

741
24

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MEXICO**



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**



**LA IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL Y SU
APLICACIÓN EN EL DELITO CONTRA LA SALUD**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO PENAL**

PRESENTA:

Gabriel Alejandro Regino García

ASESOR: Lic. Ignacio Aguilar Romero

FALLA DE ORIGEN

1992



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

LA IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL Y SU APLICACION EN EL DELITO CONTRA LA SALUD.

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

LA DOGMATICA JURIDICO PENAL

I.- Nota Introdutoria	1
II.- Evolución de la Ciencia del Derecho Penal	3
2.1 El Positivismo	3
2.2 El Neokantismo	9
III.- La cuestión del Método en la Ciencia del Derecho Penal.	12 15
3.1 La Norma como un Dogma	
IV.- La estructura de la Dogmática Jurídico Penal y su importancia.	24

CAPITULO SEGUNDO

DELITO CONTRA LA SALUD

I.- Definición	30
II.- Alternativas de comisión que presenta el delito Contra La Salud de acuerdo al Código Penal Mexicano.	30

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO CONTRA LA SALUD

I.- Los presupuestos del delito	45
1.1 Teorías acerca de los Presupuestos.	45
1.2 Presupuestos Especiales y Generales	45
1.2.1 Presupuestos de la Conducta y Presupuestos del Hecho	46
1.3 ¿Presupuestos en los delitos Contra La Salud?	46
II.- Conducta o Hecho.	
2.1 Delito Contra La Salud. ¿Conducta o Hecho?	51
2.2 La omisión en los Delitos Contra La Salud.	57
2.3 Clasificación en orden a la Conducta	58

III.- Ausencia de Conducta.	59
3.1 Hipótesis de ausencia de conducta que pueden presentarse en el delito Contra La Salud.	60
IV.- Tipicidad	64
4.1 Comentarios sobre la unidad del delito Contra La Salud.	68
4.2 Opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	68
4.3 Nuestra Opinión.	71
4.4 Elementos del Tipo:	74
a) Bien Jurídico Protegido	
b) Objeto Material	
c) Sujeto Activo	
d) Sujeto Pasivo	
e) Medios	
f) Referencias temporales y espaciales	
g) Elementos Subjetivos y Normativos	
4.5 Clasificación del delito en orden al Tipo	87
V.- Atipicidad.	

5.1 Hipótesis que pueden presentarse en el Delito Contra La Salud.	88
VI.- Antijuridicidad.	
6.1 Formas de Antijuridicidad en el Delito Contra La Salud.	89
VII.- Causas de Justificación o Posiciones Permisivas en el Delito Contra La Salud.	91
7.1 Hipótesis que pueden presentarse.	91
VIII.- Imputabilidad	103
8.1 La imputabilidad como elemento o presupuesto del delito.	104
8.2 Las acciones libres en su causa	107
IX.- Inimputabilidad.	112
9.1 Hipótesis de inimputabilidad en el Delito Contra La Salud	112
9.2 El problema de la toxicomanía en el delito Contra La Salud. El toxicómano	

¿Enfermo o Delincuente?	113
X.- Culpabilidad	122
10.1 Su estructura.	122
10.2 El dolo	130
10.3 La culpa	134
10.4 La preterintencionalidad	
XI.- Inculpabilidad.	136
11.1 La no exigibilidad de otra conducta.	136
11.2 Los errores.	138
11.3 Las eximentes putativas	140
XII.- Punibilidad	
12.1 Crítica a la reforma penal de 1989	144
12.2 La finalidad de la pena. Aspectos sociológicos y criminológicos.	144
XIII.- Las excusas absolutorias.	148

CAPITULO CUARTO

EL ITER CRIMINIS

	150
I.- La fase interna	151
II.- La fase externa	151
III.- La tentativa	155
IV.- Concurso de delitos	157
V.- Autoría y participación	159
CONCLUSIONES	
	168
BIBLIOGRAFIA	

CONSIDERACIONES GENERALES

CONSIDERACIONES GENERALES

(Motivos para el desarrollo del presente trabajo)

