunto de normas jurídicas de contenido penal tendientes a la protección del entorno en el que el hombre vive y con el que se relaciona"; en tanto que el Derecho penal ambiental "incluira la tutela del medio social, creado por el hombre, dentro del cual también vive y con el que se interrelaciona"¹⁹. La distinción de estas disciplinas tienen mucho que ver con el concepto de medio ambiente, que detallaré en el último apartado de este capítulo. Adelanto por ahora que medio ambiente, según la doctrina alemana, es "el compuesto por los elementos biológicos que constituyen el entorno natural dentro del cual se desenvuelve la vida del hombre' incluyendo también el mundo animal y las plantas, a los cuales se les reconoce la calidad de objeto de tutela en todas las ocasiones en que por medio de ellos viene perseguida la tutela de la salud humana"²⁰.

En México, como en España, los rasgos característicos de esta disciplina penal de protección al ambiente han sido el aumento de tipos penales y su alcance, el incremento de penas²¹ y la búsqueda de responsabilidad en los empresarios. Así se verá en los comentarios a los antecedentes legislativos en el siguiente apartado.

Aunque la materia sea relativamente novedosa, existe una vasta bibliografía al respecto, en crecimiento la de origen nacional; también se cuenta con Infinidad de instrumentos internacionales cuyo objeto ha sido la protección del medio ambiente²².

¹⁸ *Ibidem*, p. 95.

¹⁹ Libster, *Delitos ecológicos*, cit., p. 171.

²⁰ Libster, *Delitos ecológicos*, cit., pp. 5-6.

²¹ Cfr. Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 15.

²² Respecto de los convenios internacionales cfr. Székely, Alberto, *Instrumentos fundamentales de Derecho Internacional público*, t. V *Estudio Introductorio*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, pp. 2899-3359.

No podemos hacer a un lado que la persecución de este tipo de delitos se enfrenta con algunas dificultades. En principio de cuentas, convergen factores de carácter social, tales como el prestigio de los autores del delito, la connivencia entre clase política y agentes económicos privados, lo estigmatizante de las sanciones; además, los autores de estos delitos se valen de organismos colectivos que cuentan con una cadena de mandos que imposibilitan el deslinde de responsabilidades subjetivas; finalmente, la fuerza económica de los autores ejerce presión sobre la impartición de justicia e impide su sanción²³.

La protección del medio ambiente tiene fundamento en el artículo 4º de nuestra Carta Magna. El quinto párrafo del artículo invocado dispone que toda "persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar". Esta tutela constitucional también es reciente. Dicho párrafo fue incorporado por reforma publicada el 28 de junio de 1999. Los antecedentes se estudiarán adelante. Sin embargo, la protección constitucional del medio ambiente ya encontraba acomodo en nuestro máximo ordenamiento; así, su artículo 25, párrafo sexto, señala que el impulso a las empresas de los sectores social y privado se otorgará "sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente"²⁴. Asimismo, el artículo 27 párrafo tercero, dispone que la "Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su

²³ Al respecto cfr. Terradillos Basoco, Juan, *El delito ecológico*, Madrid, Ed. Trotta, 1992, pp. 60 y ss.

²⁴ Adición mediante "Decreto que reforma y adiciona los artículos 16, 25, 26, 27, fracciones XIX y XX; 28, 73, fracciones XXIX-D; XXIX-E; y XXIX-F de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983.

conservación²⁵, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de plantear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico²⁶; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales²⁷ y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad”.

De estos preceptos se advierte la competencia federal en la protección al ambiente, pues corresponde primordialmente a la Nación legislar en la materia; sin embargo, la materia se ha catalogado como concurrente. Específicamente, compete al Congreso de la Unión la regulación de la protección al ambiente, conforme lo establece el artículo 73, fracción XXIX-G de la Constitución, que señala corresponde a este órgano la expedición de “leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los Municipios, en el

²⁵ Específicamente esta protección ya se encontraba desde el texto original de la Constitución de 1917. Posteriormente, se modificó, pero conservó su espíritu, por virtud del “Decreto por el que se reforma el párrafo tercero del artículo 27; se adiciona el artículo 73 con las fracciones XXIX-C y el artículo 115 con las fracciones IV y V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 6 de febrero de 1976.

²⁶ Esta tutela se introdujo por virtud del “Decreto por el que se reforma el párrafo tercero del artículo 27; y se adiciona una fracción XXIX-G al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de agosto de 1987.

²⁷ Este enunciado se podía encontrar ya en el texto original de la Constitución Política de 1917.

ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico²⁸. También corresponde al Congreso de la Unión revisar las medidas que establezca el Consejo de Salubridad General para prevenir y combatir la contaminación ambiental, según dispone el mismo artículo 73, fracción XVI, 4a.

En ese tenor, la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente establece que "la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios ejercerán sus atribuciones en materia de preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, de conformidad con la distribución de competencias prevista en esta Ley y en otros ordenamientos legales" (artículo 4º.), e inmediatamente enlista de manera específica las facultades de la Federación, de los Estados y de los Municipios.

En realidad, como lo señala Elsa Roqué, se trata de facultades coincidentes entre la Federación y los Estados, no facultades concurrentes. Facultades concurrentes son las que "... cedidas expresamente a nivel federal son ejercidas por los estados en tanto la Federación no hace uso de ellas'. Para la concurrencia es preciso la capacidad de legislar puesto que significa el concurso o la participación en la acción de gobierno en sentido amplio y el municipio no tiene poder legislativo"²⁹. Es por ello que se ha afirmado se trata de facultades coincidentes, puesto que los tres niveles de gobierno actúan sobre una misma materia de manera simultánea y de modo compatible³⁰. Vayamos ahora al estudio de los conceptos fundamentales

²⁸ Esta fracción fue incorporada por virtud del "Decreto por el que se reforma el párrafo tercero del artículo 27; y se adiciona una fracción XXIX-G al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de agosto de 1987.

²⁹ "Reflexiones sobre la eficacia...", *rev. cit.*, p. 548.

³⁰ A decir de Enrique Sánchez Bringas, las facultades coincidentes o compartidas se refieren a las "materias en que la Constitución permite a la Federación y a los estados desarrollar la misma

que se manejan en la protección del medio ambiente, para enseguida, estudiar los antecedentes legislativos en la protección constitucional y penal del medio ambiente.

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.- Consideración introductoria

Para elaborar este capítulo de tesis, hemos ido identificando los bienes jurídicos que directamente se tutelan por las hipótesis delictivas del Título que comprende los delitos contra el medio ambiente y la gestión ambiental. Realizando una síntesis de los bienes jurídicos protegidos, tenemos que éstos son los siguientes: los recursos naturales, la flora silvestre, la fauna silvestre, los ecosistemas, la calidad del agua, los recursos forestales, los suelos y subsuelos y la diversidad biológica y ambiente. A este objeto de protección debe agregarse la bioseguridad, la salud pública y la gestión ambiental.

atribución. También se denominan coincidentes porque los sujetos de la distribución competencial coinciden en el desarrollo de la misma atribución. En forma inexacta una parte de la doctrina no sólo identifica estas facultades como 'concurrentes', sino que impulsó a que ese error se estableciera en el texto constitucional: el artículo 73.XXIX-C faculta al Congreso para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, y, de los estados y de los municipios, en materia de asentamientos humanos. Trátase, en realidad, de facultades compartidas ya que la concurrencia es un fenómeno diferente... Además de la coincidencia de facultades en materia de asentamientos humanos, disponemos de otros ejemplos en los siguientes rubros: el ejercicio de la función educativa, conforme a las reglas contenidas en el artículo 73.XXV en relación con el 3º., ambos de la Constitución; y el último párrafo del artículo 117.IX constitucional".

Respecto de las facultades concurrentes, continúa el autor, "esta clase de atribuciones tienen su origen en el derecho constitucional de Estados Unidos y, específicamente, en las decisiones pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia de ese país, en cuanto a las controversias suscitadas entre los estados y la Federación por la definición de atribuciones. El problema se plantea conforme a la siguiente pregunta: ¿qué sucede cuando la Federación ha sido omisa en el desarrollo de una facultad que los estados le delegaron? La respuesta es que los estados tienen el derecho de reasumir y ejercer la facultad porque las atribuciones que entregaron a las autoridades federales no deben dejar de realizarse. A esta reasunción de atribuciones se le denomina 'facultades concurrentes' porque las entidades federativas concurren a su ejercicio". *Derecho constitucional*, México, Ed. Porrúa, 1995, pp. 312-313.

Debo precisar que los bienes señalados anteriormente (a excepción de la salud pública, gestión ambiental y bioseguridad) forman parte de lo que se conoce como medio ambiente. Estos elementos constituyen el entorno vital del hombre, por lo que cualquier daño o puesta en peligro de los mismos trasciende en la modificación del medio ambiente y consecuentemente en cada individuo. De acuerdo con la LEGEEPA, ambiente es "el conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados" (artículo 3, fracción I).

Así también lo sostiene Mauricio Libster, quien afirma que el entorno natural se integra por "los recursos naturales vivos o biológicos (biosfera), que son la flora, la fauna, el suelo agrícola y el hombre; y por los recursos naturales inertes, que son la tierra no agrícola, las aguas (hidrósfera), los minerales (litósfera), la atmósfera, el espacio aéreo, los recursos geotérmicos, la energía primaria y los recursos escénicos y panorámicos"³¹. En el mismo sentido se ha sostenido que el contenido de este bien jurídico es "el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales del desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con subsistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales"³².

De ahí que se afirme que el bien jurídico directamente tutelado por este Título es el medio ambiente y que éste sólo puede ser tutelable en la medida en que es necesario para el hombre, para conservar la salud, supervivencia, bienestar,

³¹ *Delitos ecológicos, cit.*, pp. 172-173.

³² Gómez de la Torre, Ignacio Verdugo, "El medio ambiente como bien jurídico tutelado",

comodidad, desarrollo, diversión, recreación, etcétera. En los casos en que se protegen las especies endémicas, amenazadas, en peligro de extinción o sujetas a protección especial, se está protegiendo también la biodiversidad o diversidad biológica, que, sin perjuicio de abundar adelante, es la "variedad de especies animales y vegetales en su medio ambiente"³³.

2.- Derecho a la protección del medio ambiente

Evidentemente, y en atención al título del capítulo relativo del Código Penal Federal, el objeto principal de protección es el derecho a un medio ambiente adecuado. Difícilmente el objeto de tutela recaería sobre el medio ambiente en sí, puesto que la tutela debe dirigirse hacia el ser humano, por ello se tutela el derecho del ser humano a contar con un ambiente adecuado, atendiendo a la concepción antropocéntrica del medio ambiente.

Podemos diferenciar en la doctrina dos concepciones distintas de lo que se considera medio ambiente. La primera defiende que el medio ambiente es un bien jurídico exclusivamente integrado por elementos naturales; la otra corriente incluye en este bien jurídico, incluso al ambiente social. Como se manifestó antes, en la doctrina alemana se define al medio ambiente como " 'el compuesto por los elementos biológicos que constituyen el entorno natural dentro del cual se desenvuelve la vida del hombre', incluyendo también el mundo animal y las plantas, a los cuales se les reconoce la calidad de objeto de tutela en todas las ocasiones en que por medio de ellos viene perseguida la tutela de la salud humana"³⁴. He aquí una concepción antropocéntrica del medio ambiente.

Terradillos, *El delito ecológico, cit.*, pp. 46-47.

³³ Diccionario de la Real Academia Española, <http://www.rae.es>

Por su parte, en la doctrina italiana se considera al medio ambiente como "un complejo de bienes que se resumen en los elementos fundamentales del ambiente biológico en el cual nacen y se conservan los seres vivos (hombres, animales y plantas)"³⁵. De ahí que se afirme que es generalmente aceptado que la protección al medio ambiente se establece en función del hombre o la vida, pues este antropocentrismo es necesario para entender los conceptos. Es por ello que, según esa concepción, el medio ambiente incluye tanto los elementos de la naturaleza, como los creados por el hombre³⁶.

Nuestro Código penal toma en cuenta la concepción antropocéntrica del medio ambiente (no la ecocéntrica), así se advierte de las menciones que hace a la salud humana como bien jurídico tutelado, asimismo se advierte del incremento en las sanciones cuando se ponen en peligro centros de población. La toma de posición deriva directamente del fundamento constitucional en el que el medio ambiente se concibe con carácter personalista, como una garantía que los gobernados tienen para alcanzar su desarrollo y bienestar. Por ello, al amparo de nuestro ordenamiento jurídico difícilmente podría pensarse en que el medio ambiente se protege en sí mismo y no en función del ser humano³⁷.

También así lo consideró la Comisión Económica para Europa, que en 1978 definió al ambiente como "un conjunto de sistemas compuestos de objetos y condiciones

³⁴ Libster, *Delitos ecológicos*, cit., p. 6.

³⁵ Nuvolone, Pietro, cit. en Libster, *Delitos ecológicos*, cit., p. 6.

³⁶ Cfr. Libster, *Delitos ecológicos*, cit., pp. 6 y 172.

³⁷ De otra opinión es Conde-Pumpido Tourón, quien señala que "el medio ambiente se protege por sí mismo, como bien jurídico nuevo, con entidad propia, y no en función del daño que su perturbación ocasione a otros valores como la vida humana, la salud pública individual, la propiedad de las cosas, animales o plantas etc.". *La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes*, La Ley no 4017, 17 abril 1996, pp. 1-4, 2, cit., Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 18, n. 6. En el mismo sentido Libster, *Delitos ecológicos*, cit., p. 208.

físicamente definibles que comprenden, particularmente, ecosistemas equilibrados bajo la forma en que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en un futuro previsible, y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas³⁸. El inconveniente de esta definición es la amplitud del concepto, que hace difícil la configuración de su lesión, por ello, la doctrina española, según asegura Conde-Pumpido, prefiere la definición del medio ambiente proporcionada por Peris Riera: "el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora, y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales"³⁹.

Esta consideración plantea la interrogante sobre si ha de excluirse la tipicidad de la conducta cuando no exista la afectación real al entorno de las personas. Esta cuestión se ha resuelto tomando en cuenta solamente la puesta en peligro del bien jurídico medio ambiente, es decir, cuando se presenta un riesgo jurídico-penalmente relevante; ahora bien, debemos preguntarnos ¿cuándo el riesgo es tan relevante? Es aquí en donde surgen las dificultades. Generalmente el riesgo para el medio ambiente se relaciona con la conservación de la flora, fauna, suelo, recursos forestales y ecosistemas, elementos del medio ambiente. Al respecto debemos tener en cuenta que la lesión de pequeña y aun gran entidad a los elementos del ambiente, constituye una práctica socialmente adecuada en pro del desarrollo económico, siempre que para tal efecto se cuente con autorización administrativa, por lo "que resulta sumamente difícil fijar la frontera en la que la dimensión

³⁸ Cit. en Conde-Pumpido Tourón, "Introducción al delito ecológico", Terradillos, *El delito ecológico*, cit., p. 16.

³⁹ "Introducción al delito ecológico", *El delito ecológico*, cit., p. 17.

cuantitativa y cualitativa de la conducta peligrosa realizada deban dar lugar a la intervención penal⁴⁰.

El problema se complica si tomamos en cuenta que la consideración de peligro está referida a bienes difusos, como es el caso del medio ambiente. "El tipo, así configurado, puede ser estimado vulneratorio del principio de taxatividad y, por lo tanto, inconstitucional"⁴¹.

Se considera que el medio ambiente es un bien jurídico colectivo porque está íntimamente relacionado con las necesidades existenciales de los individuos, tales como "la vida, la salud, la seguridad y aun la recreación y el solaz espiritual". Además, su lesión afecta, ya sea de manera directa o indirecta, mediata o inmediata a la comunidad⁴².

Debido a lo anterior, el legislador penal no ha conseguido determinar el límite del riesgo penalmente relevante para el medio ambiente, por lo que ha dejado al ámbito administrativo y judicial esta determinación. "En la Administración (en tanto que productora de normas; que no de actos administrativos) ha delegado la determinación de la primera parte de la medida *cualitativa* del riesgo penalmente relevante. La conducta típica sólo puede serlo si ha contravenido <<leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente>>. En los jueces y Tribunales ha delegado la determinación del *resto de elementos cualitativos* y, desde luego, de los aspectos *cuantitativos* del riesgo relevante"⁴³.

⁴⁰ Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 20, cfr. asimismo pp. 18-19.

⁴¹ *Ibidem*, p. 81.

⁴² Cfr. Libster, *Delitos ecológicos*, cit., pp. 173-174.

⁴³ Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 20-21.

Respecto de esta cuestión, Silva Sánchez llega a la siguiente conclusión: "la redacción del tipo y su aplicación jurisdiccional ponen de relieve que la seguridad jurídica no resulta salvaguardada en la medida en que sería necesario". Así generalmente sucede con todos los tipos penales en blanco⁴⁴, aquellos que reenvían a la norma administrativa.

Conviene hacer aquí la misma precisión que se realizó respecto del derecho a la salud. Es imposible que el Estado pueda garantizar a cada individuo el disfrute de un estado óptimo de salud, lo que sí puede asegurar es la protección de la misma. Lo mismo sucede con del derecho a un medio ambiente adecuado, interés difuso que se da por satisfecho al cuidar su protección.

Contenido

Para descifrar el contenido del derecho a un medio ambiente adecuado, es decir, de su protección, comparemos las constituciones de Yucatán y de Coahuila.

El artículo 86 de la constitución de Yucatán, en su título octavo denominado "de la función del Estado, como forma de convivencia y desarrollo integral", dispone:

"El Estado, en su función ordenadora de la convivencia humana, ejercerá la acción que le compete, en la medida necesaria para asegurar la solidaridad de los elementos asociados, y garantizar a éstos una equitativa participación en el bienestar que nace de la convivencia misma.

El Estado, por medio de sus poderes públicos, garantizará el respeto al derecho de todo individuo de gozar de un ambiente ecológicamente equilibrado y la protección de los ecosistemas que conforman el patrimonio natural de Yucatán, basado en los siguientes principios:

I. Los habitantes del Estado tienen derecho a vivir en un ambiente saludable que les permita una vida digna y hacer uso racional de los recursos naturales con que cuenta la entidad para alcanzar el desarrollo sustentable, en los términos que señale la ley de la materia;

⁴⁴ A decir de Jiménez de Asúa, debe entenderse como ley penal en blanco, todos los casos en que el complemento se halla fuera de la ley de que se trate, sea del mismo o inferior grado que ésta.

II. A ninguna persona se le puede obligar a llevar a cabo actividades que ocasionen o puedan ocasionar deterioro al ambiente, en los términos que señale la ley de la materia y

III. Los habitantes del Estado tienen derecho a la conservación y a tener acceso a la información actualizada acerca del estado del ambiente y de los recursos naturales de la entidad, así como participar en las actividades designadas a su conservación y mejoramiento”.

Tal como lo señala este precepto, es óptimo garantizar el derecho a la información para el ejercicio del derecho a un medio ambiente digno. Sin embargo, el derecho a la información respecto del medio ambiente, no se encuentra consagrado en la Constitución. En la Ley Ambiental para el Distrito Federal se comienza a reconocer este derecho⁴⁵.

No obstante lo anterior, el artículo 6º constitucional, establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, según reforma de 1997. Asimismo, el 30 de abril de 2002, la Cámara de Senadores aprobó la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, misma que fué publicada el 11 de junio de 2002, que pretende garantizar el acceso a la información relacionada con la función pública; aunque esta ley no realice específica referencia a la gestión ambiental, sí prevé mecanismos para acceder a la información⁴⁶.

Por su parte, la constitución de Coahuila estipula en su artículo 172, lo siguiente:

“Todos tienen derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservación. El Estado y los municipios dentro del ámbito de sus respectivas competencias, velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el párrafo anterior se sujetará a los términos que

⁴⁵ Al respecto cfr. González M., José Juan y Montelongo B. Ivett, “El derecho a obtener información sobre el medio ambiente”, *Alegatos*, num. 33, 1996, México, pp. 257-268.

⁴⁶ Sin embargo, la vigencia de las disposiciones de la ley, se postergaron por razones operativas, así por ejemplo, el artículo décimo transitorio establece que “los sujetos obligados deberán, a más tardar el 1 de enero de 2005, completar la organización y funcionamiento de sus archivos administrativos, así como la publicación de la guía a que se refiere el artículo 31”.

la ley fije, se establecerán sanciones penales o en su caso administrativas, así como la obligación de reparar el daño⁴⁷.

Encontramos en este precepto un dato interesante respecto del contenido del derecho a un medio ambiente adecuado. Si bien se reconoce como derecho humano, también se establece la obligación de los hombres de conservar dicho medio.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. En el nivel constitucional

El fundamento constitucional de la tutela del medio ambiente radica en el artículo 4º, párrafo quinto que transcribí líneas arriba y que a la letra señala: "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar". Dicha tutela no se estableció desde la publicación original en 1917. Ya señalé, líneas arriba, que en otros dispositivos constitucionales ya se fijaba esta protección de manera directa e indirecta, es el caso de los artículos 25, párrafo sexto (mediante adición de 1983) y 27, párrafo tercero (protección ya incluida en el texto de 1917, con reformas en 1976 y 1987), cuyo texto relativo también transcribí *supra*.

El párrafo quinto del artículo 4º constitucional se adicionó por decreto publicado en el DOF el 28 de junio de 1999, constituyendo la séptima reforma a dicho precepto.

El proceso legislativo comenzó con la presentación de dos iniciativas de reforma relativas al medio ambiente, al tiempo que se presentaron otras dos relativas a la educación y a las atribuciones y competencia de la Procuraduría Federal de

⁴⁷ Artículos citados en la Iniciativa de adición al artículo 4º constitucional.

Protección al Ambiente. El órgano legislativo realizó el estudio de estas cuatro Iniciativas de manera conjunta, aquí se reseñan por separado:

A. Iniciativa del Partido Verde Ecologista de México

El 16 de octubre de 1997, el grupo parlamentario del Partido Verde Ecologista presentó ante la Cámara de Diputados, la iniciativa de reforma al artículo 4º constitucional. En la Exposición de Motivos de dicha iniciativa se destaca que la problemática en materia de ecología es hoy muy grave, que el fenómeno se evidenció a partir de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972; se hace referencia específica a los problemas del agua y la deforestación. Se afirmó también que el reconocimiento al derecho a vivir en un medio ambiente adecuado implica no solamente incluir este concepto en el ámbito social, sino requiere además la facultad de recurrir a mecanismos de defensa de este tipo de derecho. Originalmente, la iniciativa planteaba la obligación de las legislaturas de proveer los mecanismos necesarios para que los gobernados pudieran ejercitar acciones para su defensa y protección. "El reconocimiento del derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado --se afirma en la iniciativa-- no sólo debe constituir la manifestación de que el elemento ambiental entre necesariamente en la definición del modelo de sociedad que deseamos, sino que también debe ampliar la posibilidad de defensa del entorno mediante el acceso de las personas a los diversos mecanismos de defensa, reconocidos por nuestro sistema jurídico". La propuesta original del artículo 4º constitucional fue la siguiente:

"Toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que sea adecuado para su desarrollo, salud y bienestar. El Congreso de la Unión, las legislaturas de los estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, expedirán leyes que, en el ámbito de sus competencias que les reserva esta Constitución, garanticen este derecho y definan la forma y los términos en que las autoridades deberán asegurarlo, sin perjuicio de las acciones que las personas ejerciten para su defensa y protección".

En la misma iniciativa se señalaron las finalidades del derecho al ambiente, éstas son: asegurar la dignidad de las personas y otras finalidades que la sociedad se ha propuesto alcanzar por virtud de la concientización de la problemática que supone el deterioro del ambiente. Entre estas finalidades encontramos la consecución de un desarrollo sustentable, que suponga cubrir las necesidades de la sociedad actual, sin comprometer la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras.

Se propuso la participación de la sociedad en la toma de decisiones públicas relativas a la prevención y mantenimiento del equilibrio ambiental "que todos necesitamos y den las bases para la sostenibilidad ambiental del desarrollo nacional".

El antecedente que se toma en cuenta para elevar a rango constitucional el derecho a un ambiente sano, es que muchos países ya lo han considerado conveniente a partir de la Cumbre de Estocolmo en 1972, como son los casos de Perú, Portugal, Corea del Sur, Paraguay y Chile, en tanto que en otros países se estaba estudiando la necesidad de incluir dicha protección a nivel constitucional.

En la misma iniciativa se propone la reforma del artículo 73 fracción XXIX-G de la Carta Magna, a efecto de corregir la palabra "conurrencia" y determinar que de lo que se trata es de la participación de los tres niveles de gobierno en la materia ambiental, como se señaló líneas arriba, se trata de facultades "coincidentes".

Esta iniciativa no prosperó, todavía hoy se establece erróneamente la palabra concurrencia en el texto constitucional. La propuesta del PVEM era demasiado ambiciosa.

B. Iniciativa del Partido Verde Ecologista de México en materia educativa

El 6 de abril de 1998, diputados del Partido Verde Ecologista presentaron una iniciativa de reforma al artículo 3º constitucional, con el objeto de establecer que la educación que se imparta debe concienciar a los estudiantes respecto del problema del deterioro ambiental, así como de su responsabilidad como habitantes de este planeta. Esta propuesta toma en cuenta que, en la actualidad, la educación enseña a depredar, al excesivo uso de los recursos naturales en aras de elevar los niveles de producción, sin importar que se está dejando a las futuras generaciones sin elementos naturales. En la misma iniciativa se define a la "sustentabilidad" como "la mejor forma de aprovechar los elementos naturales sin agotarlos en su totalidad, para que las generaciones posteriores puedan, al igual que nosotros, gozar de un medio ambiente diverso y equilibrado".

La educación ambiental --continúa la iniciativa-- requiere "establecer un fuerte vínculo que una al hombre con la Tierra, que se dé cuenta que al protegerla lo hace también por él, que al amarse a sí mismo, ama a la Tierra con él y se responsabilice con su cuidado. Es un camino para aprender a vivir en nuestro planeta, a darse cuenta de que todo está relacionado en su totalidad".

C. Iniciativa del Partido de la Revolución Democrática

La tercer iniciativa fué presentada por el grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática. Según se afirmó en la misma, ésta fué elaborada con la participación de Unión de Grupos Ambientalistas, el Pacto de Grupos Ecologistas, Green Peace, investigadores del Instituto de Ecología y del Centro Mexicano de Derecho Ambiental.

Se argumentó que la evolución y transformaciones del siglo XX, específicamente, el fenómeno de la globalización, requieren un marco jurídico acorde con los mismos, que incluyan los nuevos derechos ciudadanos reconocidos a nivel internacional. Se trata, según se afirma en el documento, de "intereses colectivos difusos". Sobre todo, debe tomarse en cuenta que nuestro país es vulnerable ante el fenómeno globalizador en virtud de que se trata de un territorio con grandes riquezas naturales.

Se aborda la necesidad de un desarrollo sustentable y del tratamiento del problema en los pueblos indígenas que debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales llevan a cabo un papel fundamental en el ordenamiento ecológico.

Se propone facultar al Poder Judicial para interpretar y resolver los juicios que se generen en materia ambiental, a través de la reforma al artículo 104; para ello, la inclusión del derecho al medio ambiente debe ir acompañada de un derecho al acceso a la justicia y a la información que permita conocer el riesgo en que se encuentra una persona o comunidad. Se pretende que el derecho al ambiente adecuado, no quede como una declaración sin contenido, tal como sucedió con los derechos a la salud y a la vivienda.

También se alude a la conveniencia de incluir la protección al ambiente en la Constitución, como lo han hecho países como Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú; en Europa, España, Portugal, Hungría y Yugoslavia. Pero fundamentalmente, llamó la atención que dos entidades de la República mexicana ya lo incluyeran en su texto constitucional: Yucatán y Coahuila, tal como lo reseñé líneas arriba.

El artículo 86 de la Constitución de Yucatán dispone que "... El Estado, por medio de sus poderes públicos, garantizará el respeto al derecho de todo individuo de gozar de un ambiente ecológicamente equilibrado y la protección de los ecosistemas que conforman el patrimonio natural de Yucatán...". Como podemos apreciar, no sólo se incluye el derecho al ambiente adecuado con que cuenta el gobernado, sino se establece ante todo, la obligación del Estado de asegurar el respeto a dicha garantía. El artículo 172 de la Constitución de Coahuila señala que "Todos tienen derecho a disfrutar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservación. El Estado y los municipios dentro del ámbito de sus respectivas competencias, velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Para quienes violen lo dispuesto en el párrafo anterior se sujetará a los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o en su caso administrativas, así como la obligación de reparar el daño". Aún más completa esta norma, fija las sanciones a aplicar para el caso de violación a esta garantía.

En la Iniciativa en comento, se propone establecer la obligación de las autoridades de determinar las medidas necesarias para garantizar este derecho, ideal propuesta que tampoco prosperó.

D. Iniciativa del Partido de la Revolución Democrática

La cuarta Iniciativa fué presentada el 29 de octubre de 1998 por el Partido de la Revolución Democrática con la intención de reformar y adicionar los artículos 27, 105, 106, 110 y 111 constitucionales, respecto de la procuración de justicia ambiental, en lo relativo a las atribuciones de la Procuraduría Federal de Protección

al Ambiente. Se argumentó que la deficiente procuración de justicia ambiental ha beneficiado a los grandes capitales extranjeros y transnacionales, permitiéndoles deteriorar el ambiente y perjudicando a los campesinos que además tienen que sufrir las inclemencias del deterioro ambiental.

E. Debate en la Cámara de Diputados

Las cuatro iniciativas fueron estudiadas de manera conjunta, a pesar de la diferencia de tiempo con que fueron presentadas. Ya en el dictamen que realizaron la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales y las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Medio Ambiente y Ecología, de la Cámara de Diputados, solamente se propuso el "proyecto de decreto por el que se adiciona el párrafo quinto al artículo 4º constitucional y se reforma el párrafo primero del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". El dictamen fué presentado hasta el 15 de diciembre de 1998, y concluye con la propuesta de adición de un párrafo al artículo 4º, a fin de reconocer el "derecho a un medio ambiente adecuado para el bienestar y desarrollo de la población"; asimismo, se propuso reformar el primer párrafo del artículo 25 a efecto de incluir el término sustentable respecto de la rectoría del desarrollo nacional.

En el debate desarrollado en la Cámara de Diputados, el día 15 de diciembre de 1998, se destacó que la protección del medio ambiente toma en cuenta los compromisos internacionales de nuestro país a través de diversos instrumentos, específicamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que "señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y no siendo un documento con referencia explícita a un medio ambiente adecuado, sienta las primeras bases

sobre las que se podría fundamentar el mismo"⁴⁸. Asimismo, se tomó en cuenta la declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 (Estocolmo), que "estableció el derecho del hombre a condiciones de vida satisfactorias, de un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar". Y por lo que hace a la reforma al artículo 25 fue de tomarse en cuenta el informe "Brundtland"⁴⁹ de las Naciones Unidas, respecto del desarrollo sustentable o sostenible. En otra intervención se aludió a la Cumbre de Río de Janeiro de 1992.

En la sesión, se emitieron 417 votos en pro y ninguno en contra de la reforma a los artículos 4º y 25, lo que denotó la unión de diputados y partidos en pro del establecimiento del derecho al medio ambiente adecuado, como una garantía individual. Debe destacarse, que la reforma constitucional no se plasmó de la manera ambiciosa que fue planteada en las diversas iniciativas, sin embargo, se establece como garantía constitucional, el derecho al medio ambiente adecuado, lo que significó un gran avance. Las legislaturas estatales también aprobaron la reforma en sus términos. La reforma que elevó a nivel constitucional el derecho al medio ambiente adecuado, se publicó en el DOF el 28 de junio de 1999.

⁴⁸ Intervención del diputado Francisco Javier Salazar Díez de Sollano, del Partido Acción Nacional.

⁴⁹ El Informe Brundtland o Informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo, se denominó "Nuestro futuro común". Este informe fue aprobado por las Naciones Unidas en 1988 y abrió la discusión respecto del "desarrollo sustentable". Cfr. al respecto, Libster, *Delitos ecológicos*, *cit.*, p. 11.

2.- En el Código penal federal

A. Adición del título

Como lo mencioné antes, el Título Vigésimo Quinto, del Código penal federal, denominado "Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental", no se incluyó en la publicación original de 1931. El capítulo aludido fué incorporado por decreto publicado en el DOF el día 13 de diciembre de 1996 y reestructurado de una manera significativa mediante el Decreto publicado en el DOF el día 6 de febrero de 2002. Antes de 1996, los delitos contra el medio ambiente se incluyeron en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en la Ley Forestal y en la Ley de Caza.

Por iniciativa presentada el 15 de octubre de 1996 de manera conjunta por el Presidente de la República y un grupo de diputados y senadores de las comisiones de Ecología y Medio Ambiente de las cámaras alta y baja, se propuso la adición del Título Vigésimo Quinto. Entre los objetivos de esta iniciativa, según se afirmó en la misma, destacan el tipificar nuevas conductas que ponen en peligro el medio ambiente "para fortalecer la eficacia de la legislación penal ambiental", lograr la sistematización y orden en la regulación de los delitos ambientales, incluyéndolos todos en un solo cuerpo normativo, y trasladar los tipos penales que contemplaba la LEGEEPA y otras leyes especiales de la materia, hacia el ordenamiento punitivo.

A la par se presentó una iniciativa de reforma a la LEGEEPA. En la iniciativa de reforma al ordenamiento penal se destacaron los bienes jurídicos cuya tutela se hace necesaria. Se trata, según se afirmó, de inhibir conductas que puedan ocasionar daños a "nuestros recursos naturales, flora y fauna, así como a la salud pública o a los ecosistemas existentes en el territorio nacional y en las zonas sobre

las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción". Se advierte ya, desde esta consideración, que la protección del medio ambiente se realiza en la medida en que es necesaria para tutelar la salud pública; sin embargo, esta premisa ya no se toma en cuenta en la reforma al Código penal federal de febrero de 2002, como se verá adelante.

Además se argumentó que con la reforma de la LEGEEPA se buscaba "proteger bienes socialmente significativos, como el agua, el aire, los bosques y el medio ambiente en su conjunto, la reforma a la legislación penal pretende inhibir las conductas que pudieran afectar dichos bienes".

Se propone el incremento de penas privativas de libertad y pecuniarias, esto "en atención a la relevancia de los bienes jurídicos protegidos". Se establecen seis tipos penales adicionales para evitar conductas que dañen o pongan en peligro la "flora, la fauna o los recursos naturales".

Se llama la atención sobre la naturaleza de estos delitos, pues se tipifican como de peligro y en algunos casos de lesión, a efecto de sancionar el riesgo de conductas que se realizan con materiales y residuos peligrosos, así como la contaminación de suelos y aguas, agravándose los tipos penales cuando las conductas se lleven a cabo en un centro de población. Lo anterior en virtud de que con las conductas en los centros de población se pone en peligro no sólo al medio ambiente, sino también la salud y la vida.

La iniciativa propone, asimismo, la adición de un catálogo de penas a incluir en el artículo 421 en adición al artículo 24, atendiendo a la especial naturaleza de los delitos contra el ambiente.

En el dictamen presentado por las Comisiones unidas de Justicia y de Ecología y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados se destaca que la iniciativa se presentó con base en los resultados de la consulta nacional sobre legislación ambiental convocada por el Congreso de la Unión el 22 de marzo de 1995, en la que colaboraron el Ejecutivo Federal y los congresos locales, así como otros organismos públicos y privados, por lo que se aseguró que tales reformas contaban con el respaldo de la sociedad mexicana.