Día con día, aquellos que por fortuna escogimos el arduo pero apasionante sendero del Derecho Penal, advertimos que en algunos Tribunales, Juzgados, Agencias Investigadoras y despachos, se despedaza con un afán, en ocasiones excesivo, lo que llevó varias centurias construir: La Ciencia del Derecho Penal. Esta situación es palpable en las resoluciones pronunciadas por Jueces o Magistrados, que llevados más por su ánimo de conservar una "línea dura" llegan a torcer el espíritu de la Ley. Aquellos que en tiempos anteriores, lucharon por la autonomía del Derecho Penal, por su perfeccionamiento y por encontrar un método adecuado a su estudio, han quedado hoy en el olvido, dado que los "prácticos del derecho penal" han vilipendiado sus enormes esfuerzos, y no obstante que hasta el mismo WELZEL ha recordado que "la Ciencia Penal es una Ciencia <<Práctica>>", de ello se olvidan los mal llamados practicistas de lo

que ellos denominan su Derecho Penal (a) . Sólo en la Docencia impartida en Nuestra querida Facultad, se puede conocer la esencia de nuestra materia, pero allá, en los lugares donde deben ponerse en juego todos esos conocimientos, es en donde todo ese trabajo se desconoce. La Dogmática jurídico penal, con su método de estudio sistemático jurídico o lógico-abstracto, es una cuestión que no debe dejarse en el olvido, sino aplicarse; es cierto que es una cuestión del orden teórico, pero también lo es que la teoría y la praxis son la conditio sine qua non para la excelencia del jurista.

Si bien es cierto que dogmáticamente se ha escrito de los delitos Contra La Salud (b), se ha omitido hacer un estudio sistematizado siguiendo la Teoría General del Delito. Este ilícito, que algunos piensan "está de moda", no lo es así, pues el uso y tráfico de estupefacientes se remonta

a).- HANS WELZEL. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Página 11.

b).- SERGIO GARCIA RAMIREZ. Delitos en Materia de Estupefacientes y Psicotrópicos. Editorial Trillas. México, 1977.

casi a la aparición del hombre mismo. Lo que sucede, es que en esta época actual, el poderío alcanzado por los zares de la droga es equivalente y en algunos casos, mayor a los de algún Presidente y sus implicaciones políticas de alto riesgo, lo que conlleva a que sean pocos los que se dediquen a un estudio serio sobre el particular. Pero no por ello, debe atacarse de una manera ilegal a quienes son víctimas de los productores. El asunto no se resuelve imputando a una sola persona, todas las modalidades que consigna el capítulo séptimo de nuestro Código Penal. La actuación de las autoridades, tanto de aquellas que están encargadas de la investigación y prosecución del delito, como aquéllas a quien corresponde impartir justicia, deben adecuarse siempre con apego irrestricto al Estado de Derecho en que vivimos. Por lo tanto no es dable ni justificable que en la lucha contra el narcotráfico, se deje de lado la legalidad. Y si la autoridad administrativa incurre en ello, la judicial no debe convertirse en su comparsa, por el contrario, aplicar la Ley con justicia.

El narcotráfico nunca va a terminarse, pues mientras exista demanda, habrá oferta. Las repercusiones económicas, políticas y sociales son bastas y elocuentes, ya no sólo en esta América nuestra, sino también en Occidente. En efecto, el narcotráfico, como lo afirmó un Presidente Latinoamericano, constituye un crimen de lesa humanidad, al ser la juventud el blanco fácil del infierno de la droga. Uno de los medios de prevención de las conductas antisociales o injustas, lo es el derecho penal, no como un simple conjunto de normas sino como una verdadera ciencia, que nos lleve a no dejar libre a un responsable por errores técnicos, ni a condenar a un inocente.

Hasta ahora, los estudios de connacionales que se refieren al delito de tráfico de drogas, se limitan a hacer alabanzas a las autoridades encargadas de su combate: a transcribir estadísticas y en muchas ocasiones, a explicar con detalle, cual peritos en la materia, los efectos y composición de psicotrópicos y estupefacientes. Pero al jurista, aún cuando la cuestión

criminológica le compete más por curiosidad que por razones científicas, de poco le sirven estos ensayos.

La Dogmática Jurídico Penal, con su método de estudio Lógico-jurídico, es la manera más adecuada para la aplicación de la Ley Penal. Es la Dogmática, quien desentraña el espíritu de la norma y analiza el caso concreto para su correcta tipificación, a través de su sistematización, interpretación y crítica. Utilizándola, se lograrían mejores resultados y un ahorro considerable de esfuerzo. Como futuros exponentes del derecho, debemos estar comprometidos con el ideal de todo jurista: La Justicia, y esta sólo se logrará en la medida en que se alcance la excelencia académica. La Dogmática Jurídico Penal es la mejor forma de solucionar las cuestiones procesales del narcotráfico que a querer o no, ha superado ya la voluntad no sólo del nuestro, sino de todos los gobiernos del mundo.

Que sea el presente estudio, a más de un logro personal, la semilla de ese árbol cuya savia

sea la excelencia y su fruto, la justicia.

Gabriel Regino Garcia.

Marzo de 1992.