En el dictamen se adoptan las decisiones de derogar los delitos especiales que se encontraban en la LEGEEPA, en la Ley Forestal y en la Ley Federal de Caza, a efecto de incluirlos en el ordenamiento represivo, en donde se tipifican nuevas conductas que atentan contra el medio ambiente, tales como el tráfico de flora y fauna silvestres e incendios de bosques, selvas y vegetación natural. Adicionalmente, se homologan las penas privativas de libertad a las establecidas en la LEGEEPA incrementando la sanción pecuniaria.

Respecto del tema que ahora interesa, es importante destacar que en el dictamen se establece que se trató de prohibir sólo las conductas altamente lesivas para el medio ambiente, fundamentalmente las actividades "altamente riesgosas que ocasionen daños a la salud pública, a los recursos naturales, a la flora, la fauna o los ecosistemas".

Sin embargo, en el dictamen se consideró conveniente modificar algunos artículos de la propuesta original: Tal es el caso del artículo 415, para precisar la remisión a la LEGEEPA: "...II. ... siempre que dichas emisiones provengan de fuentes fijas de jurisdicción federal, conforme a lo previsto en la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al ambiente...". "... III ... provenientes de fuentes emisoras de jurisdicción federal, conforme al ordenamiento señalado en la fracción

anterior...". Asimismo, en el artículo 417 se incorpora el término días multa en lugar de salarios mínimos; también se sustituye la palabra "difusión" por "diseminación o propagación". Respecto del artículo 414 se consideró incluir en el segundo párrafo la frase "... la pena de prisión se incrementará hasta en tres años".

En el dictamen se lleva a cabo una valoración tanto del bien jurídico como del grado de antisocialidad que revisten las conductas en comento: "Se establecieron en los tipos correspondientes las conductas con mayor grado de antisocialidad, como la difusión de enfermedades, los incendios dolosos, el tráfico de especies amenazadas, raras, endémicas, en peligro de extinción o sujetas a protección especial. Asimismo, se protege a dichas especies de los daños intencionales que se les ocasione".

Respecto de las penas, se amplía el catálogo de las especiales establecidas en el artículo 421, en atención a la especial naturaleza del Derecho penal ambiental.

La causa principal que llevó a las comisiones a la aprobación de la reforma, fue, según se afirmó en el dictamen, "proteger a la población y coadyuvar para garantizarle su derecho a un medio ambiente sano"; es ésta una concepción antropocéntrica del medio ambiente. Además, se buscaba cumplir con los compromisos internacionales que había adquirido nuestro país, como también se refirió en el dictamen. La misma consideración se realizó en el debate celebrado en la Cámara de Diputados el día 24 de octubre de 1996: "México es reconocido mundialmente por su variedad de ecosistemas, tales como selvas tropicales húmedas, selvas tropicales sub-húmedas y selvas tropicales secas, pantanos, manglares, lagunas costeras, bosques templados, vegetación de clima frío, sabanas y desiertos de varios tipos, siendo uno de los países con mayor riqueza

biológica del planeta. – Esto conlleva que organismos Internacionales fijen su atención al desenvolvimiento de nuestro país en la implementación de políticas ambientales⁵⁰.

Asimismo, se destaca la importancia del dictamen por tutelar bienes jurídicos que anteriormente no se tutelaban en ningún ordenamiento, "lo que constituye un importante paso para el desarrollo de una legislación ambiental de acuerdo a los tiempos que se viven"⁵¹.

Finalmente, se aprueba la reforma y se publica el día 13 de diciembre de 1996 en el DOF, mediante el "Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal".

B. Primer reforma

El Título Vigésimo Quinto, cuyo entonces Capítulo Único aún se denominaba "De los delitos ambientales" sería reformado sólo en su artículo 419, mediante decreto publicado en el DOF el día 24 de diciembre de 1996, que modifica el artículo 419.

C. Segunda reforma

Se trata de una reforma que reestructura totalmente el Título Vigésimo Quinto del Código Penal. Hasta antes de esta reforma el título contaba con un Capítulo Único denominado "Delitos ambientales"; después de la reforma, cuenta con cinco capítulos alusivos al bien jurídico que se protege por los tipos penales ahí

⁵⁰ Intervención del diputado Jorge Humberto Gómez García, Secretario de la Comisión de Ecología y Medio Ambiente. Diario de debates de la Cámara de Diputados, 24 de octubre de 1996.

agrupados, lo cuál es plausible; a pesar de que la reforma haya sido objeto de diversas críticas, de entre las que destaca la protesta levantada por el sector académico del país específicamente respecto del artículo 420 ter⁵².

La reforma comenzó con la iniciativa presidencial de decreto para reformar los Códigos penal federal y Código federal de procedimientos penales, que formaba parte de un paquete de propuestas legislativa entre las que se incluyeron iniciativas de reforma a la LEGEEPA, Ley Forestal, Ley General de Vida Silvestre, Ley General de Bienes Nacionales y la iniciativa en materia penal⁵³.

La iniciativa de reforma al Título Vigésimo Quinto del Código penal, se fundamenta, según se afirmó en la misma, en la ineficacia del sistema represivo en materia ambiental. Ahí se afirma que el Derecho penal sirve como instrumento para la protección del medio ambiente y de los recursos naturales, que es una "herramienta necesaria para inhibir las conductas más graves que se alejan de las directivas de la política y la gestión ambiental nacional", por lo que es imperativo convertir "la responsabilidad penal ambiental, en un ejercicio real, efectivo, justo y sensible a la problemática social, económica y ambiental de nuestro país".

Estas consideraciones son dignas hasta de las más elementales críticas. En principio, el carácter del Derecho penal es represivo; es el instrumento más voraz cuyo monopolio detenta el Estado, que se actualiza cuando los demás instrumentos estatales, los menos lesivos, han fallado; pero de ninguna manera se puede aplicar antes de hacer uso de los medios administrativos, civiles o de cualquier otra índole con que cuenta el Estado. El Derecho penal es la *ultima ratio*,

⁵¹ Intervención del diputado Gonzalo Alarcón Bárcena.

⁵² Cfr. el desplegado publicado por un sector muy importante del ámbito académico, en el periódico Reforma, el 26 de abril de 2002.

según ya se ha afirmado a lo largo de este trabajo de tesis, por ello, no se justifica que se exagere en el uso de este instrumento represivo estatal.

El Estado debe asumir su responsabilidad en las fallas o errores de las políticas ambientales, que han llevado a la degeneración del ambiente. Recordemos que también tiene el deber de garantizar a los individuos un medio ambiente adecuado y que el Derecho penal no es el único medio con que cuenta aquél para garantizar la protección del ambiente, antes de hacer uso de éste, debe agotar los recursos administrativos, políticos, civiles y de cualquier otra índole que tenga a su alcance⁵⁴.

No obstante que en la iniciativa se afirme que no se pretende "imprimir un cambio hacia una política que privilegia la aplicación del Derecho penal como instrumento de política ambiental", lo cierto es que el sentido de las reformas es contradictorio con este postulado.

La Iniciativa también propone la elevación de las penas, porque, según se afirmó, en algunos casos "el sujeto activo manifiesta un especial grado de peligrosidad social y ambiental". Ya se mencionó antes que en los delitos ambientales, uno de

⁵³ Cfr. Gaceta Parlamentaria, año IV, núm. 851, jueves 4 de octubre de 2001.

⁵⁴ Coincido con lo señalado por Rodas Monsalve al afirmar que como manifestaciones del principio de intervención mínima, "debe prescindirse de la conminación y la sanción penal siempre que, en el caso de que se trate, quepa esperar similares o superiores efectos preventivos de la intervención de medios menos lesivos, por ejemplo, programas educativos; lo que se busca es afinar mecanismos alternativos, que impliquen la participación comunitaria y que tengan una naturaleza preventiva frente a ciertos tipos de delinquentes ocasionales, o que por circunstancias sociales, culturales, etc. cometan infracciones... debe prescindirse de una determinada sanción penal siempre que quepa esperar similares efectos preventivos de otras sanciones penales menos gravosas.- Esto es válido frente a un tipo de delincuencia, pero ¿frente al delincuente doloso y con fines de lucro, las ecomafias, los terroristas ambientales? - Incluso si se opta por la sanción penal, debe analizarse qué conductas tienen que ser penalmente sancionadas, para dar plena vigencia al principio de fragmentariedad.- Este punto es básico para que se pueda distinguir entre sanciones penales y administrativas". "Delitos contra el medio ambiente...", *rev. cit.*, pp. 79-80.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

los obstáculos que se presentan para su persecución, es que en muchas ocasiones se trata de delitos de cuello blanco, es decir, aquellos en los que el sujeto activo no presenta peligrosidad social, tampoco Inadaptación social, por lo que la pena privativa de libertad no tiene sentido, puesto que uno de los objetivos de la privativa de libertad es readaptar socialmente al procesado. En este tipo de delitos, lo adecuado es imponer sanción económica.

La iniciativa propone la inclusión de un capítulo que establece sanciones para las conductas que atenten contra la gestión ambiental, aunque no de manera directa contra el ambiente. En este caso, lo que se protege es la función estatal, de ahí que en el mismo documento se afirme que el titular de la gestión ambiental federal es la Administración Pública Federal, y que estos delitos se persigan por querrela. En la iniciativa no se tomó en cuenta que la aplicabilidad del Derecho penal sólo se justifica cuando se lesionan bienes altamente significativos para la sociedad y siempre que dichas lesiones sean graves, por ello, no se justifica que a manera de política de gestión ambiental, se haga uso de dispositivos represivos.

En la iniciativa se propone sancionar la comisión culposa de estos delitos, excepto el artículo 414, por tratarse del manejo de sustancias peligrosas. Un rasgo característico de los delitos contra el ambiente es tener la naturaleza de delitos de peligro, porque al tener como bien protegido un bien difuso, no es fácil comprobar su lesión, de ahí que no sea muy conveniente sancionar a título de culpa estos ilícitos, sin embargo, debe tomarse en cuenta que los daños más graves que se han producido a la naturaleza, lo han sido a título de culpa. No obstante ello, debe cuidarse que los tipos penales que puedan actualizarse a título de culpa, lo sean aquellos que prevean conductas peligro concreto, no así el abstracto.

Otra justificación que se da para el aumento de la penalidad, es la búsqueda por adecuar la punibilidad establecida en el Código penal federal, a la prevista en "los Códigos penales locales de diferentes entidades federativas y a las previstas en derecho comparado". Basta comentar al respecto, que la homologación no es una causa que justifique el incremento en las sanciones, el incremento de las sanciones sólo se justifica por motivos de política criminal.

Se advierte la influencia internacional en la propuesta de reforma. En el mismo documento, se precisa que en el artículo 420 "se adicionan las especies reguladas por un tratado internacional del que México sea parte, para incluir con claridad las conductas criminales de tráfico de especies previstas en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres".

Se propuso introducir la figura de "garante" en el artículo 422 y una excusa absolutoria cuando el sujeto activo sea campesino, miembro de pueblo o comunidades indígenas, cuando actúe por necesidades de subsistencia o prácticas rituales o tradicionales, lo que resulta plausible. Finalmente se propone incluir ciertas conductas en el catálogo de delitos graves del artículo 194 del Código federal de procedimientos penales.

En lo que interesa, se señalan como bienes jurídicos tutelados por este título, la gestión ambiental federal, los ecosistemas, y ejemplares de vida silvestre.

En el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, se puede apreciar el sometimiento del Legislativo al Ejecutivo, mediante el apoyo incondicional de la reforma. En el texto del dictamen se afirmó: "consideramos importante, enfrentar de manera enérgica y con los instrumentos legales que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos otorga, el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

alarmante problema que representa hoy la degradación del medio ambiente ya que estimamos que las medidas adoptadas hasta ahora para combatir estas conductas, han sido insuficientes". Asimismo, se advierte cierto temor en la siguiente afirmación de la Comisión: "proponemos cambios adecuando la redacción de varios preceptos, cambios, que no alteran o modifican sustancialmente el contenido de las hipótesis propuestas, sino que por el contrario, evitarán confusiones en cuanto su alcance...". En efecto, la propuesta del Ejecutivo se tomó en lo general, solamente se hicieron modificaciones a los artículos 416 último párrafo, 420 fracciones III y IV, 420 bis fracción II, 421 primer párrafo, y 423.

El Dictamen fue aprobado en la Cámara de Diputados con 438 votos en pro y 3 abstenciones, el martes 11 de diciembre de 2001. En lo general y en lo particular los artículos no impugnados, en lo particular el artículo 420 ter reservado. En la Cámara de Senadores, la reforma se aprobó con 104 votos en pro, el jueves 27 de diciembre de 2001. Finalmente, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 6 de febrero de 2002.

3. En los tratados internacionales

A. Antecedentes

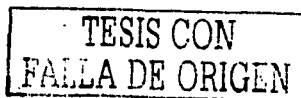
La comunidad internacional se ha preocupado desde hace tiempo por la protección del medio ambiente, referida, en un principio, hacia los recursos naturales. Inicialmente, la tutela de los recursos naturales se procuró en función de la soberanía de los países que habían estado bajo el dominio colonial. Posteriormente se estableció la protección de los recursos naturales y, finalmente, se tuteló el medio ambiente incluyendo tanto los elementos naturales como los que incorporara el hombre dentro de ese entorno.

Existen numerosos instrumentos internacionales referidos a esta protección. No se realizará aquí el estudio de cada uno de estos documentos, solamente los especializados y trascendentes; baste mencionar ahora, de manera somera, algunos de estos documentos y su contenido⁵⁵, a reserva de aludir a los más importantes dentro de un apartado específico.

Al respecto existen los siguientes documentos:

- Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países e América (Washington, D. C., 1940).
- Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, de la ONU, en 1972.
- Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (Washington, 3 de marzo de 1973).
- Declaración sobre los asentamientos humanos; adoptada en Vancouver, 11 de junio de 1976, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos.
- Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, y su anexo; adoptada en la Resolución 3172 (XXXI) de la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1976.
- Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia (Ginebra, 1979).
- Carta Mundial de la Naturaleza, emitida por la Asamblea General de la ONU; adoptada por resolución 37/7 de la Asamblea General de la ONU, del 28 de octubre de 1982.
- Resolución sobre la protección contra los productos perjudiciales para la salud y el medio ambiente; adoptada por resolución 37/137 de la Asamblea General de la ONU, del 17 de diciembre de 1982.
- Declaración de Nairobi, sobre el estado del medio ambiente dividido mundialmente (Comunidad Mundial de Estados, 1982).

⁵⁵ Acerca de todos estos documentos internacionales, cfr. Szekely, *Instrumentos fundamentales de Derecho Internacional público, cit.*, tomos II, pp. 1125 y ss; así como tomo V, pp. 2899 y ss.



- Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, aprobado el 22 de marzo de 1985.
- Resumen de los Proyectos de Principios Jurídicos para la Protección del Medio Ambiente y el desarrollo duradero; adoptado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Grupo de expertos de la Comisión sobre Derecho Ambiental. La Haya, agosto 1986.
- Protocolo a la Convención para la protección de la capa de ozono (Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono); adoptado el 16 de septiembre de 1987⁵⁶.

B. Resolución relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales⁵⁷.

Esta determinación fue adoptada por Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU, el 14 de diciembre de 1962. Mediante este instrumento se crea la Comisión de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, con el propósito de llevar a cabo un estudio sobre la libre determinación que detentan los pueblos respecto de sus recursos naturales. Mediante este instrumento se tuteló la Soberanía de los pueblos que habían estado bajo el dominio colonial.

Este instrumento se sustentó en la Resolución 1515 (XV) del 15 de diciembre de 1960, en la que se recomendó el respeto que se debe a todo Estado Soberano para disponer de su riqueza y de sus recursos naturales. Es éste un derecho inalienable de todos los pueblos, en virtud del cual disponen libremente de sus recursos naturales en función de sus intereses nacionales y con respeto a su independencia económica. Se puede considerar que es este último el bien objeto de tutela de esta resolución.

⁵⁶ En la Secretaría del Medio Ambiente se encuentran registrados al menos 90 instrumentos internacionales en la materia. Cfr. <http://www.semarnat.gob.mx>

⁵⁷ Cfr. Székely, *Instrumentos fundamentales de derecho internacional público, cit.*, t. II, pp. 1125 y ss.

En otras palabras, la protección se encuentra referida a la "soberanía permanente de los Estados sobre sus riquezas y recursos naturales", pues ésta fortalece su independencia económica, según se afirmó en el propio documento. El respeto que los pueblos se proporcionen respecto de esa soberanía, deberá ser fomentado mediante el principio de la igualdad soberana, se afirmó en la declaración 5 del dispositivo que se estudia. En sentido contrario, la vulneración de estos derechos soberanos "es contraria al espíritu y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y entorpece el desarrollo de la cooperación internacional y la preservación de la paz" (declaración 7). He aquí una clara descripción del interés de proteger los recursos naturales, tutelando la soberanía de los Estados sobre su libre disposición.

C. Declaración sobre el Medio Humano⁵⁸

En 1968 la Asamblea General de la ONU convocó a una conferencia internacional sobre el medio ambiente, para tal efecto, se llevó a cabo un informe en el que se aludió a la "contaminación de la pobreza", en el que un grupo reunido por Maurice Strong argumentó que eran los países del Tercer Mundo los que estaban deteriorando la calidad de vida y la vida misma.

La citada conferencia se realizó en Estocolmo en junio de 1972. En ella se creó el "Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente". También de ahí derivó la creación del informe llamado "Crecimiento Cero", un tanto pesimista, que mostraba un panorama "plagado de predicciones catastróficas para la humanidad"⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 1129 y ss.

⁵⁹ Al respecto cfr. Libster, *Delitos ecológicos, cit.*, pp. 10-11.

Este Instrumento se adoptó en Estocolmo, el 16 de junio de 1972, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Se trata de un recurso muy importante en la protección al ambiente, que han tomado en cuenta nuestros legisladores al crear la normativa de la materia, inclusive al establecer la tutela penal, tal como se dijo en el proceso legislativo relativo que se detalla líneas arriba. Ya en 1972 el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat se encontraban en "grave peligro por una combinación de factores adversos" (principio 4).

Para los efectos de esta tesis, es importante el documento en estudio, puesto que establece los bienes jurídicos protegidos, que son: "la salud del hombre, ... los recursos vivos y la vida marina" (principio 7). En este instrumento se establece que el hombre tiene "el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar"; por otra parte, "tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras" (principio 1); he aquí la parte medular de esta Declaración, el derecho humano al medio ambiente y la obligación de garantizar el desarrollo sustentable al que aludí *supra*.

Es el medio ambiente el objeto mediato de tutela que establece dicho documento. Aquél se garantiza en función de la protección inmediata de los bienes ahí señalados: "los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales" (principio 2).

Para la conservación del medio ambiente se establecen ciertas prácticas, entre las que destacan las políticas demográficas que aprobadas por los gobiernos

respectivos, respeten los derechos humanos fundamentales (principio 16). Asimismo, se establece la obligación de implementar políticas de educación tanto para la generaciones jóvenes como para las futuras, que se inspiren en la responsabilidad que tiene cada quien en la protección del medio ambiente. En el mismo sentido, los medios de comunicación de masas deben evitar el contribuir al deterioro ambiental, según el principio 19.

Finalmente se reitera el derecho soberano de los pueblos sobre la aplicación de las políticas ambientales, siempre que estas no menoscaben el derecho de otros Estados a contar con un medio ambiente adecuado (principio 22).

D. Declaración de Río

En 1992 se llevó a cabo la "Cumbre de la Tierra" en Río de Janeiro. Se trató de una de las más grandes convocatorias internacionales que han existido, aunque los resultados no fueron los esperados. De esta cumbre surgió la "Declaración de Río", que vino a reemplazar a la "Carta de la Tierra" que se planeaba crear en ese encuentro.

La Declaración de Río contempla 27 principios en los que se establecen los derechos relacionados con el medio ambiente, así como la permanencia del status biológico de nuestro planeta. Los cuatro temas que de manera general se abordaron en dicho Instrumento, fueron: ayuda tecnológica, utilización de leyes efectivas, indemnización por daños y respeto a los indígenas⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 24-25.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

E. Tratado de Libre Comercio de América del Norte

En el decreto publicado en el DOF el día ocho de diciembre de 1993, se recoge el instrumento comercial suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México. Para los efectos que ahora interesan, debo destacar que el tratado cuenta con un Acuerdo de cooperación ambiental de América del Norte entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América, 1993.

En este documento también se plasma la intención de proteger la soberanía de los Estados con respecto a la libre disposición de sus recursos naturales, pero en el mismo sentido, se establece la responsabilidad de que sus políticas no causen daño al medio ambiente de otros Estados o fuera de los límites de su jurisdicción. Se afirman los compromisos contraídos ya en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

Entre los objetivos de ese acuerdo se establece fortalecer la cooperación para elaborar y mejorar las leyes, reglamentos, procedimientos, políticas y prácticas ambientales. Además, cada parte deberá elaborar, periódicamente, informes sobre el estado del medio ambiente en su territorio.

El Acuerdo que señalo ahora, a pesar de no haber sido invocado en el proceso legislativo del título del Código penal federal que ahora se estudia, pudo haber tenido influencia en nuestra legislación, pues en dicho dispositivo internacional se establece el derecho que cada parte tiene para adoptar y modificar sus leyes y reglamentos ambientales, garantizando que éstos prevean altos niveles de

protección ambiental (artículo 3); de ahí que las sanciones establecidas para estos delitos sean elevadas.

Para garantizar un alto nivel de protección al ambiente, cada parte deberá establecer medidas como la iniciación oportuna de procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos que procuren las sanciones idóneas en caso de violación a la ley (artículo 5). Fundamentalmente, las sanciones adoptadas por las partes deben tomar en cuenta la naturaleza y gravedad de la infracción, el beneficio económico y la situación económica del autor, así como otras circunstancias que se consideren pertinentes; deberán incluir, asimismo, convenios de cumplimiento, multas, "encarcelamiento", medidas precautorias, clausura y reparación del daño.

Finalmente es importante destacar que, por virtud de este Acuerdo, se crea una Comisión para la cooperación ambiental, órgano que procurará la observancia del Instrumento que se comenta.

F. Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros.

Se trata del acuerdo conocido como Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea. Este instrumento fue publicado el día seis de junio del 2000 en el Diario Oficial de la Federación. Cito aquí este instrumento en virtud de la relevancia que para nuestro país tienen los compromisos ahí establecidos. Al respecto, el artículo 34, relativo a la cooperación en materia de medio ambiente y recursos naturales, dispone que todas las medidas de cooperación que inicien las partes, deben tomar en cuenta "la necesidad de preservar el medio ambiente y los equilibrios ecológicos". Además, por virtud de ese instrumento, las partes se comprometen a

prevenir el deterioro ambiental, observar el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, intercambiar información de la materia, incentivar económicamente el cumplimiento, promover la gestión ambiental en los diferentes ámbitos de gobierno, y establecer la educación al respecto, entre otras medidas.

En algunos países, el bien jurídico tutelado por los denominados "delitos ambientales" es el equilibrio ecológico. Esto plantea ciertas dificultades para determinar en qué grado se considera que se ha alcanzado dicho equilibrio, o que se ha roto el que existía, si es que lo había.

IV. TUTELA PENAL ESPECÍFICA

1. Introducción

Los delitos contra el medio ambiente se han agrupado bajo el concepto de "delitos contra el ambiente y la gestión ambiental". Antes de la reforma de febrero de 2002 se aludía a "delitos ambientales", lo que dificultaba precisar el contenido del bien jurídico tutelado, ya que aún existe debate entre las concepciones más o menos antropocéntricas del medio ambiente⁶¹, por lo que la alusión a delitos ambientales dificultaba la interpretación de los tipos penales en esta materia.

Después de la reforma de 2002, el título se denominó atendiendo a los bienes jurídicos que se protegen: ambiente y gestión ambiental, a pesar de que ésta última es una función pública estatal en la protección del medio ambiente. Tomemos en cuenta que en el caso nacional, el sistema jurídico restringe la protección penal de los bienes jurídicos a que estos se encuentren más o menos protegidos en la Constitución, en el caso, la gestión ambiental no es un derecho de los gobernados, no se trata de una garantía reconocida por el Constituyente, se

⁶¹ Cfr. al respecto, Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 17.

trata de un instrumento estatal. Este problema se agudiza si tomamos en cuenta en que en general, aún no existe un total reproche social hacia las conductas contra el medio ambiente, y es más difícil aún que la sociedad reproche la afectación de la gestión ambiental.

Mauricio Libster destaca la conveniencia de legislar un tipo genérico de delito ecológico, tal como ya se ha hecho en algunos países. En un tipo de esta naturaleza tendrían cabida todas las conductas que vulneraran el medio ambiente, sin necesidad de reformar el precepto típico o hacer remisión a otro ordenamiento⁶², aunque en mi opinión, un tipo penal de esta naturaleza, por ser extremadamente abierto, generaría inseguridad jurídica.

Se trata, además de leyes penales en blanco, es decir, aquéllas que remiten a otros ordenamientos, pues el contenido de estas leyes debe encontrarse en normas administrativas. Así se observa cuando se exige la ilicitud como requisito de la conducta, es decir, cuando el tipo establece: "al que ilícitamente o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad", o bien, cuando se hace reenvío a la ley ambiental. Y aquí vale la pena destacar que si el precepto penal remite específicamente a una ley administrativa, no podrán sancionarse penalmente actos que vulneren otras normas administrativas en la materia, pues la norma administrativa, una vez acogida por la norma penal, forma parte de la misma, para todos los efectos. En ese tenor, se afirma, el error sobre la prohibición extrapenal constituye un error de tipo⁶³.

⁶² Cfr. *Delitos ecológicos, cit.*, pp. 206-207.

⁶³ En este sentido Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente, cit.*, pp. 62-63, 70 y 91.

En la reforma de febrero de 2002, se pretendió salvar esta situación. En la iniciativa del ejecutivo se señaló:

"Se sustituyen los elementos normativos de 'falta de autorización, contravención a las condiciones de ésta, violación a las normas oficiales mexicanas o reglamentos', pues resulta conveniente responsabilizar a quienes realicen las conductas y generen daños ambientales en forma ilícita en general, y no sólo a aquellos que lo hacen sin contar con las autorizaciones correspondientes o violando sus condicionantes. Esta última situación deja impune a una gran cantidad de conductas delictivas, en las que aún cuando el sujeto activo cuenta con una autorización, conoce y acepta el daño a la salud o al ambiente que genera su conducta. Lo mismo sucede en el caso de conductas criminales que causan daños ambientales bajo el amparo de la inexistencia de normas oficiales mexicanas".

La ley penal en blanco es característica de los sistemas de protección al medio ambiente en la mayoría de los países⁶⁴. Por ello el delito requerirá la vulneración de la norma administrativa y se excluirá la tipicidad del acto cuando se adecue al precepto administrativo. La existencia de un acto administrativo no puede excluir la tipicidad si se dictó contraviniendo las disposiciones generales⁶⁵.

En la jurisprudencia española se considera que las leyes penales en blanco son constitucionales, siempre que cumplan con los siguientes requisitos: que el reenvío a la ley administrativa sea expreso y se encuentre plenamente justificado en atención al bien jurídico, que la norma penal además de contemplar la sanción señale la materia de la prohibición de manera precisa, que exista la suficiente concreción a la norma administrativa hacia la que se remite, a efecto de cumplir cabalmente con el principio del tipo penal⁶⁶. Aún así, es ampliamente aceptado por la doctrina que las leyes penales en blanco vulneran la garantía de seguridad jurídica⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. Libster, *Delitos ecológicos, cit.*, p. 190.

⁶⁵ Cfr. Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente, cit.*, p. 57.

⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 58.

⁶⁷ En ese sentido *Ibidem*, p. 21.

Hasta antes de la reforma de 2002, las conductas requeridas en este tipo de ilícitos, eran de naturaleza exclusivamente dolosa, atendiendo al artículo 60 del Código penal federal, que dentro de su sistema de *numerus clausus* no establecía la posibilidad de sancionar los delitos ambientales a título de culpa.

La reforma de febrero de 2002, modificó el artículo 60 del Código represivo para permitir la sanción a título de culpa de las conductas contra el ambiente tipificadas en los artículos "414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV". Con ello se permite sancionar la comisión culposa de delitos de peligro, en algunos casos de peligro abstracto, situación que podría considerarse inconstitucional.

En la Iniclativa de reforma de 2002, se afirmó al respecto que:

"resulta necesario introducir la comisión culposa para sancionar los daños ambientales ocasionados por la inobservancia de un deber de cuidado, especialmente en aquellos delitos que implican el manejo de sustancias peligrosas, donde debe esperarse de quienes las manejan un especial nivel de previsión. Lo mismo puede decirse respecto de los delitos de resultado material que dañan los ecosistemas o ejemplares de especies particularmente protegidas; en estos casos, sin embargo, la punibilidad debe ser atenuada conforme a las reglas generales para la aplicación de sanciones para los delitos culposos".

Con esto se sigue la influencia de otros países en los que ya desde hace tiempo se admitió, respecto de los delitos contra el ambiente, la comisión culposa en delito de omisión; con base en ello, en España se han sancionado conductas omisivas como la de un Director de una fábrica "por omisión de ciertas exigencias técnicas

en cuanto a la empresa y de la vigilancia debida en cuanto a las circunstancias que podían determinar la apertura de las válvulas y al hecho mismo de su apertura".⁶⁸

2. Tipos penales

A. Artículo 414

"Artículo 414.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga, o realice cualquier otra actividad con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o autorice, que cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente.

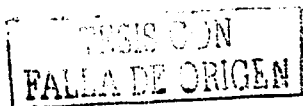
La misma pena se aplicará a quien ilícitamente realice las conductas con las sustancias enunciadas en el párrafo anterior, o con sustancias agotadoras de la capa de ozono y cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

En el caso de que las actividades a que se refieren los párrafos anteriores, se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa, a excepción de las actividades realizadas con sustancias agotadoras de la capa de ozono.

Cuando las conductas a las que se hace referencia en los párrafos primero y segundo de este artículo, se lleven a cabo en zonas urbanas con aceites gastados o sustancias agotadoras de la capa de ozono en cantidades que no excedan 200 litros, o con residuos considerados peligrosos por sus características biológico-infecciosas, se aplicará hasta la mitad de la pena prevista en este artículo, salvo que se trate de conductas repetidas con cantidades menores a las señaladas cuando superen dicha cantidad".

Por virtud de la reforma de febrero de 2002 se suprimió de este precepto la ilicitud administrativa. Anteriormente se exigía que la conducta se llevara a cabo "sin contar con las autorizaciones respectivas o violando las normas oficiales mexicanas", ahora se requiere que la conducta se lleve a cabo "ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad". Reitero lo afirmado sobre la exigencia de que los tipos penales en blanco remitan a una norma administrativa específica que haga defendible su legalidad.

⁶⁸ Así se estableció en sentencia, cit. en *ibidem*, p. 29.



En este tipo penal se suprimió la exigencia de daño a la salud pública, de igual manera se hizo en los artículos 415, 416 y 417. Según se argumentó en la iniciativa, "estos tipos penales mantienen una redacción que corresponde a los contenidos de los artículos 456, 457 y 463 de la Ley General de Salud" y que por tanto prevalecerá la aplicación de la norma especial sobre el Código penal. Sin embargo, a pesar de que ya no exista la exigencia expresa en el tipo penal, dado el carácter antropocéntrico con que se protege el medio ambiente, su lesión generará daño a la salud pública, la diferencia radica en que ya no se requerirá acreditar el daño a la salud (bien difuso), bastará que exista un riesgo de daño a los recursos naturales, en el caso del segundo párrafo del precepto.

Asimismo, se eliminó la agravante cuando las conductas se llevaran a cabo en un centro de población, en su lugar se tomó como referencia un área natural protegida. También se prevé la comisión culpable de las conductas previstas en el primer y tercer párrafo, mediante la reforma al artículo 60 del Código penal.

El objeto de tutela de estos delitos se encuentra inmerso en el texto del propio artículo. Se protege los recursos naturales, la flora, la fauna, los ecosistemas, la calidad del agua, al suelo, al subsuelo y al ambiente.

Recurso natural es el "elemento natural susceptible de ser aprovechado en beneficio del hombre". La flora silvestre comprende a las especies vegetales, así como los hongos, que subsisten sujetas a los procesos de selección natural que se desarrollan libremente, incluyendo las poblaciones o especímenes de estas especies que se encuentran bajo control del hombre. La fauna silvestre comprende a las "especies animales que subsisten sujetas a los procesos de selección natural y que se desarrollan libremente, incluyendo sus poblaciones menores que se

encuentran bajo control del hombre, así como los animales domésticos que por abandono se tornen salvajes y por ello sean susceptibles de captura y apropiación". Asimismo, ecosistema es la "unidad funcional básica de interacción de los organismos vivos entre sí y de estos con el ambiente, en un espacio y tiempo determinados"⁶⁹.

Los elementos señalados anteriormente forman parte de lo que se conoce como ambiente. Ambiente, de acuerdo con la ley ambiental, es el "conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados" (artículo 3º fracción I LEGEIPA). Por lo que debe concluirse que los bienes jurídicos tutelados por el primer párrafo del artículo 414 son en su conjunto lo que constituye el medio ambiente.

Osorio y Nieto señala que los bienes jurídicos tutelados en este precepto normativo son "el medio ambiente, en especial la flora, la fauna y los ecosistemas"⁷⁰; sin embargo, consideremos que estos elementos forman parte de lo que se denomina ambiente.

Anteriormente, el artículo en comento remitía al dispositivo 147 de la LEGEIPA, que prevé que las personas que realicen actividades altamente riesgosas deben presentar un "estudio de riesgo ambiental, así como someter a la aprobación de [la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca] y de las Secretarías de Gobernación, de Energía, de Comercio y Fomento Industrial, de Salud, y del Trabajo y Previsión Social, los programas para la prevención de accidentes en la

⁶⁹ Artículo 3º de la LEGEIPA.

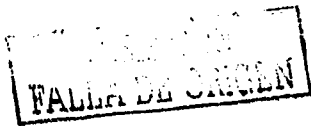
⁷⁰ *Delitos federales, cit.*, p. 390.

realización de tales actividades, que puedan causar graves desequilibrios ecológicos". A pesar de que ya no exista la remisión expresa, debe recordarse que la intención del legislador que adicionó este título al Código penal federal, fue proteger la salud pública, a la vez que se tutelaba el ambiente.

En el segundo párrafo del artículo 414 se prevén las mismas conductas que en el primer párrafo pero no se exige daño a los bienes jurídicos, basta que se produzca un riesgo de daño. De ahí que se puede afirmar que existe identidad en los bienes jurídicos protegidos.

El tercer párrafo contiene un tipo complementado cualificado, es decir, se agrava la sanción en relación con el tipo autónomo del primer párrafo; la agravación resulta de que el bien que se tutela es de los considerados de gran entidad. Al llevarse a cabo actividades riesgosas dentro de un "área natural protegida", la sanción se incrementa hasta en tres años y la pecuniaria en mil días multa. Según la LEGEEPA, son áreas naturales protegidas, "las zonas del territorio nacional y aquéllas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción, en donde los ambientes originales no han sido significativamente alterados por la actividad del ser humano o que requieren ser preservadas y restauradas y están sujetas al régimen previsto en la presente Ley" (fracción II). Al ser éstas áreas de especial interés para la sociedad, en algunos casos, patrimonio de la humanidad, se justifica su agravante.