CAPITULO PRIMERO

LA IMPORTANCIA DE LA DOGMATICA JURIDICO PENAL

1.- NOTA INTRODUCTORIA

¿Qué es la dogmática jurídico penal? He aquí la primera pregunta con la que se enfrenta aquél que busca penetrar el umbral de la Ciencia del Derecho Penal. ¿Es acaso la dogmática un método o sólo un viejo esquema de las teorías y doctrinas que existen en relación con esta rama del Derecho? Preguntas como estas y otras más, aparecen conforme se inicia el estudio del Derecho Punitivo. Desventurado aquél que carente de una metodología, pretenda conocer su ciencia; toda vez que la cuestión del método es de vital importancia y no sólo en nuestra materia sino en todos los actos del ser humano. Con gran acierto, el maestro español Juan del Rosal afirmó: "La adopción de un método, sea para el conocimiento de una determinada materia, ora como medio de aplicación de ella, se infiere de la misma actitud humana ante el mundo del poder. El hombre necesita valerse de un medio para aprehender el conocimiento de las

1
cosas."

Y en efecto, el método es el que indica el orden en el procedimiento cognoscitivo, la forma de actuar adecuadamente para obtener un fin determinado. El método es un auxiliar humano que lo dirige hacia el camino, hacia el conocimiento, pues sin él, la mente del hombre no sigue una dirección segura y corre el riesgo de extraviarse y confundirse en el error en vez de obtener la verdad.²

Y ante tal visicitud, es obvio que nuestra fama, no es ajena. Durante mucho tiempo, el Derecho Penal hubo de resistir los embates que los críticos positivistas enderezaron en contra de su calidad de ciencia.

Pareciera en un principio que el desarrollo de las posturas en torno a la naturaleza del Derecho Penal no tiene relación con el presente

- 1.- JUAN DEL ROSAL. Derecho Penal Español. Editorial Alvarez de Castro. 1a Edición. Madrid 1960. Página 31.
- 2.- FERNANDO FERRER TERREZ. Terrio del Estado. Editorial Porrúa. México. 21a. Edición. 1937. Página 125.

capítulo, pero no es así.

No podemos comprender a la dogmática jurídico penal, sin conocer algo de su historia, la cual es la historia misma del derecho penal.

2.- EVOLUCION DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Referente a la cuestión penal, es preciso exponer aunque sea brevemente, las dos posturas más importantes, el positivismo y el neokantismo, así como su reflejo en la concepción y desarrollo de la actividad jurídica penal.

2.1 EL POSITIVISMO

Cuanta razón tuvo WELZEL al afirmar que

3.- "El conocimiento histórico del derecho penal le proporciona al jurista el verdadero sentido de las instituciones penales de su tiempo, como lo cual el presente se enlaza con el pasado, aún después de las más profundas revoluciones. En efecto, las leyes penales, lo mismo que las leyes en general, nacen de un substrato histórico, dependen del grado de civilización y de organización política, de la experiencia de legisladores y jurisconsultos, y por esta razón no pueden ser estudiadas por quien quiera conocerlas en su totalidad, haciendo caso omiso de sus orígenes y transformación". SILVIO RANIERI. Manual de Derecho Penal. Editorial Themis. Bogotá. 1971. página 2.

el Positivismo se caracterizaba por su "Negativismo": "La tendencia fundamental del Positivismo fue, en primer lugar, negativa: el rechazo decidido de todo aquello que aún de lejos pudiera sonar a metafísica; y para el Positivismo, metafísica era todo lo que sobrepasaba al campo de la observación. Esta limitación de la investigación humana a la observación significa la renuncia a toda comprensión y explicación que vaya más allá de la simple constatación de hechos y de sus conexiones externas, la limitación a lo que pueda ser pesado, medido o contado."⁴

Los positivistas no podían considerar como ciencia a algo abstracto, como lo es el derecho. De ahí la frase de WELZEL al señalar que sería científico solo aquello que pudiera ser pesado medido o contado. Los positivistas " sólo creían en lo que veían ". El derecho en

4.- WELZEL, "Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht": citado por FRANCISCO MUÑOZ CONDE en su Introducción al Derecho Penal. 1a. Edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1975. Pág. 109.

consecuencia, escapaba al estudio científico dadas sus características.

Pero el argumento más agudo que se expresó en contra de la Ciencia del Derecho Criminal, fue la lapidaria frase pronunciada por el fiscal prusiano Julius Von Kirchmann en 1847, en una interesante conferencia pronunciada en Berlín intitulada "La Jurisprudencia no es Ciencia", al afirmar que "tres palabras rectificatorias del legislador convierten bibliotecas enteras en basura"⁵

Su anterior argumento lo basaba en el hecho de que no podía pensar de la consideración de Ciencia una actividad que tuviera como objeto de estudio algo tan impreciso y mudable como

5.- J.H. VON KIRCHMANN. La Jurisprudencia no es Ciencia. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983. Tercera Edición. Traducido por Antonio Troyol Sierra Página 29.

el Derecho positivo, cuando en las auténticas ciencias, su objeto es inmutable.

Desde luego que tales aseveraciones causaron enormes estragos entre los penalistas de aquella época. Máxime si tomamos en cuenta que el Derecho Penal siempre ha luchado por adquirir autonomía propia. Ante ésta situación, se buscaron argumentos para contrarrestar los efectos causados por la corriente positivista:

- 6.- "Habrá jóvenes juristas - y no de los pobres - que experimentarán, frente a estas transformaciones de los tiempos, una contracción amarga de inestabilidad. Ellos miran, no sin envidia, a otras ciencias que se ocupan de asuntos más permanentes y estables. ¿Deben estar ellos siempre supeditados al momento, al día y a sus cambiantes exigencias? Esto nos hace recordar la frase de J.H.V. Kirchmann (1847), de que tres palabras de rectificación del legislador son suficientes para convertir bibliotecas enteras en tiras de papel. Sin embargo, esta frase «ingeniosa» toca tan sólo la superficie. Una ciencia auténtica no se convierte nunca en una «tira de papel», aunque cambien las leyes fundamentales. No solamente lo que se repite, sino también lo que acontece una sólo vez, merece y debe ser investigado por la Ciencia. Concretamente, ser y conocer lo general, es y sigue siendo, en todas partes, el principal objetivo de la Ciencia." EDMUND MEYER. Derecho Penal. Libro de Estudio Cárdenas Ed. Págs. 21 y 22.

en un principio, se pretendió encontrar en el delito, entendido éste como un fenómeno de la personalidad, la pauta que diera un carácter científico al Derecho Penal.

Así inició la llamada "Escuela Positivista", cuyos precursores (Enrico Ferri, Lombroso y otros), al intentar dar al delito un tinte científico, crearon un nuevo problema: La Antropología Criminal, que dio posteriormente lugar a la Criminología, que se llegó a confundir con el Derecho Penal y en otros casos, a intentar separar totalmente la una del otro. Estos pensadores, cuyas aportaciones a la Ciencia Criminal son indiscutibles, desatendieron el carácter jurídico del delito, por la cuestión antropológica y psicológica del autor, al considerar, como FERRI, que lo fundamental en la generación del delito era el factor sociológico.

7. Como lo presenta REINHART MAURACH, en su Tratado de Derecho Penal. Ediciones Ariel. Barcelona 1962. Pág. na 40. Tomo I.

En todos estos autores (incluyendo a los pertenecientes a la Escuela criminológica francesa como TARDE y LACASSAGNE), se puede advertir claramente su desprecio por los problemas jurídicos que la criminalidad plantea, toda vez que su única meta era la consideración psico-biológica o social de la delincuencia, porque sólo de ésta manera, fue la actitud, para el intelectual de esa época, que consideraba una "auténtica ciencia".

Otro de los cuestionamientos que se hicieron en cuanto a la actividad científica del jurista, fue la relativa a que si en su actividad se utilizaba el método causal-explicativo, que en ese entonces y ahora, rige a las Ciencias. Ante ello, demeritándose al Derecho Penal, se aseguró que la Criminología era efectivamente una ciencia al tener como finalidad, buscar la explicación causal del delito en sus aspectos psicobiológicos y sociales. Como consecuencia, surgió el llamado Positivismo Jurídico, el cual consistió en que los juristas, buscaban dentro de los conceptos jurídicos

fundamentales, aquellos hechos inmutables y permanentes que según la corriente de la época debían servir de base a la actividad científica.⁸

2.2.- EL NEOKANTISMO

Esta corriente filosófica, destruyó muchas de las teorías sustentadas por los positivistas y en otros casos, los menos, puso de relieve sus errores. Los positivistas afirmaban que, para considerar como científica una actividad ésta debía tener un método de estudio de tipo causal-explicativo. Ante tal afirmación, los precursores del neokantismo (entre otros LARENZ), se cuestionaban si solamente a través de dicho método, "se podía ⁹ aprehender toda la realidad." La respuesta es negativa. RICHTER H. el sero alemán, con acierto, manifestó que era imposible conocer el todo, sólo a través de ese método, el cual resultaba en sí, insuficiente, haciéndose

8.- FRANCISCO FERRAZ GUERRA. Introducción al Derecho Penal. 1ª Edición. Bosch, Casa Editorial. S.A. Barcelona. 1975. Página 104.

necesario acudir a otros métodos. Según este autor, junto a las ciencias naturales o exactas, existían unas ciencias espirituales o culturales; para éste autor, a ambos tipos de ciencias correspondían, además, diversos métodos: el método de las ciencias naturales era el causal-explicativo, el de las ciencias culturales el método comprensivo.