El último párrafo de este precepto prevé una circunstancia atenuante, según se dijo en la iniciativa de reforma: "se adicionan atenuantes para el caso de los residuos peligrosos de menor impacto ambiental, así como para aplicar una menor sanción a los microgeneradores de residuos provenientes de talleres y otras negociaciones en zonas urbanas, a los que no puede exigírseles, desde el punto de



vista penal, el cumplimiento estricto de la ley, de la misma forma que los grandes generadores. Igualmente se atenúa la pena para los que realizan conductas poco significativas con sustancias agotadoras de la capa de ozono”.

B. Artículo 415

“Artículo 415.- Se Impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien sin aplicar las medidas de prevención o seguridad:

I. Emita, despidá, descargue en la atmósfera, lo autorice u ordene, gases, humos, polvos o contaminantes que ocasionen daños a los recursos naturales, a la fauna, a la flora, a los ecosistemas o al ambiente, siempre que dichas emisiones provengan de fuentes fijas de competencia federal, conforme a lo previsto en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, o

II. Genere emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica, provenientes de fuentes emisoras de competencia federal, conforme al ordenamiento señalado en la fracción anterior, que ocasionen daños a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas o al ambiente.

Las mismas penas se aplicarán a quien ilícitamente lleve a cabo las actividades descritas en las fracciones anteriores, que ocasionen un riesgo a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas o al ambiente.

En el caso de que las actividades a que se refiere el presente artículo se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa”.

Antes de la reforma de 2002, este precepto contenía tres fracciones, la primera se refería a las conductas llevadas a cabo con residuos peligrosos. En la iniciativa se afirmó que al no existir diferencia entre residuos peligrosos y sustancias peligrosas, esta fracción se incorporaba en el artículo 414.

En las dos fracciones restantes se suprimió la ilicitud administrativa, por lo que ya no es necesario que se vulnere las disposiciones legales o normas oficiales mexicanas. Ahora se requiere que no se apliquen las medidas de prevención o seguridad, es decir, se trata de ilícitos de omisión.

La primer fracción del artículo 415 sanciona a quien emita, autorice la emisión u ordene la misma, de gases, humos, polvos o contaminantes (éste último concepto

adicionado por reforma de 2002) que causen daños a los recursos naturales, la fauna, la flora, a los ecosistemas o al ambiente; siempre que --se incluye la referencia de lugar--, provengan de fuentes fijas de jurisdicción federal, conforme lo previene la LEGEPA. Pero ¿qué pasa con las fuentes de jurisdicción local? En tal supuesto, tendría aplicación la legislación local que corresponda.

Se ha señalado que este precepto tiene como objeto de tutela el medio ambiente⁷¹. Hasta antes de 2002, no se hacía referencia expresa al daño al ambiente, actualmente se enumera en el tipo penal. Llama la atención que este es un caso en que no basta la puesta en peligro del bien jurídico, aquí, según señala el precepto, se requiere el daño al mismo; empero, en el caso del ambiente, al tratarse de un interés colectivo, cuyo titular no es individualmente identificable, reviste un alto grado de dificultad comprobar la efectiva lesión al objeto de tutela.

La fracción II del artículo 415 tipifica la generación de emisiones de ruido, vibraciones, energía térmica o lumínica, que ocasionen daños a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, los ecosistemas o al ambiente. Aquí se encuentran detallados los bienes jurídicos protegidos, aunque debo precisar nuevamente que los recursos naturales, la flora, fauna y ecosistemas forman parte de lo que la ley ambiental denomina ambiente. Por ello el objeto de tutela se reduce al medio ambiente.

Será muy difícil encontrar sentencias por el delito de emisión de ruidos. Citemos el caso de España, al que se ha calificado como "uno de los países más ruidosos del mundo", respecto del que las estadísticas señalan que el 23% de la población soporta niveles de ruido superiores a los 65 decibeles, límite máximo a partir del

⁷¹ Cfr. *ibidem*, p. 395.

cual ya se producen alteraciones fisiológicas en el hombre. En ese país, no existía en 1999 una sola sentencia penal relativa a emisiones de ruido⁷².

En consideración de César Augusto Osorio estas conductas pueden "ser elementos nocivos para la ecología y consecuentemente para salud humana, animal o vegetal"⁷³. Sin embargo, la salud animal o vegetal sólo sería tutelable en la medida en que pudiera poner en peligro la salud humana. El Derecho penal debe ser garantista del ser humano y no puede dar más valor a los seres animales o vegetales que al ser humano. Empero puede prohibir conductas que pongan en peligro la salud humana. Más adelante el mismo autor señala que el bien jurídico protegido es el medio ambiente⁷⁴, yo agregó también la salud humana.

En la reforma de 2002, se adicionó un párrafo para establecer la posibilidad de sancionar conductas que solamente generen riesgo de daño, no así daño efectivo, aunque se excluyó este párrafo del catálogo de los delitos que pueden ser punibles a título de culpa.

C. Artículo 416

"Artículo 416.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que ilícitamente descargue, deposite, o infiltre, lo autorice u ordene, aguas residuales, líquidos químicos o bloquímicos, desechos o contaminantes en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua de competencia federal, que cause un riesgo de daño o dañe a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a la calidad del agua, a los ecosistemas o al ambiente.

Cuando se trate de aguas que se encuentren depositadas, fluyan en o hacia una área natural protegida, la prisión se elevará hasta tres años más y la pena económica hasta mil días multa".

⁷² Cfr. Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente, cit.*, p. 43.

⁷³ *Delitos federales, cit.*, p. 396.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 397.

Anteriormente este artículo contenía dos fracciones, después de 2002 la fracción II que se refería a la destrucción, disección o relleno de humedales, manglares, lagunas, esteros o pantanos, se transfirió al artículo 420 por considerarse que se trata de un tipo que atenta contra la biodiversidad, según se afirmó en la iniciativa de reforma.

En la fracción restante se incluyó una nueva conducta de "infiltración a subsuelos", por "considerarse que puede impactar a los recursos naturales en forma similar al resto de las conductas de este artículo".

Anteriormente la ilicitud administrativa consistía en la ausencia de autorización o contravención a las disposiciones legales, reglamentarias y normas oficiales mexicanas. Actualmente sólo se requiere que exista ilicitud sin encontrarse determinado de qué tipo. Esta situación genera un tipo abierto con su consecuente problema de constitucionalidad.

El precepto tipifica la descarga, depósito o infiltración ilegales de aguas residuales, desechos o contaminantes, en suelos, subsuelos o aguas, de manera ilícita. Los bienes jurídicos aquí tutelados se encuentran expresamente establecidos en el precepto, se trata, principalmente, de los recursos naturales, la flora, la fauna, la calidad de agua, los ecosistemas y el ambiente.

El tipo penal que se estudia, es de los considerados de peligro, pues basta la puesta en peligro del bien jurídico para incriminar la conducta. Empero, también se integra cuando ha habido una lesión o daño.

Si atendemos a la definición de recurso natural como "el elemento natural susceptible de ser aprovechado en beneficio del hombre", podemos advertir que la

flora, la fauna, la cuenca y los ecosistemas se engloban en la clasificación de recurso natural. Y si tomamos también en cuenta que recurso natural forma parte de lo que la ley ambiental denomina "ambiente", entonces podemos deducir que los bienes jurídicos de este tipo penal son únicamente el ambiente y de manera indirecta la salud pública.

A decir de Osorio y Nieto el bien jurídico tutelado por este artículo es "el medio ambiente, en especial los depósitos o corrientes de agua de jurisdicción federal"⁷⁵. Me remito al comentario que hice anteriormente al respecto.

D. Artículo 417

CAPÍTULO II. De la biodiversidad

"Artículo 417.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que introduzca al territorio nacional, o trafique con recursos forestales, flora o fauna silvestre viva o muerta, sus productos o derivados, que porten, padezcan o hayan padecido, según corresponda alguna enfermedad contagiosa, que ocasione o pueda ocasionar su diseminación o propagación o el contagio a la flora, a la fauna, a los recursos forestales o a los ecosistemas".

Una novedad de la reforma de 2002 fue la separación de este precepto en un capítulo denominado "De la biodiversidad", lo que nos facilita la identificación del bien jurídico tutelado. Biodiversidad, según la LEGEEPA, es la "variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otros, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas". De ahí que pueda admitirse que la biodiversidad es otro bien jurídico tutelado por este tipo penal.

César Augusto Osorio advierte que los bienes jurídicos que ahí se tutelan son "la salud y conservación de los recursos forestales, la flora y la fauna silvestre

⁷⁵ *Ibidem*, p. 399.

nacionales; los ecosistemas y la salud pública⁷⁶. La protección que se lleva a cabo por este tipo y que se extiende hacia la flora, fauna, recursos forestales y ecosistemas, se da en atención a la salud pública. De ahí que considero que el bien jurídico tutelado por este supuesto es la salud pública, independientemente del medio ambiente.

E. Artículo 418

"Artículo 418.- Se impondrá pena de seis meses a nueve años de prisión y por equivalente de cien a tres mil días multa, siempre que dichas actividades no se realicen en zonas urbanas, al que ilícitamente:

- I. Desmante o destruya la vegetación natural;
- II. Corte, arranque, derribe o tale algún o algunos árboles, o
- III. Cambie el uso del suelo forestal.

La pena de prisión deberá aumentarse hasta en tres años más y la pena económica hasta en mil días multa, para el caso en el que las conductas referidas en las fracciones del primer párrafo del presente artículo afecten un área natural protegida".

Son múltiples las hipótesis de conductas que prevé este precepto. Se ha realizado un análisis sobre la similitud de las conductas. Efectivamente, "desmontar" significa cortar la flora en general, "cortar, arrancar, derribar o talar" se aplican todas para la tala de árboles, por lo que las anteriores conductas resultan similares. "Destruir" significa dañar al grado de que la cosa quede inutilizable, "aprovechar" significa utilizar y/o industrializar los recursos forestales⁷⁷. En la práctica, algunas de estas conductas se realizan con la intención de cambiar el uso de suelo, sin embargo no se requiere tal resultado, basta con llevar a cabo cualquiera de estas conductas sin contar con la autorización correspondiente; si se cuenta con esta última, la conducta será lícita.

Este tipo penal se incluye la frase "siempre que dichas actividades no se realicen en zonas urbanas", para aclarar que los conceptos de ilicitud obedecen al ámbito

⁷⁶ *Ibidem*, p. 403.

⁷⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 404.

de aplicación espacial de la Ley Forestal. Anteriormente la remisión era expresa. La ilicitud requerida para este tipo, puede ser de cualquier índole. En ocasiones, la tala de árboles es lícita, cuando se cuenta con autorización para ésta, a pesar de estar dañando recursos naturales y por ende el ambiente. Por ello, la sanción de la conducta atiende a la falta de un requisito administrativo.

Se ha afirmado que los bienes jurídicos tutelados por este precepto son "los recursos forestales y la vegetación natural de la Nación"⁷⁸. Empero, si tomamos en cuenta que ambos entran en la categoría de recursos naturales y que estos a su vez forman parte del medio ambiente, tenemos que es este último el bien que se tutela por este tipo penal.

F. Artículo 419

"Artículo 419.- A quien ilícitamente transporte, comercie, acople, almacene o transforme madera en rollo, astillas, carbón vegetal, así como cualquier otro recurso forestal maderable, o tierra procedente de suelos forestales en cantidades superiores a cuatro metros cúbicos o, en su caso, a su equivalente en madera aserrada, se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa. La misma pena se aplicará aun cuando la cantidad sea inferior a cuatro metros cúbicos, si se trata de conductas reiteradas que alcancen en su conjunto esta cantidad.

La pena privativa de la libertad a la que se hace referencia en el párrafo anterior se incrementará hasta en tres años más de prisión y la pena económica hasta en mil días multa, cuando los recursos forestales maderables provengan de un área natural protegida".

Los recursos naturales maderables son los árboles o arbustos de los que se obtiene la madera (xilema)⁷⁹. El transporte, comercialización, acopio y almacenamiento constituyen el proceso de producción de la madera. Empero, no es delictivo el proceso en sí mismo, puesto que se permite cuando las cantidades no son superiores a cuatro metros cúbicos rollo o su equivalente, o bien, cuando su utilización es doméstica; será lícito cuando la producción exceda de esa

⁷⁸ *Ibidem*, p. 405.

cantidad y se lleve a cabo de manera ilícita, evidentemente, en los términos de la Ley Forestal, aunque ya no exista remisión al respecto.

Señala César Augusto Osorio que el objeto de protección son "los recursos forestales de la nación"⁶⁰. Ahora bien, estos recursos adquieren la calidad de recursos naturales, y los recursos naturales forman parte del medio ambiente, de donde se infiere que el objeto indirecto de tutela es el medio ambiente, y toda vez que el ambiente se protege en atención a la salud humana, ésta también constituye bien jurídico.

G. Artículo 420

"Artículo 420.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

I. Capture, dañe o prive de la vida a algún ejemplar de tortuga o mamífero marino, o recolecte o almacene de cualquier forma sus productos o subproductos;

II. Capture, transforme, acople, transporte o dañe ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda;

III. Realice actividades de caza, pesca o captura con un medio no permitido, de algún ejemplar de una especie de fauna silvestre, o ponga en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestres;

IV. Realice cualquier actividad con fines de tráfico, o capture, posea, transporte, acople, introduzca al país o extraiga del mismo, algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos, de una especie de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica, amenazada, en peligro de extinción, sujeta a protección especial, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte, o

V. Dañe algún ejemplar de las especies de flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas señaladas en la fracción anterior.

Se aplicará una pena adicional hasta de tres años más de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o cuando se realicen con fines comerciales".

La fracción I tipifica la captura, daño o privación de la vida de alguna tortuga mamífero marino, así como la recolección o comercialización de sus productos o subproductos; anteriormente se aludía a quelonio en vez de tortuga. La necesidad

⁷⁹ Cfr. *ibidem*, p. 408.

de tipificar estas conductas surgió debido al problema que se presentan hoy en día con la comercialización de las tortugas (quelonios), las ballenas (mamíferos marinos) y sus productos, ya que se trata de especies en peligro de extinción. México es un país que cuenta con múltiples especies de mamíferos marinos; se considera que solamente en el Golfo de California se conocen más de treinta especies⁸¹.

La tipificación de la conducta "captura", resulta excesiva, pues capturar significa tanto aprehender, como detener momentáneamente⁸². Al no encontrarse delimitado el núcleo de la acción, se incurre en violación al principio de seguridad jurídica, pues se trata de un tipo penal excesivamente amplio.

La comercialización de estas especies y de sus productos no siempre es ilícita, lo será así sólo cuando se lleve a cabo sin la autorización administrativa correspondiente; por ello en el primer párrafo del artículo se exige que las conductas se lleven a cabo de manera ilícita.

Se ha afirmado que el bien jurídico tutelado por la fracción I del artículo que se comenta es la "fauna marina referente a mamíferos y quelonios (tortugas) marinos"⁸³. Valga para este supuesto la reflexión que realicé antes: la fauna marina forma parte de lo que se conoce como medio ambiente, por ello considero que es este último el bien que se tutela por esa fracción, pero no sólo eso, al tratar de evitar la desaparición de las distintas especies de quelonios y mamíferos se está protegiendo también la "biodiversidad o diversidad biológica" patrimonio no sólo

⁸⁰ *Ibidem*, p. 409.

⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 411.

⁸² Alboukrek, Aarón y Fuentes Sáenz, Gloria, *Diccionario de sinónimos y antónimos e ideas afines*, Ed. Larousse, México, 2000, p. 79.

⁸³ Osorio y Nieto, *Delitos federales, cit.*, pp. 411 y 413.

del país, sino del mundo. De conformidad con el artículo 3º fracción IV de la LEGEEPA, la biodiversidad es la "variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otros, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte: comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas".

La fracción II del artículo 420, tipifica la captura, transformación, acopio, transporte o daño de ejemplares de especies acuáticas declaradas en veda. Comparto el parecer de Osorio y Nieto en el sentido de que difícilmente se podría otorgar autorización para llevar a cabo estas actividades cuando las especies se encuentren en veda, por lo que en todo caso existiría el requisito de la ilicitud; recordemos que "veda es un periodo legal en el que se prohíbe la caza o la pesca de determinadas especies"⁸⁴. Asimismo, no había necesidad de limitarse a la veda de las especies acuáticas, debería protegerse más bien y especialmente a las especies en peligro de extinción, a pesar de no ser acuáticas⁸⁵.

El bien jurídico tutelado por esta hipótesis, a decir de César Augusto Osorio, consiste en las "especies acuáticas declaradas en veda"⁸⁶; aunque debemos recordar que estas especies forman parte de lo que conocemos como medio ambiente y que es este último el bien específicamente tutelado.

La fracción III del artículo 420 tipifica la caza, pesca o captura de fauna silvestre cuando se utilicen medios no permitidos, o se ponga en riesgo la viabilidad biológica de una población o especie silvestre. Entre los medios prohibidos

⁸⁴ *Ibidem*, p. 414.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 414-415.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 415.

encontramos "las armadas, venenos, reclamos, y en determinados casos las redes"⁸⁷. Dicha prohibición radica esencialmente en la peligrosidad que estos medios implican para el ser humano, especialmente por lo que hace a los venenos. Anteriormente, este delito era tipificado por la Ley de Caza, ahí se aludía a "medios no autorizados". Anteriormente el Código penal federal aludía a "medios prohibidos", lo que en opinión de Osorio y Nieto significaba un retroceso que llevaba a la impunidad⁸⁸, afortunadamente, en la reforma de febrero de 2002, se cambió la frase por "medios no permitidos".

Se afirma que el bien jurídico tutelado por esta fracción es la "fauna silvestre". Empero, la fauna silvestre forma parte del medio ambiente, además, considero que predominantemente se protege la salud humana y adicionalmente, la biodiversidad, al impedir la extinción de las especies amenazadas.