Como una especie de luz, al pensamiento de los filósofos de aquella época, llegaron los planteamientos del neoplatonismo. Al hablarse de un mundo natural y de otro anímico o espiritual, un gran filósofo y gran penalista, GUSTAV RADBRUCH, apuntó al respecto: "El reino de los valores y el mundo de los hechos existen como dos órbitas paralelas, sin entrecruzarse. Esta relación entre el valor y la realidad entre el ser y el deber ser, es lo que se llama el dualismo

- 9.- LARENZ. Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Daun. Tercera Reimpresión. Barcelona. 1966. Página 61.
- 10 - KICKERT, H. Ciencia cultural y ciencia natural. Citado por FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Op. Cit. En la misma obra se cita a DILLHEY: "la naturaleza la explicamos, la vida anímica la comprendemos".

11
metodológico".

Entonces, había que partir de esta premisa: Las Ciencias Culturales utilizan en su explicación y conocimiento, el método axiológico (cuestiones valorativas); y las ciencias naturales, el método ontológico (la consideración de los problemas fundamentales de la existencia).

Desde luego que lo anterior, sirvió enormemente a los penalistas para detallar el objeto de su estudio. Ahora, no tendría porque confundir ni allanar campos reservados a otras ciencias. El neokantismo, vino a delimitar funciones: El delito puede ser estudiado desde un punto de vista causal-explicativo y ser objeto de la Criminología, pero también puede ser estudiado como un fenómeno jurídico objeto de

11.- GUSTAV RADERUCH. Filosofía del Derecho. Traducción de Rechtsphilosophie, título original, por Medina Echavarría. Editorial Casas. Madrid. 1933, página 86.

valoraciones y ser, por tanto, objeto de la Ciencia del Derecho Penal.

3.- LA CUESTION DEL METODO EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Ahora bien, no bastaba afirmar que existía una Ciencia del Derecho Penal, toda vez que ni aún en los estudios de la época (Siglo XIX), se había dado una definición satisfactoria de la misma. En la actualidad, existen definiciones diversas acerca de ella; y aún y cuando es cierto que la labor de la definición es difícil, por requerir una labor intelectual determinada,¹² no es afortunada la conclusión a que arriba el argentino CARLOS SANTIAGO NINO, en su obra "Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)",¹³ al afirmar que no es posible definir el concepto de ciencia; pues concluir

12. - "Podemos decir que la definición es una operación lógica por medio de la cual concretamos los rasgos esenciales del objeto definido y, al mismo tiempo, lo diferenciamos de todos los objetos que lo son parecidos" D.P. Gorsky.-Academia de Ciencias de la U.R.S.S. Lógica.-Editorial Trujalbo.- México 1960 - Página 69.

13. - Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1974. Página 17 y ss.

lo anterior, siguiendo el criterio del citado autor, nos llevaría al absurdo de que no podríamos definir absolutamente nada, lo cual es inaceptable. Pero vaya, atendiendo a la definición de ciencia, la cual podemos entender como un conjunto de principios y conceptos que estudian y explican las cosas que nos rodean, sea cual sea su método, podemos afirmar válidamente, que la Ciencia del Derecho Penal es el conjunto de principios que se encargan del estudio de las normas del Derecho Penal

14

Objetivo.

Desde luego que la evolución de la Ciencia del Derecho Penal iba a llegar hasta el momento de su definición. Era necesario, ordenar todos los conocimientos que existían al su alrededor, era necesario ordenarlos. El gran mérito de sistematizar al Derecho Penal,

15

14.-FRANCISCO NUÑO CONDE.-Op. Cit. Página 117.

15.- En Alemania, pues en Italia corresponde al genio de Francisco Carrara y en Hispanoamérica a Luis Jiménez de Asúa.

correspondió al ingenio invaluable del alemán FRANZ VON LISZT, quien en el año de 1881, al escribir su Tratado de Derecho Penal, le dió una forma al estudio de la Ciencia Punitiva.

A partir de esas obras, se puede considerar, fundadamente, es cuando formalmente inicia la Dogmática Jurídico Penal.

Este concepto tan innovador, fue utilizado por primera vez en la literatura penal italiana por CRISPIGNI, quien la definió como " la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el orden jurídico positivo, constituyen el derecho penal."¹⁶

Tomó el nombre de dogmática, porque al ser la Ley la única fuente directa del derecho penal, esta debería de ser entendida como una verdad indiscutible.

16.- Citado por RAFAEL MAÍDOS ESCOBEDO, en la Introducción a la conferencia pronunciada por CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP, intitulada "IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL", en la Asociación Nacional de Funcionarios Judiciales el día trece de octubre de 1953. Primera Edición Impresa por Grafica Sanabertiana - Mexico.-1954.-Página 14.

3.1 LA NORMA COMO DOGMA

Literalmente, dogmática significa "ciencia de los dogmas"; o sea, de las normas jurídicas dadas dogmáticamente, como verdades ciertas e indiscutibles.¹⁷

Para sostener esta postura, se afirmaba que el punto de partida de la construcción dogmática del derecho, era la norma; toda consideración que podría hacerse respecto del Derecho Penal, tenía que basarse en la Ley. Así lo fue en un principio. En la Argentina, Suler Hengó

17.- Así lo afirma el ilustre filósofo y penalista GIUSEPPE MAUGIORE, en su obra Derecho Penal.- Editorial Iemis 1971.- Volumen 1.- Página 53, quien agrega: "Con mayor precisión puede definirse a la dogmática como la ciencia (y arte a la vez), que mediante un trabajo de elaboración conceptual (definición, clarificación, sistematización) unifica las muchas normas (o dogmas) de un ordenamiento jurídico dado".

18.- Idem. Página 53.

19.- "Cuando se afirma que la actividad de quienes dedican a esos estudios es dogmática, lo que al decir tal cosa quiere expresarse es que aquellos conjuntos de normas unitariamente concebidos en función de su materia, constituyen un dato que el tratadista acepta sin discusión, concediéndole el sentido y el valor que los creadores de los preceptos le atribuyen." EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa. 3a. Edición. México 1980. Página 2.

a decir: "Una cosa es la ley y otra nuestra opinión; cuando éstas no coinciden, nadie nos privará de decir lo que pensamos; pero debemos saber distinguir lo que es la ley de lo que es sólo nuestro deseo." ²⁰ Y no le faltó razón. En efecto, la Ley Penal se encuentra escrita, y a partir de ella es como debemos construir nuestros principios y conceptos; el atender a la Ley como dogma, sirve en un principio, para garantizar la seguridad jurídica de los gobernados; ²¹ es decir, la exacta aplicación de la Ley. El criterio para considerar a la ley como un dogma indiscutible, y tomarla como el camino más seguro para el estudio del Derecho Penal y garantizar la aplicación de la ley, también representaba, así como una garantía, un grave problema. Y en esto sí tuvo acierto SANTIAGO NIÑO al exponer en su obra comentada con antelación, que: "El dogma no está abierto al debate crítico ni al test de los hechos;

20.- RAFAEL MATEOS ESCOBEDO ... Op. Cit. Pagina 21.- Artículo 14 de la Constitución General de la República.

se obvian los criterios que determinan nuestro derecho a estar seguros de la verdad de una proposición. El jurista < agrega el autor > debe hacer una apreciación valorativa de las normas que pretenden ingresar a su sistema; en caso contrario, su ceguera dogmática lo llevaría a confundirlo todo, poniendo en el mismo caso al derecho con el régimen de un gangster"²²

En el viejo continente, principalmente en la *bota itálica*, los estudiosos del Derecho Penal, al denotar los problemas que enfrentaba la dogmática jurídica, al considerar a la norma como un dogma, optaron por hablar en sus obras, tan sólo de su método de estudio. En este sentido, SILVIO RANIERI, afirmó: "Dado el carácter y la índole de la ciencia del derecho penal, el método de que se sirve no puede ser sino el método jurídico, que consiste en la aplicación ordenada de aquellos medios que, partiendo de las condiciones

22.- CARLOS SANTIAGO N. O' C. Cat. Pagina 20.

sociales y políticas en que determinado ordenamiento ha surgido y obra, teniendo en cuenta el fin, hacia el cual se dirige cada una de las normas jurídicas, la relación en que cada una de ellas se encuentra con las demás, y el objeto de su tutela, permiten llegar a un pleno conocimiento de su contenido".²³

Podemos advertir de lo anterior, que el título SILVIO BANIERI, aún y cuando no menciona la palabra dogmática, sí refiere a su principal misión: el ordenamiento de los medios para llegar al conocimiento del Derecho Penal. Introduce la variante de que debe atenderse a ellos, partiendo de las condiciones sociales y políticas del momento; esto es, un factor externo que hasta entonces no se había mencionado en el concepto tradicional de dogmática invocado por CRISPIGNI.

23.- SILVIO BANIERI. Op. Cit. Página 15.