La cuarta fracción tipifica la realización ilícita de cualquier actividad con fines de tráfico, la captura, posesión, transporte, acopio, introducción al país o extracción del mismo, de algún ejemplar, sus productos o subproductos y demás recursos genéticos⁸⁹, de una especie de "flora o fauna silvestres, terrestres o acuáticas en veda, considerada endémica⁹⁰, amenazadas⁹¹, o en peligro de extinción⁹², sujeta a

⁸⁷ *Ibidem*, p. 416.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 417.

⁸⁹ Dispone la LEGEEPA que material genético es "todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo, que contenga unidades funcionales de herencia" (artículo 3 fracción XXI).

⁹⁰ Son endémicas "las especies (animales o vegetales) que tienen un área de asentamiento restringido a una zona determinada y que se puede considerar reducida". Osorio y Nieto, *Delitos federales*, cit., p. 420.

⁹¹ Especie amenazada "es aquella que el tamaño de su población tiende a reducirse, por diversos motivos". *Ibidem*, p. 420.

⁹² Especies en peligro de extinción "son aquellas que se encuentran en riesgo de desaparecer por lo reducido de su población, consecuencia de acciones humanas generalmente". *Ibidem*, p. 420.

protección especial⁹³, o regulada por algún tratado internacional del que México sea parte.

El bien jurídico tutelado, a decir de Osorio y Nieto, son las "especies de flora y/o fauna silvestres"⁹⁴, éstas a su vez forman parte del medio ambiente. Además, al estar tutelando algunas especies en particular, que son las endémicas, amenazadas, en peligro de extinción, raras o especialmente protegidas, se tutela la diversidad biológica.

La última fracción de este artículo sanciona el dañar las especies de flora y fauna silvestres que se detallan en el párrafo anterior. Señala el autor antes citado que el bien jurídico son las "especies de flora y fauna silvestres"⁹⁵. Hay que precisar que específicamente las detalladas en la fracción IV, y ya que estas forman parte del medio ambiente, considero que es éste el bien jurídico que se tutela, además, como lo señalé para el caso anterior, se protege también la biodiversidad.

H. Artículo 420 bis

"Artículo 420 bis.- Se impondrá pena de dos a diez años de prisión y por el equivalente de trescientos a tres mil días multa, a quien ilícitamente:

I. Dañe, deseque o rellene humedales, manglares, lagunas, esteros o pantanos;

II. Dañe arrecifes;

III. Introduzca o libere en el medio natural, algún ejemplar de flora o fauna exótica que perjudique a un ecosistema, o que dificulte, altere o afecte las especies nativas o migratorias en los ciclos naturales de su reproducción o migración, o

IV. Provoque un incendio en un bosque, selva, vegetación natural o terrenos forestales, que dañe elementos naturales, flora, fauna, los ecosistemas o al ambiente.

⁹³ Especies sujetas a protección especial son "todas aquellas que por diversas causas, incluidas el endemismo, la amenaza o el peligro de extinción u otras que motivan que medidas protectoras para, por lo menos preservar la especie". *Ibidem*, p. 420.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 421.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 423.

Se aplicará una pena adicional hasta de dos años de prisión y hasta mil días multa adicionales, cuando las conductas descritas en el presente artículo se realicen en o afecten un área natural protegida, o el autor o partícipe del delito previsto en la fracción IV, realice la conducta para obtener un lucro o beneficio económico”.

La primer fracción de este artículo corresponde a la fracción II del antiguo artículo 416. La conducta se incorporó en el artículo 420 bis, por considerar que el bien jurídico tutelado en este caso es la biodiversidad, según se afirmó en la iniciativa de la reforma de febrero de 2002. Se tipifica la destrucción, desecación y relleno de humedales, manglares, lagunas, esteros o pantanos. Señala Osorio y Nieto que la destrucción de estos elementos de la naturaleza lesiona de manera irreparable la fauna, flora, ecología y entorno natural, destruyendo para siempre las plantas, animales y a no lejano plazo al hombre mismo. Asimismo llama la atención sobre la importancia de que en este precepto se deban incluir también las “barrancas”, éstas son “fracturas profundas en la superficie del suelo, depresiones, honduras, hondonadas, que también tienen una gran importancia dentro de la naturaleza, por la fauna y la flora que albergan, por sus funciones en cuanto a las aguas freáticas y por otras múltiples razones”⁹⁶.

Los bienes jurídicos que aquí se tutelan son “el medio ambiente; en especial la salud pública, la fauna, la flora y los ecosistemas”⁹⁷. Recordemos que todos estos elementos forman parte de lo que conocemos como ambiente, conforme a las consideraciones que hice anteriormente, por lo que el objeto de tutela en esta fracción es el medio ambiente, además de la salud pública.

La fracción II sanciona el daño ilícito de arrecifes, evidentemente no podría ser de otra forma. En la iniciativa de reforma de 2002 se afirmó que se trata de un delito contra la biodiversidad. En el Debate en la Cámara de Diputados, se consideró que

⁹⁶ *Ibidem*, p. 400.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 401.

"cualquier arrecife es un ecosistema invaluable cuya destrucción debe ser sancionada en el ley". De lo anterior puede afirmarse que este tipo penal protege la biodiversidad y el medio ambiente.

La fracción III tipifica la ilícita introducción o liberación en el medio natural, de algún ejemplar de flora o fauna exótica que perjudique a un ecosistema, o que dificulte, altere o afecte las especies nativas o migratorias en los ciclos naturales de su reproducción o migración. De la sola lectura de la fracción se advierte el bien jurídico tutelado: los ecosistemas y por ende, el medio ambiente.

Finalmente, la fracción IV tipifica la comisión ilícita de incendios, siempre que el resultado derive en daños a los recursos naturales, la flora o la fauna, los ecosistemas o al ambiente. Se trata de un delito de daño y no de peligro, como suelen ser los delitos contra el medio ambiente, por lo que la sola provocación del incendio no será punible en tanto no tenga como resultado los daños a los recursos naturales.

Anteriormente no existía la posibilidad de sancionar a título de culpa los daños generados por incendio conforme a nuestro sistema de *numerus clausus* contemplado en el artículo 60 del Código Penal. Sin embargo, la mayoría de los incendios se producen culposamente. Esta laguna quedó salvada por la reforma de febrero de 2002.

La hipótesis delictiva de incendio ya se encontraba prevista como daño en propiedad ajena específico; así, el artículo 397 fracción V del ordenamiento punitivo federal sanciona al que cause incendio, inundación o explosión con daño o peligro de "montes, bosques, selvas, pastos, mieses o cultivos de cualquier género". Estos supuestos de daño en propiedad ajena admiten comisión a título de

culpa, conforme al sistema de *numerus clausus*, en este caso, el tipo penal no exige el daño, basta con la puesta en peligro del bien jurídico.

Se afirma que los bienes jurídicos tutelados son "los recursos naturales, la flora y la fauna silvestres y los ecosistemas"⁹⁸; ahora bien, al tratarse en estos casos de recursos naturales pertenecientes al medio ambiente, infiero que se trata de un tipo penal que protege a este último bien jurídico, con independencia de que el ambiente se establezca de manera expresa como bien jurídico.

Respecto de la punibilidad, surge la interrogante de por qué se sanciona con la misma pena la destrucción de la vegetación por cualquier medio, que la que se realiza por incendio ocasionado de manera dolosa. Estas dos hipótesis difieren en cuanto a que en el segundo caso se genera un peligro común⁹⁹, ya no sólo al medio ambiente de manera ilimitada, sino también a la población. Por ello debería ponderarse la necesidad de diferenciar las penas, pues en este último caso se está poniendo en peligro, además, la seguridad de la población.

I. Artículo 420 Ter

CAPÍTULO TERCERO.-

De la bioseguridad

"Artículo 420 Ter.- Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien en contravención a lo establecido en la normatividad aplicable, introduzca al país, o extraiga del mismo, comercie, transporte, almacene o libere al ambiente, algún organismo genéticamente modificado que altere o pueda alterar negativamente los componentes, la estructura o el funcionamiento de los ecosistemas naturales.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 407.

⁹⁹ En el caso de España, la sanción establecida para la destrucción dolosa mediante incendio es más severa que para los demás casos; al respecto cfr. Silva Sánchez, *Delitos contra el medio ambiente, cit.*, p. 16.

Para efectos de este artículo, se entenderá como organismo genéticamente modificado, cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de Ingeniería genética”.

Hemos llegado al más polémico de los tipos penales en materia de delitos contra el medio ambiente, se trata del manejo ilícito de los organismos genéticamente modificados. Tipo penal que desde su creación ha levantado serias protestas incluso de uno de los sectores más prestigiados de la población: los académicos, tal como lo afirmé antes.

Organismos genéticamente modificado, según establece el mismo precepto, es “cualquier organismo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología, incluyendo los derivados de técnicas de Ingeniería genética”. Evidentemente el concepto es muy amplio, tal vez por ello se exige el requisito de la ilicitud administrativa: “en contravención a lo establecido en la normatividad aplicable”, aunque valdría la pena preguntarnos si existe normatividad al respecto, o si ésta es suficiente.

En la iniciativa de reforma que adicionó este tipo penal, muy poco se justificó su incorporación. El ejecutivo federal en su iniciativa se limitó a afirmar: “se adiciona una conducta típica referida a organismos genéticamente modificados, por su importancia y las consecuencias negativas en el ambiente y a la salud humana que pueden genera”. En el Dictamen de la Cámara de Diputados, nada se dijo al respecto.

Lo cierto es que se incorporó este tipo penal en el Capítulo Tercero “De la bioseguridad”, capítulo que por cierto sólo cuenta con un artículo. Se puede inferir que el legislador consideró que estas conductas afectaban la bioseguridad.

Rodas Monsalve justifica la tipificación de conductas contra la bioseguridad en virtud de que los resultados de la ciencia contemporánea han mostrado cuán peligrosa puede ser la realización de experimentos en los cuales no se ejerzan los controles y no se tomen las medidas de protección debidas. En la Constitución colombiana de 1991, comenta, se consagró la prohibición de fabricación, posesión e importación o uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos¹⁰⁰.

Considero que es éste un delito en el que se tipifican conductas contra la bioseguridad, el medio ambiente, pero sobre todo en función de la salud humana. Asimismo, destaco que para que este tipo penal tenga éxito, debe avanzarse primero en la regulación jurídica de la bioseguridad en otras materias, puesto que el tipo penal sólo será aplicable cuando se presente la contravención a la normatividad aplicable.

J. Artículo 420 Quater

CAPÍTULO CUARTO

Delitos contra la gestión ambiental

"Artículo 420 Quater.- Se impondrá pena de uno a cuatro años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, a quien:

I. Transporte o consienta, autorice u ordene que se transporte, cualquier residuo considerado como peligroso por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, biológico infecciosas o radioactivas, a un destino para el que no se tenga autorización para recibirlo, almacenarlo, desecharlo o abandonarlo;

II. Asiente datos falsos en los registros, bitácoras o cualquier otro documento utilizado con el propósito de simular el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normatividad ambiental federal;

III. Destruya, altere u oculte información, registros, reportes o cualquier otro documento que se requiera mantener o archivar de conformidad a la normatividad ambiental federal;

IV. Prestando sus servicios como auditor técnico, especialista o perito o especialista en materia de impacto ambiental, forestal, en vida silvestre, pesca u otra materia ambiental, faltare a la verdad provocando que se cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente,
o

¹⁰⁰ "Delitos contra el medio ambiente...", *rev. cit.*, p. 84.

V. No realice o cumpla las medidas técnicas, correctivas o de seguridad necesarias para evitar un daño o riesgo ambiental que la autoridad administrativa o judicial le ordene o imponga.

Los delitos previstos en el presente Capítulo se perseguirán por querrela de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente”.

Éste es el último artículo de este capítulo que establece delitos ambientales. Como se puede apreciar del nombre del capítulo, con la adición del mismo se buscó proteger “la gestión ambiental”. Esto se confirma con la afirmación realizada en la iniciativa de reforma de febrero de 2002, ahí se aseveró que “se tipifican las conductas que afectan gravemente la veracidad de la Información de los registros de emisión y transferencia de contaminantes de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, los instrumentos de gestión ambiental, así como los sistemas de control y vigilancia... Resulta importante señalar que el bien jurídico tutelado en este capítulo es la gestión ambiental, y no directamente el ambiente, por lo que el sujeto pasivo es la Administración Pública Federal”.

Podría cuestionarse la utilización del Derecho penal para garantizar la debida función de la Administración Pública. Evidentemente, no se está protegiendo directamente el ambiente, se protege la función pública, que encuentra como sujeto pasivo el aparato estatal, no la sociedad titular de un derecho a un medio ambiente equilibrado.

La fracción I tipifica el manejo de residuos peligrosos, cuando no se tenga autorización para ello. Resulta excesiva la consideración de esta conducta como ilícito penal, a todas luces destaca que se trata de una infracción administrativa por ser una conducta de peligro abstracto, ni siquiera concreto. Esta conducta, sólo viola potestades de control y vigilancia de la administración, por lo que no debería sancionarse penalmente; en estos casos resulta más eficaz echar mano de otras sanciones, como la clausura temporal o definitiva de las empresas, el pago

solidario de la multa entre la empresa sus dirigentes, etcétera; en general, estas medidas suelen ser más disuasivas.

La conducta prevista en la fracción II bien puede encuadrarse en el tipo penal de falsedad ante autoridad distinta de la judicial, por lo que no es necesario incluirla en este Título. Otro tanto puede afirmarse del tipo penal previsto por la fracción III, que en realidad es la alteración de documento público.

Respecto de la fracción IV, se trata de un tipo propio o especial, dado que requiere calidad en el sujeto activo. En esencia, aquí se tipifica una conducta de falsedad, por cierto de difícil integración dado que requiere la generación de un daño al medio ambiente.

La fracción V también encuadra en la categoría de infracción administrativa, y valgan para este caso comentarios que realicé respecto de la fracción I.

En suma, los bienes jurídicos tutelados por el Título Vigésimo Quinto del Código penal federal, son los recursos naturales, la flora silvestre, la fauna silvestre, los ecosistemas, la calidad del agua, los recursos forestales, los suelos y subsuelos y la diversidad biológica, bienes que, conforme se aseveró antes, forman parte del bien jurídico tutelado de medio ambiente. A este objeto de protección debe agregarse la bioseguridad y la gestión ambiental, ésta última, como ya dije, de cuestionable justificación.

V. IDONEIDAD DE LA TUTELA PENAL DEL AMBIENTE

En algún tiempo se cuestionó la idoneidad de tutelar penalmente un bien jurídico como es el medio ambiente, dado que aún no existe un generalizado reproche

social en contra de conductas que lesionen este bien jurídico. Actualmente es ampliamente aceptada la necesidad de protegerlo a través de la represión penal. En Europa, por ejemplo, el Consejo del mismo continente emitió una recomendación que sugiere el uso de la ley penal contra los autores de desastres ecológicos, polución o desastres ambientales¹⁰¹.

Hernan Hormazabal Malaree sostiene que es necesaria la tutela penal del medio ambiente, su fundamento radica en la protección que existe a nivel constitucional y en esa medida se considera que el medio ambiente es una necesidad humana, lo que constituye el criterio que determina el merecimiento de la protección penal¹⁰².

Efectivamente, la protección del medio ambiente amerita intervención penal, siempre que dicha tutela se realice en función del ser humano, es decir, concebido en su versión antropocéntrica y no en sí mismo. La gravedad de la sanción, para el caso de la puesta en peligro, deberá depender del riesgo a que exponga la salud o vida humana, y deberá tomar en cuenta, además, el fundamento de la adecuación social, esto es, cuando con una conducta se ponga en peligro al medio ambiente, pero la conducta sea aceptada socialmente por ser necesaria para el desarrollo del pueblo, tal conducta deberá carecer de sanción.

Muy específicamente, en el caso nacional, las reformas en la materia, especialmente la de 2002, se ha enfrentado con severas críticas realizadas sobre todo por sectores académico y empresarial. Y es que en efecto, nuestro problema no radica en la ausencia de normas sino en la ausencia de la eficacia de las mismas. Es evidente que las reformas se han hecho sin contar con estudios reales al respecto sobre los instrumentos con que se cuenta para hacer efectivo su

¹⁰¹ Cfr. Conde-Pumpido Tourón, "Introducción al delito ecológico", en Terradillos Basoco, *El delito ecológico*, cit., pp. 15-16.

¹⁰² "Delito ecológico y función simbólica del derecho penal", en *ibidem*, p. 53.

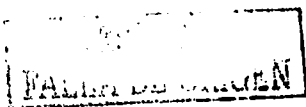
cumplimiento.

Tal vez porque sigue vigente la arcaica idea de considerar las leyes penales como una especie de código moral, que cumple su papel por el mero hecho de decir lo que es malo, sin considerar su grado de eficacia a la hora de evitar tales comportamientos disfuncionales en la sociedad. La posible ineficacia de las normas penales de contenido ecológico, patentizada en su inaplicación, proviene sobre todo de su inadaptación a la realidad social y jurídica.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El concepto de bien jurídico es el pilar en torno al cual gira la teoría del delito, rigiendo la creación de los tipos penales mediante una selección de los valores que una sociedad, en un tiempo determinado, considera más importantes. Este concepto ha evolucionado de manera significativa, dotando asimismo de diferente contenido al concepto de delito.