En la Argentina, el español LUIS JIMENEZ DE ASUA, al referirse en su obra a la cuestión del método de la Dogmática jurídico penal, señaló: "El método más adecuado para el conocimiento de la Ciencia del Derecho Penal, es el método teleológico pues averigua la función para que fue creada la Ley; explora la formación teleológica de los conceptos; esclarece el bien jurídico; concentra el tipo legal; se libera del método sistemático y con ello logra una correcta interpretación de la Ley, descubriendo la voluntad la está"²⁴

JUAN DEL ROSAL, en su obra "Derecho Penal Español", realiza una interesante clasificación de métodos para el estudio del Derecho Penal. Al igual que este autor, otros más hablan, en lugar de la

24.- LUIS JIMENEZ DE ASUA, La Ley y . . . Op. Cit. Editorial Normas, Cénico, 1a Edición, 1986, Página 27.

dogmática, de una "jurisprudencia conceptual". Así habla Del Rosal: "Castán <citado por este autor> la define así: <<El método clásico o tradicional (llamado también lógico, constructivo o de la jurisprudencia conceptual) responde a esta sencilla idea básica; todo el derecho está contenido en la ley, y la interpretación de ésta debe proponerse buscar la voluntad del legislador>>. Quiere decir (opina Del Rosal) que la actitud del jurista ante la norma jurídica es de respeto y acatamiento, como si fuera un dogma. Para Grispigni, por ejemplo, la dogmática jurídica es ciencia que trata de reflejar en un sistema ordenado de cogniciones el contenido de las disposiciones constitutivas del ordenamiento jurídico positivo. Esta dogmática corresponde a un momento de la actividad mental del jurista.

24.- En Italia GIUSSEPE REITOLI y GIUSSEPE MAGGIORE. A propósito éste último le llama "jurisprudencia pura", como sinónimo de la dogmática jurídica. En México, con el nombre de Jurisprudencia Técnica, GARCÍA MAYNEZ. Al respecto, su libro "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, Trigésima Edición. México 1985, Página 167 y ss.

que es el momento lógico, explicándose en la formación, definición y coordinación de los conceptos. Es distinto del momento volitivo, expresado en la legislación, y también del momento práctico, que es el constituido por la aplicación de la norma jurídica que hace el juez al caso concreto. ¿A que queda reducida la actividad del jurista? La actividad del jurista es meramente reproductiva, lo cual quiere decir que su tarea es siempre la reproducción fiel de un dado ordenamiento jurídico. Por eso se dijo que este método se llamó jurisprudencia de conceptos a causa de la preponderancia al lado formal del concepto, a su aspecto lógico, y conduce en la esfera de los delitos y las penas, a un riguroso sometimiento del juez a la letra de la ley, circunscribiendo su función a una actividad métrica penal, aunque, por supuesto, este sistema preserva la naturaleza legal del derecho penal, que debe defenderse, sobre todo frente a los radicalismos contemporáneos." ²⁶

26.- JUAN DEL ROSAL. Op. Cit. Página 34.

Podría citar más opiniones de destacados penalistas pero hacerlo extraviaría el alcance de este capítulo. Bástenos entonces los calificados juicios antes vertidos.

Invariablemente en todos ellos, encontraremos una nota esencial: la sistematización. Esta es, como señalé anteriormente, el método de la dogmática.

Sobre el particular, GIUSSEPE MAGGIORE, hábilmente compara la labor dogmática con la labor del naturalista: " Este procedimiento (de sistematización), análogo a la clasificación del naturalista, es la construcción jurídica. Así como el naturalista clasifica al León en la familia de los felinos, en el orden de los mamíferos, en la clase de los vertebrados, en el reino animal, así el jurista construye el derecho. "²⁷

Y así es, uno de los puntos de la Dogmática Jurídico Penal consiste en sistematizar los temas del Derecho Penal. Esta sistematización, la

27.- GIUSSEPE MAGGIORE. Op. Cit. Página 55.

podemos encontrar actualmente en todos los libros de Derecho Penal; se le divide en una Parte General y en una Parte Especial. La primera, referente al delito en general, al delincuente y sobre las penas y medidas de seguridad. La segunda, a los delitos en particular. En ésta última es donde radica, a mi consideración, su importancia. ¿Cómo ha de conocerse y estudiarse al delito? La Doctrina considera dos diversas posiciones; hay quienes postulan una teoría unitaria o totalizadora, y otros una analítica o atomizadora. Para el desarrollo de nuestro trabajo, adoptaremos ésta última, y dentro de ella una posición heptatónica, es decir, tomaremos en número de

28.- En este sentido se orientan la mayoría de las obras sobre esta materia: En Alemania, WELZEL y su Derecho Penal Alemán; JOHANNES WESSELS y su Derecho Penal Parte General; FOMUND MEZGER y su Tratado de Derecho Penal; En Italia SILVIO RANIERI y su Manual de Derecho Penal; GIUSSEPE MASSIÖRE y su Derecho Penal; RENO PANFAMIN y su Manuale de Diritto Penale; En Argentina ENRIQUE BACIGALUPO y su Manual de Derecho Penal; SEBASTIAN SOLER y su Tratado de Derecho Penal; en México CELESTINO PORTE PETIT y sus Apuntamientos a la Parte General del Derecho Penal; PAVON VASCONCELOS y su Derecho Penal Mexicano, por citar sólo los más relevantes de la vasta literatura penal.

siete los elementos del delito, tanto en su aspecto positivo como negativo, lo que abarca la primera esfera del delito, así como sus formas de aparición o manifestación - segunda esfera del hecho punible -.