Las sociedades primitivas consideraban como delito las conductas más insignificantes, abusando de la potestad punitiva. Hoy día las sociedades civilizadas restringen la aplicación de las penas a conductas que lesionen de manera grave, bienes jurídicos importantes según la conciencia social que impere en el momento. Para llegar hasta este estadio, se atravesó por diversas concepciones que podemos diferenciar por épocas de la historia significativas para el tema que se trata. Así, se atravesó por la *Edad Media*, en la que el concepto de bien jurídico giraba en torno a la voluntad suprema de Dios y la *Ilustración*, en la que se identificó al bien jurídico con los derechos subjetivos. También surgieron diversas corrientes para el estudio del bien jurídico, el *Jusracionalismo* en el que Imperó la protección de la voluntad general limitada por el concepto de bien jurídico y el Estado de Derecho; corrientes *sociológicas* que se ubican la concepción formal normativa del bien jurídico que formuló Binding considerando que la categoría de bien jurídico es otorgada por el legislador, por lo que se trata de una decisión política; y la concepción naturalista sociológica que encabezó Liszt, que sostuvo que bien jurídico no es un bien de Derecho sino un bien de los hombres que reconoce y protege el Derecho. Otras corrientes fueron la escuela *neokantiana teleológica* que defendió que el Derecho penal debía proteger valores de la sociedad; la *teoría sistémica* del bien jurídico, que considera a éste desde el ángulo de su funcionamiento dentro del sistema en el que se ubique; las teorías *funcionalistas o utilitarias* denominadas así por considerar que la protección de los bienes jurídicos se puede explicar a partir de la función que tienen para la vida social y su utilidad



en ésta. Las teorías funcionalistas explican la protección de ciertos bienes jurídicos, no en sí mismos, sino en virtud del daño que su lesión pueda ocasionar al funcionamiento de los sistemas, por ejemplo la ecología, administración pública y administración de justicia.

Todas estas teorías aportaron algo al concepto de bien jurídico, aunque destaca la teoría de Binding que dotó de contenido al principio de legalidad. Sin embargo, a pesar de los intentos que se han emprendido para definir el concepto material de bien jurídico, debidamente fundamentado y satisfactorio por su contenido, aún no se cuenta con una noción unánimemente aceptada, situación que ha complicado la labor del legislador.

SEGUNDA.- Como se observó en el desarrollo de esta tesis, en la creación de tipos penales, el legislador debe respetar principios importantes cuya observancia fundamenta el establecimiento de una sanción penal para proteger un valor jurídico que la sociedad considera importante; estos principios son: intervención mínima que incluye el de subsidiariedad o *última ratio* y el de carácter fragmentario, el principio de culpabilidad, el de bien jurídico y el de humanidad.

TERCERA.- En la teoría general del bien jurídico se ha cuestionado si el contenido de los bienes jurídicos se debe extraer necesariamente de la Constitución, o si ésta solamente limita la facultad punitiva estatal; asimismo, se cuestiona si los valores incluidos en la Constitución deben forzosamente ser tutelados por el Derecho penal. Al respecto se llega a la conclusión de que no es obligatorio que los bienes jurídicos tengan como base referencial derechos consagrados en la Constitución, pues de ser así se estaría soslayando la voluntad ciudadana y se estarían vulnerando las bases democráticas del Estado, pero si es necesario que su protección pueda inferirse de la Constitución. Por otra parte, aquellos valores para

los cuales la Constitución expresamente exija tutela penal, deben ser protegidos por el legislador, incluso los de menor jerarquía, siempre que el ataque sea grave.

CUARTA.- La protección de los bienes jurídicos se plasma en los tipos penales, en cumplimiento al principio de legalidad penal. Cada tipo penal debe proteger cuando menos un bien jurídico en un Estado Social de Derecho. Los tipos penales se ubican en la parte especial de los códigos penales y su clasificación ideal debería atender al bien jurídico que tutelan. Esto sin olvidar que la existencia de tipos penales no se agota en los códigos penales, existen leyes especiales que incluyen descripciones típicas.

Ya que las descripciones típicas constituyen normas y que éstas surgen de las decisiones políticas de un pueblo, se puede asegurar que la forma en que se organizan los tipos penales dentro del código penal de esa comunidad, es un buen indicador del sistema político de cada Estado. En el código penal se puede apreciar cuales son los bienes jurídicos mayormente ponderados, y deducir si se trata de un sistema democrático o autoritario. En el segundo tipo de Estado se encontrarán los delitos contra el Estado al inicio de la parte especial, y al final los delitos contra los individuos, en tanto que en un Estado democrático la parte especial del Código penal inicia con la protección de bienes individuales, como la vida, la libertad, la propiedad, etcétera. Esta consideración no vale para el caso nacional, puesto que nuestro código fue creado hace más de setenta años y ha sido objeto de innumerables reformas.

QUINTA.- En esta tesis se estudiaron los bienes jurídicos que se han ido incorporado a nuestro Código penal, para que a partir de ello se dedujeran los bienes que han adquirido mayor ponderación en la conciencia social. De la revisión de la más reciente etapa de las reformas se obtuvo que se agregaron tres títulos nuevos al ordenamiento represivo, y se reformó radicalmente el título de los

delitos contra la salud. Los títulos de reciente aparición son los relativos a delitos electorales y en materia de registro nacional de electores (1990), delitos en materia de derechos de autor (1996) y delitos contra el medio ambiente y la gestión ambiental (1996). Los delitos contra la salud fueron reestructurados en 1994 y 1996.

SEXTA.- El título vigésimo cuarto del Código penal federal, se refiere a los "delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Electores". El fundamento constitucional de esta protección radica en el artículo 40.

Antes de la Incorporación de este título, ya se establecían en los ordenamientos electorales algunos tipos penales. En el código penal, los tipos penales electorales se clasificaron atendiendo al sujeto activo, no al bien jurídico, que es lo ideal. Del estudio de los preceptos comprendidos por este título se llegó a la conclusión de que la tutela "inmediata" se proyecta hacia los atributos del voto y la función electoral. Específicamente se protege la autenticidad del sufragio, el derecho al sufragio, la libertad del sufragio, y la inviolabilidad del secreto del voto; así como la limpieza electoral, el normal desarrollo de las votaciones, el escrutinio, la entrega e integridad de la documentación electoral y la veracidad de los resultados electorales. Estos bienes jurídicos son el medio para alcanzar la democracia, bien jurídico protegido de manera "mediata".

No existe sólo un fundamento para la anterior afirmación. Dentro de los procesos legislativos, el poder constituyente permanente ha manifestado siempre su voluntad de favorecer el proceso de democratización de la Nación. Por ello concluyo que el bien jurídico protegido de manera mediata por el título vigésimo cuarto del Código penal federal es la democracia, entendida como una forma de Estado, no como forma de gobierno, pues se refiere a la relación establecida entre el poder estatal y la sociedad; la democracia consiste esencialmente en "instalar a

los hombres en la comunidad política de acuerdo con su dignidad, con respeto, tutela y promoción de su libertad y de sus derechos" (Giovanni Sartori).

SEPTIMA.- El capítulo cuarto de la tesis, se ocupó en el estudio del Título séptimo de la parte especial de nuestro Código penal federal, denominado "Delitos contra la salud". El fundamento constitucional de esta protección radica en el artículo 4º. El título de delitos contra la salud incluye dos capítulos, de los cuales sólo se analizó el primero: "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos", en virtud de la transformación radical de que fue objeto. El segundo capítulo recoge el delito de peligro de contagio, cuya primera versión existía en el texto original de 1931.

Desde 1931, el Código penal incluía delitos contra la salud. Empero, se trataba de delitos contra la salud física, que fueron trasladados posteriormente a la Ley General de Salud, para incorporar en el Código penal federal los delitos contra la salud pública, también conocidos como delitos de narcotráfico.

El narcotráfico afecta un sinnúmero de bienes jurídicos. De manera indirecta, en el título relativo a delitos contra la salud, se protegen los siguientes valores jurídicos: el Estado, la soberanía, la seguridad de la colectividad, el orden público, la seguridad internacional, el desarrollo social, el sano desarrollo psicobiológico de las personas, la libertad del consumidor, el control del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes, las relaciones familiares, las relaciones laborales, los intereses económicos y políticos, entre otros. La incidencia de drogas en la criminalidad complica aún más las lesiones a determinados bienes jurídicos. Ante la imposibilidad de señalar un solo bien jurídico tutelado por estos tipos, se ha llegado a afirmar que los ilícitos de narcotráfico son delitos de mera desobediencia formal, que carecen de bien jurídico tutelado; sin embargo, tal aseveración no es válida en un Estado democrático de Derecho, en el que los tipos penales deben observar el principio de bien jurídico.

A pesar de que los tipos penales de delitos contra la salud protejan diversos bienes jurídicos, de manera directa sólo se tutela la salud pública, pues basta que ésta se ponga en peligro para considerar ilícita la conducta. No es menester dañar o poner en peligro cualquier otro valor jurídico tutelado por ese capítulo para que se actualice el ilícito penal.

Los delitos de narcotráfico adquieren gravedad, en virtud de que ponen en peligro la salud de los individuos en su triple vertiente: física, psíquica y social, dentro de la colectividad. La salud pública es un bien de gran entidad que ha preocupado a todos los pueblos, e incluso a la comunidad internacional en su conjunto. El número de convenios internacionales que reconocen el derecho a la protección de la salud es extenso.

En la elaboración del concepto de salud pública, se ha tomado en cuenta que se trata de un derecho humano de segunda generación. Lo que protege el Derecho penal es la salud pública entendida como valor social y comunitario. No debe entenderse aquella como la suma de las saludes individuales; empero, difícilmente tendría contenido sin tomar en cuenta la salud individual. No es sencillo proporcionar el concepto de salud pública que tutela el Derecho punitivo; han existido varias opiniones al respecto; para la materia, la salud pública debe entenderse como "la presencia de un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta que sólo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática. Se trata de un concepto abstracto claramente vinculado a uno individual" (Ujala Joshi).

OCTAVA.- El capítulo quinto de esta tesis se dedicó al estudio del Título vigésimo sexto de la parte especial del Código penal federal, denominado "Delitos en materia de derechos de autor". Sin embargo, se llega a la conclusión de que en el

título mencionado no sólo se protege el bien jurídico de los derechos de autor, sino también los derechos conexos. Anteriormente, estos delitos se contemplaban a título de delitos especiales en la Ley Federal del Derecho de Autor.

El fundamento constitucional de la protección de los derechos de autor es el artículo 28, que los considera "privilegios". Ahí se plasmó la tutela de la propiedad intelectual, que incluye los derechos de autor y derechos conexos. Cabe destacar que la propiedad intelectual incluye derechos pertenecientes al aspecto moral y patrimonial del derecho de autor. Así, los objetos jurídicos tutelados por los artículos que conforman el título relativo a los delitos en materia de derechos de autor, se refieren en algunos casos, a derechos patrimoniales del derecho de autor (que facultan al autor a explotar de manera exclusiva sus obras y a autorizar a otros para el mismo efecto), en otros casos, a derechos morales del mismo (atributos personalísimos que tiene un autor sobre su obra), y en algunos más, a los derechos conexos a los derechos de autor. Estos últimos, protegen los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de conocimientos, información, sonidos e imágenes.

También se protegen la cultura (creatividad) y la economía (fuentes de empleo y erario público) aunque de manera mediata.

NOVENA.- El último capítulo de la tesis corresponde al estudio de los llamados "delitos contra el medio ambiente y la gestión ambiental", denominación adoptada por virtud de la reforma de 2002. Anteriormente, algunos de estos tipos penales se encontraban tipificados de manera especial en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en la Ley Forestal y en la Ley Federal de Caza. Fue hasta 1996 cuando se incorporaron al ordenamiento penal sustantivo.

La protección del medio ambiente tiene fundamento en el artículo 4º de nuestra Carta Magna. El quinto párrafo del artículo invocado dispone que toda "persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar".

En la protección del medio ambiente, ejerció gran influencia la tendencia internacional. Todas las naciones han llevado a cabo esfuerzos conjuntos, plasmados en diversos instrumentos internacionales, para proteger el medio ambiente. En México, la conciencia respecto de la protección del medio ambiente surgió en los últimos treinta años. En este periodo se han expedido leyes y creado instituciones jurídicas, organismos gubernamentales y no gubernamentales, así como acuerdos internacionales y regionales, en búsqueda de la solución al problema ambiental.

La tutela del medio ambiente debiera darse con carácter antropocéntrico, es decir, en la medida en que su lesión es peligrosa para la vida y salud humanas, dada su naturaleza de bien difuso, es decir, de bien respecto del cuál no es identificable un ofendido individual, puesto que corresponde a la totalidad de la sociedad, no sólo nacional, sino internacional, por ello, basta la puesta en peligro del bien jurídico para convertir la conducta en típica puesto que en algunos casos resulta difícil comprobar la lesión o daño efectivo al medio ambiente.

De manera inmediata, los bienes jurídicos tutelados por el Título vigésimo quinto del Código penal federal, son los recursos naturales, la flora silvestre, la fauna silvestre, los ecosistemas, la calidad del agua, los recursos forestales, los suelos y subsuelos y la diversidad biológica. Estos bienes forman parte del bien jurídico tutelado de medio ambiente. A este objeto de protección debe agregarse la bioseguridad y la gestión ambiental.

Ambiente es "el conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados" (LEGEEPA). Por ello, en el capítulo que se comenta, se llega a la conclusión de que

el bien jurídico tutelado de manera mediata es el medio ambiente y que éste sólo puede ser tutelable en la medida en que ello es necesario para el hombre, a fin de garantizar su supervivencia y conservar su salud.

En los casos en que se protegen las especies endémicas, amenazadas, en peligro de extinción o sujetas a protección especial, se está protegiendo también la biodiversidad o diversidad biológica, entendida como "la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otros, los ecosistemas terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas" (LEGEEPA).

Es ampliamente aceptada la necesidad de proteger penalmente el medio ambiente. Su fundamento radica en la protección que existe a nivel constitucional, y en esa medida se considera que un medio ambiente adecuado es necesario para alcanzar el desarrollo y bienestar, lo que constituye el criterio que determina la pertinencia de la protección penal.

DÉCIMA.- La protección de los bienes jurídicos ha evolucionado. En un principio se tutelaban bienes individuales como la vida y la libertad; posteriormente se ampararon bienes colectivos como el derecho a la protección de la salud; hoy día, la protección se vierte sobre bienes difusos, tales como el medio ambiente, sin titular determinado, pero pertenecientes a la humanidad.

La evolución por la que ha atravesado la tutela penal es similar a la que han observado las generaciones de derechos humanos; así, la cuarta generación tutela intereses difusos. Lo anterior, no significa por supuesto, que exista coincidencia entre los derechos subjetivos y los bienes jurídicos.

La globalización también ha permeado nuestro ordenamiento penal. Si bien en un principio la ley se orientaba a preservar la convivencia social, actualmente considera los problemas que aquejan a la humanidad entera. Hoy día el interés de

la sociedad está puesto en los problemas internacionales, las naciones se vuelven una sola comunidad y para reprimir los ilícitos se traspasan las fronteras. Esperemos que este fenómeno no sea el que permita mayor vulneración en las garantías individuales, cuyo respeto debe ser primordial para las naciones.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA GENERAL

- ACOSTA ROMERO, Miguel y LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Delitos especiales*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1994.
- Actas de la Comisión del Código penal, *s/a*, México, Impresión de Lito-gráficas Hacienda, *s/f*.
- AMELUNG, Knut, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en Schünemann, Bernd (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin. En su 50º aniversario*, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Madrid, Ed. Tecnos, S. A., 1991.
- ARZT, Gunther, "B) La Parte Especial del Derecho Penal sustantivo", *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, versión española por Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 1989, serie Derecho penal.
- ATTO MENDIVES, Magda, "Narcoterrorismo: análisis dogmático y consideraciones político-criminales", *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, estado y sociedad*, México, Universidad de Sonora, 1995.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Una respuesta a ciertas críticas sobre el cometido dogmático del bien jurídico", *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 3, II semestre de 1980.
- BARATTA, Alesandro, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico", *Revista Mexicana de Justicia*, no. 3, vol. VIII, julio-septiembre 1990.
- BARQUÍN ÁLVAREZ, Manuel, "Reforma en materia electoral", *Boletín mexicano de Derecho comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, nueva serie, año XXX, número 90, septiembre-diciembre 1997.
- BARREIRO PERERA, Francisco Javier, "Los delitos electorales en la legislación penal mexicana", *Justicia Electoral*, vol. II, no. 3, 1993.
- "Reforma penal en materia de delitos electorales y del Registro Nacional de Ciudadanos del 25 de marzo de 1994", *Justicia Electoral*, vol. IV, no. 5, 1995.

- BERCOVITZ, Alberto, "Razones para proteger jurídicamente las innovaciones generadas en la Universidad y medios para obtener esa protección", *Simposio sobre propiedad intelectual, Universidad e industria en América Latina*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Asociación Internacional para el Progreso de la Enseñanza y la Investigación de la Propiedad Intelectual, Universidad de Costa Rica, San José, 17 a 21 de septiembre de 1990.
- BERISTAIN, Antonio, *La droga. Aspectos penales y criminológicos*, Bogotá, Ed. Temis, 1986.
- BETTIO, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1965.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "Democracia y representación", *Tendencias contemporáneas del Derecho electoral en el mundo. Memoria. II Congreso Internacional de Derecho electoral*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Tribunal Federal Electoral, Instituto Federal Electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 2ª ed., trad. José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, sección de Obras de Política y Derecho.
- BUITRAGO RUIZ, Ángela María, "El delito informático", *Derecho penal y criminología*, vol. XVIII, núm. 59, mayo/agosto 1996.
- BUNSTER, Álvaro, "Modificaciones al Código Penal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 90, septiembre-diciembre 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Política criminal e injusto", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 49º année, no. 1, 1978.
- CAMACHO BRINDIS, María Cruz, "El bien jurídico penal", *Alegatos*, no. 31, 1995.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNIÓN, LII Legislatura, *Proceso legislativo de la iniciativa presidencial de reformas y adiciones al título cuarto que comprende los artículos del 108 al 114; así como los artículos 22, 73 fracción VI base 4ª, 7ª fracción V, 76 fracción VII, 94, 97, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*; México, s/f (quizá 1982).
- CAMARGO, Pedro Pablo, *La Convención de las Naciones Unidas contra el narcotráfico*, Colombia, Ediciones Jurídica Radar, 1995.

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime F., *Transición Política y Reforma Constitucional en México*, UNAM, 1994.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime y MIJANGOS, María de la Luz, "Reflexiones sobre las reformas nacionales en materia electoral: 1994", *Anuario Jurídico*, México, nueva serie, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994.
- CARMONA LARA, María del Carmen, "Legislación ambiental en el Distrito Federal", *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre 1996, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- CARO, Patricia M., *Drogas de abuso. Guía teórico-práctica para su estudio*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1997.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, 22ª ed., México, Ed. Porrúa, 1999.
- CENICEROS, José Ángel, *El nuevo Código Penal de 13 de agosto de 1931 en relación con los de 7 de diciembre de 1871 y 15 de diciembre de 1929*, México, Talleres Gráficos de la Nación-Tolsa y Enrico Martínez, 1931.
- *Un discurso sobre el Código Penal de 1931. Bosquejo de una sociología de la delincuencia*, México, Editorial La Justicia, 1977.
- CERVANTES AGUIRRE, Enrique, "Adicciones. Problema de salud pública complejo con componentes económicos y culturales", *Trabajo social*, UNAM, Escuela Nacional de Trabajo Social, núm. 22 adicciones, noviembre 1998.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 16ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1997.
- CONADIC/SSA, "Comparativo internacional Prevalencia alguna vez en la vida del uso de marihuana en población general", <http://ssa.gob.mx/conadic>.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Introducción al delito ecológico", Terradillos, *El delito ecológico*, Madrid, Ed. Trotta, 1992.
- CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S. A., 1977.
- COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico. Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*, 5ª. reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993.

- DE LA LUZ-LIMA, María, "Delitos electrónicos", *Criminalia*, año L, núms. 1-6, México, Porrúa, enero-junio 1984.
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XLIII, fasc. I, enero-abril MCMXC.
- DEL OLMO, Rosa, "II. La convención de las Naciones Unidas: ¿contra el tráfico de drogas o a favor del control financiero?", Saavedra Rojas, Edgar y Del Olmo, Rosa, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S. A., 1991.
- DÍAS DE LEÓN, Marco Antonio, "La legislación penal de 1996", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo XLVII, núms. 213-214, mayo-agosto 1997.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, "Cuerpo del delito ¿causalismo o finalismo?", en Díaz Aranda, Enrique (editor), *Problemas fundamentales de política criminal y Derecho penal*, México, UNAM, 2001.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Madrid, Ed. Tecnos S. A., 1989, colección Ciencias Jurídicas.
- DIF/IMP, "Estudio de niñas, niños y adolescentes trabajadores en 100 ciudades", <http://www.ssa.gob.mx/conadic>.
- DOSAMANTES TERÁN, Jesús Alfredo, *Nulidades y delitos electorales*, México, Procuraduría General de la República, 1994.
- ESCALANTE, Daniel, "Casablanca vs soberanía. El marco de cooperación bilateral México-Estados Unidos contra el narcotráfico", *Revista del Senado de la República*, México, vol. 4, núm. 11, abril-junio 1998, México.
- Fiscalía Especial para la atención de delitos electorales (FEPADE), PGR, *Delitos electorales*, México, 1994.
- Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales (FEPADE), Procuraduría General de la República, *Folleto informativo sobre los delitos electorales federales*, México, s/f.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, Miguel Ángel, *Los delitos especiales federales*, 1ª. ed., 1987, 1ª. reimp., 1991, México, Ed. Trillas, S. A. de C. V.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, "Derecho internacional, ecología, desechos peligrosos y otros temas", *Lex*, 3ª época, año II, abril 1996, núm. 10.

----- "La propiedad intelectual en el Tratado de Libre Comercio", *Revista Mexicana de Justicia*, nueva época, núm. 4, octubre-diciembre de 1993.

----- "Seguridad internacional", *Diccionario jurídico mexicano*, 2ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1988.

GARCÍA RAMÍREZ, Efraín, *Drogas. Análisis jurídico del delito contra la salud*, 4ª ed., México, Ed. Sista, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria, *Prontuario del proceso penal mexicano*, 8ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1999.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Estudio introductorio. Beccaria: el hombre, la circunstancia, la obra", Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

-----, "El nuevo régimen penal y administrativo sobre estupefacientes y psicotrópicos", *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas (Estupefacientes y psicotrópicos, aborto, sanciones, menores infractores)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981.

-----, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 2ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 37 y ss.

-----, *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*, México, Ed. Trillas, 1980.

-----, *Derecho penal*, 3ª. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, McGraw-Hill, 1998.

-----, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1995.

-----, *La responsabilidad penal del médico*, México, Ed. Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

-----, *Narcotráfico. Un punto de vista mexicano*, México, Ed. Miguel Angel Porrúa, 1989.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, España, Editorial Civitas, S. A., 1984.

- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Verdugo, "El medio ambiente como bien jurídico tutelado", Terradillos, *El delito ecológico*, Madrid, Ed. Trotta, 1992.
- GÓMEZ FREGOSO, J. Jesús, "Plagiarismos y piratas: reflexiones sobre la ética de los derechos de autor", *Jurídica jalisciense*, año 7, núm. 3, septiembre-diciembre MCMXCVII.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Extradición en Derecho Internacional; Aspectos y tendencias relevantes*, 2ª. ed., México, UNAM, 2000.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Derecho penal electoral*, México, Editorial Porrúa, 1991.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, México, s/e, 1939.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, José Antonio, intervención en: Comisión de Justicia, Cámara de Diputados, *Consulta nacional sobre el combate al narcotráfico*, México, 1995, p. 14.
- GONZÁLEZ M., José Juan y MONTELONGO B., Ivett, "El derecho a obtener información sobre el medio ambiente", *Alegatos*, num. 33, 1996, México.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Secuestrar para juzgar. Pasado y presente de la Justicia Extraterritorial*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998, serie: H. Estudios de Derecho Internacional Público, núm. 28.
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel Antonio, "Bien jurídico", *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1988, tomo A-CH.
- GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*, México, Perezniето Editores, 1995.
- GUDIÑO GALINDO, Julián Jesús, "Derecho penal y discrecionalidad legislativa (el problema del bien jurídico)", *Bien jurídico y Gobierno*, año 3, núm. 36, noviembre 1997.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El patrimonio; el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 6ª ed., México, Porrúa.
- HASSEMER, Winfried, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, año 12, no. 46/47, abril-septiembre 1989.

- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997, serie G: Estudios doctrinales, núm. 184.
- HORMAZABAL MALAREE, Hernan, "Delito ecológico y función simbólica del derecho penal", Terradillos, *El delito ecológico*, Madrid, Ed. Trotta, 1992.
- HUERTA PSIHAS, Eñías, "Los delitos electorales en la reforma electoral 1994", *Criminalia*, México, Porrúa, S. A., año LX, no. 2, mayo-agosto 1994.
- IMP, DGE, CONADIC/SSA, "Encuestas nacionales de adicciones", <http://www.ssa.gob.mx/conadic>.
- ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, "Valores éticos tutelados por el Derecho penal mexicano", en García Ramírez, Sergio (coordinador), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1997, sección de obras de Política y Derecho.
- *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 4ª. ed., México, Ed. Trillas, 1998.
- *Análisis lógico semántico de los tipos en materia electoral y de registro nacional de ciudadanos*, México, Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, España, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1978, vol. primero.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano, tomo I. Introducción al estudio de las figuras típicas*, 5ª. ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1985.
- *Derecho penal mexicano, tomo II. La tutela penal de la vida e integridad humana*, 7ª. ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1986.
- *Derecho penal mexicano, tomo III. La tutela penal del honor y de la libertad*, 5ª. ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1984.
- *Derecho penal mexicano, tomo IV. La tutela penal del patrimonio*, 6ª. ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1986.
- *Derecho penal mexicano, tomo V. La tutela penal de la familia, sociedad, Nación, Administración Pública, Derecho Internacional y humanidad*, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, S. A., 1985.

- JOSHI JUBERT, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del Código penal (Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1999.
- KAPLAN, Marcos, "Desarrollo económico", *Diccionario jurídico mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.
- "La crisis del Estado y el narcotráfico latinoamericano", *Cuadernos Americanos*, México, UNAM, nueva época, año VII, vol. 4, núm. 40, julio-agosto 1993. El artículo también se puede encontrar en *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, Estado y sociedad*, México, Universidad de Sonora, 1995.
- "La internacionalización del narcotráfico latinoamericano y Estados Unidos", *Relaciones Internacionales*, México, núm. 57, enero-marzo 1993.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal", *Revista chilena de Derecho*, núm. 2, vol. 22, mayo-agosto 1995.
- LIBSTER, Mauricio, *Delitos ecológicos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993.
- LORENZO SALGADO, José Ma., *Las drogas en el ordenamiento penal español*, Barcelona, BOSCH Casa Editorial, S.A., s/f.
- LOZANO, José María, *Derecho penal comparado o el Código penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Concordado y comentado por el Lic. José María Lozano*, México, Imprenta del Comercio, de Nabor Chávez, 1874.
- LUJAMBIO, Alonso, "Prólogo", en Cárdenas Gracia, *Transición Política y Reforma Constitucional en México*, UNAM, 1994.
- MADRAZO, Jorge, *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Mexicano, 1993.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano. Teoría general de la ley penal. Teoría general del delito. Teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable. Teoría de la pena*, 2ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1998:
- MANUEL NAVA, José, "Certificó EU a México; 'tiene aún problemas de corrupción'", *Excelsior*, 2 de marzo de 2001, <http://www.excelsior.com.mx>.
- MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, serie G: Estudios doctrinales, número 99.

- "La reforma del Código Penal del 13 de mayo de 1996 (Primera Parte)", *Ars Juris*, núm. 16, 1996.
- MAYORGA, PINEDA, RUIZ, ROJAS y TAMAYO, "Veto a la Ley Antiaborto; 68% de guanajuatenses opinó: RMH", *Excelsior*, miércoles 30 de agosto de 2000, <http://www.excelsior.com.mx>.
- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Derecho penitenciario*, México, Mc.Graw-Hill, 1998.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad", en Piña y Palacios, Javier (coordinador), *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal*, México, UNAM, 1982.
- "Penalización y despenalización en la reforma penal: importancia del principio del bien jurídico en la creación de los tipos penales", *Criminalia*, año LIX, núm. 2, mayo-agosto 1993.
- "Orientaciones del nuevo anteproyecto de código penal", *Revista Mexicana de Justicia*, vol. IX, no. 1, enero-marzo 1991.
- "Presente y futuro de la legislación penal (Una visión de conjunto)", *Hacia el Derecho penal del nuevo milenio*, Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República, México, 1993.
- *Delitos electorales. Algunos lineamientos para el Ministerio Público*, México, Procuraduría General de la República, 1994.
- Intervención en: Comisión de Justicia, Cámara de Diputados, *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, México, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis Librería, 1984.
- *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, España, Bosch Casa Editorial S. A., 1975.
- NARRO ROBLES, José, intervención en: Comisión de Justicia, Cámara de Diputados, *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, México, 1995.
- NEUMAN, Elías, *La legalización de las drogas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.
- NÚÑEZ, José Manuel, "Bien jurídico", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo II B-Cla, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1968.

- ORDAZ MERINO, Arturo, "Solidaridad de las naciones en la prevención y persecución de los delitos contra la salud", *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, Estado y sociedad*, México, Universidad de Sonora, 1995.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, "Seguridad nacional", *Diccionario jurídico mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.
- "Los valores éticos tutelados por el régimen electoral", en García Ramírez, Sergio (coordinador), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, 1997, sección de obras de Política y Derecho.
- ORTIZ, Andrés, "Plantas psicoativas: ¿delito o costumbre?", *México Indígena*, 2ª época, año IV, núm. 25, noviembre-diciembre, 1988.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto, *Delitos federales*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998.
- PACHECHO GÓMEZ, Máximo, *Los derechos humanos. Documentos básicos*.
- PÉREZ NORIEGA, Fernando, intervención en: Comisión de Justicia, Cámara de Diputados, *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, México, 1995.
- PETER H. SMITH, *El combate a las drogas en América*, trad. Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- PINEDA, Fanny, "Salubridad pública", *Diccionario jurídico mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, P-Z.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, serie: Derecho.
- PONIATOWSKA, Elena, *Las mil y una ... (la herida de Paulina)*, México, Plaza & Janes Editores, 2000.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Tratados y acuerdos internacionales suscritos por México en materia de narcotráfico*, México, 1994.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcella, "comercialización", en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.

RAMIRO ROBLEDO, Juan, Intervención en: Comisión de Justicia, Cámara de Diputados, *Consulta nacional para el combate al narcotráfico*, México, 1995.

RANGEL MEDINA, David, "El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC y el acuerdo sobre los derechos de propiedad intelectual (TRIPS)", *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996, p. 475.

----- "Los acuerdos de Marrakech sobre la Organización Mundial del Comercio y los derechos de propiedad intelectual", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, tomo XLVII, mayo-agosto 1997.

RANGEL ORTIZ, Horacio, "La reforma de 1997 a la legislación autoral de 1996 y la invasión del derecho de autor", *ARS JURIS*, núm. 17, 1997.

----- "La reforma penal y la propiedad intelectual", *Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 29, 1999.

----- Participación en el Simposio "Análisis retrospectivo de las reformas penales en materia de propiedad industrial y derechos de autor", Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Industrial, 17 de mayo de 2000.

REY HUIDOBRO, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

REYES TAYABAS, Jorge, *Análisis de los delitos electorales y criterios aplicativos*, México, Procuraduría General de la República, 1994.

RODAS MONSALVE, Julio César, "Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal Colombiano", *Derecho penal y criminología*, vol. XVIII, núm. 59, mayo/agosto 1996, Colombia.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Criminología*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1998.

RODRÍGUEZ RAMOS, "La protección penal del medio ambiente en España", en De la Cuesta Arzamendi, José Luis y Fernández Casadevante, Carlos (editores), *Protección internacional del medio ambiente y Derecho ecológico*, España, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1987.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (compilador), *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1998.

- ROQUÉ FOURCADE, Elsa, "Reflexiones sobre la eficacia de las medidas en materia ambiental", *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, 1996.
- ROXIN, Claus, "La Parte General del Derecho Penal sustantivo", *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, versión española por Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Barcelona, Editorial Ariel, S. A., 1989, serie Derecho penal.
- *Derecho penal. Parte general*, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, Ed. Civitas, S. A., 1997.
- SAAVEDRA ROJAS, Edgar, "I. La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena 1988", SAAVEDRA ROJAS, Edgar y DEL OLMO, Rosa, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S. A., 1991.
- "La globalización en la política criminal del narcotráfico", *Cuadernos de Posgrado*, 1ª ed., México, serie a, núm. 11, enero-junio 1998.
- SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Tomo II. Ley penal. El delito*, Barcelona, Bosch Casa Editorial S. A., 1982.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Ed. Porrúa, 1995.
- SÁNCHEZ MACÍAS, Juan Manuel, "Consideraciones sobre los delitos electorales en México", *Justicia Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, año 1998, no. 10.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, trad. Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993.
- SCHMIDT, Luis C., "Propiedad intelectual y sus fronteras: protección de arte e industria", en Becerra Ramírez, Manuel (compilador), *Estudios de Derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, serie: E. Varios, núm. 96.
- Secretaría de Justicia, Comisión Revisora del Código Penal, "Reseña cronológica de la organización y de los trabajos de la Comisión revisora del Código penal", *Trabajos de revisión del Código Penal. Proyecto de reformas y exposición de motivos*, México, Tip. de la oficina Impresora de estampillas, Palacio Nacional, 1912.

- SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Diccionario etimológico latino español*, Madrid, España, 1985.
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Nueva Ley Federal del Derecho de Autor (Textos, antecedentes, análisis, proceso legislativo)*, México, Ed. Porrúa, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SIQUEIROS, José Luis, "El control internacional de los estupefacientes", *Jus*, México, vol. 3, 1986-1987.
- SODI, Demetrio, *Nuestra ley penal (Estudios prácticos y comentarios sobre el Código del Distrito Federal de 1o. de abril de 1872)*, México, ...Anz. y comp., Impresores, 1905.
- SSA, "Encuesta nacional de adicciones", 1998, <http://www.ssa.gov.mx>.
- SZÉKELY, Alberto, *Instrumentos fundamentales de Derecho Internacional público, t. V Estudio Introductorio*, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Estado", *Diccionario jurídico mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.
- "Orden público", *Diccionario jurídico mexicano*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.
- TAU ANZOATEGUI, Victor, *¿Qué fue el Derecho indiano?*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, monografías jurídicas 148.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *El delito ecológico*, Madrid, Ed. Trotta, 1992.
- TOURAINÉ, Alain, *¿Qué es la democracia?*, 2ª ed., trad. Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, sección de obras de sociología.
- VALDEZ ZEPEDA, Andrés, "Cinco décadas de reformas político-electorales en México 1946-1996: apuntes para una tipología", *Revista Jurídica Jaliscoense*, México, año 7, número 1, enero-abril 1997.
- VÁZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, "La descriminalización de las drogas", *Memorias del Congreso sobre delincuencia organizada, vol. II Narcotráfico: economía, Estado y sociedad*, México, 1991.

WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª edición en español de la 4ª en alemán, 9ª reimpresión, trad. José Medina Echavarría *et. al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª. ed., 4ª. edición castellana, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La reacción penal en el código penal tipo latinoamericano frente a la Convención Americana de derechos humanos y a las activas demandas de la política criminal continental", *Criminalia*, año L, núms. 1-6, México, D. F., enero-junio 1984, Ed. Porrúa, S. A.

----- *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., 3ª. reimp., México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1997.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Manuel, "¿Otra vez la vuelta a von Liszt?", Liszt, Franz von, *La idea del fin en el Derecho penal*, trad. Carlos Pérez del Valle, Granada, Ed. Comares, 1995.