4.- LA ESTRUCTURA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

Brevemente hemos descrito las características más relevantes de la Dogmática Jurídico Penal, y ahora pasaremos a exponer sucintamente su estructura.

Lejos de cuestionar en este momento la denominación del método de la Ciencia del Derecho Penal, como algunos autores lo hicieron en su momento, explicaremos la importancia de la dogmática, y la de su método de estudio. El estudio de las normas penales, debe realizarse en una forma sistemática y ordenada. Su análisis, debe iniciarse en la Ley, por ser ésta su única fuente; y si se tratará como un dogma, pues ahí está impresa, inmutable; "pero no entendida como un fetiche, sino como una norma a la que hay que descubrir su voluntad".²⁹

29.- CELESTINO PORTE POIT. "La importancia de la dogmática jurídico penal." Op. Cit. Página 22.

Se atiende a una verdad, desde el punto de vista jurídico, esto es, analizable y cuestionable. Por ello la Dogmática jurídica, a través del método sistemático, busca en la norma, la voluntad que el legislador, por error o por ignorancia, dejó ocultada. Es el momento de la Interpretación, que debe hacerse, sujeto a las reglas de la lógica, buscando el fin de la Ley. Para lograrlo, debe valerse del apoyo de otras ciencias.

30

29.- Así lo considera igualmente ENRIQUE BACIGALUPO. Para él, tiene demasiada importancia la sociología criminal para el desarrollo de la dogmática jurídica penal: "La dimensión crítica de la sociología criminal presupone un modelo ideal de sociedad con el que se compara la sociedad cuyo aparato de control social se critica. (Para este autor el Derecho Penal es un medio de control social. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. 1985. Página 1) La dogmática penal por su parte, tiene también una dimensión crítica paralela que se manifiesta con características peculiares: Toda dogmática penal parte de una determinada idea de la legitimidad del ejercicio del poder penal del Estado que se expresa en la formulación de principios jurídico-penales. En este sentido, la dogmática penal desarrolla su dimensión crítica en dos direcciones bien definidas: por un lado, sometiendo los principios mismos a una crítica constante para perfeccionar su correspondencia con el ideal de legitimidad de la sociedad; por el otro, confrontando el derecho penal vigente con estos principios que fundamentan su legitimidad." Estudios de Derecho Penal y Política Criminal. Cárdenas Editores. Primera Edición 1989. Página 78.

La interpretación de las normas, como lo asegurara RAUL NAVARRO GARCIA, "es la función más elevada del Juez". Una vez interpretada la norma, se procede a su crítica. Es decir a la opinión del estudioso.

31.- Así lo expuso BETTIOL: "El intérprete, cuando debe aplicar la norma a una hipótesis concreta, no puede servirse del procedimiento lógico de la subsunción, sino que debe revivir espiritualmente el proceso psicológico del legislador que ha debido optar entre los diversos intereses en conflicto y determinar en definitiva, si existe coincidencia entre el problema concreto y abstracto. Sólo en este supuesto podrá el juez aplicar la norma." Derecho Penal. Op. Cit. Pagina 41.

32.- Sin previa consulta, criticado con nuestra postura el maestro FRANCISCO MUÑOZ CONDE, quien al referirse a la crítica al Derecho Penal, dentro de la dogmática, escribe: "La interpretación y sistematización del Derecho penal lo presentan tal como es en el momento determinado. Pero esta realidad jurídica no puede estar de acuerdo con determinados principios o con la finalidad asignada a su existencia. El Derecho Penal interpretado y sistematizado puede ser injusto, antidemocrático y perjudicial para la convivencia (como lo aseguraba SANTIAGO NIÑO al referirse al régimen de un gángster, ver página 13); puede estar al servicio de una minoría y atacar los derechos fundamentales de la mayoría; puede impedir el progreso y el desarrollo de las libertades humanas; puede en fin, ser un derecho que no merezca ni siquiera ese nombre. Y a pesar de ello el penalista debe interpretarlo, ordenarlo en un sistema y procurar hacer de él un instrumento apto para regular justamente los problemas sociales. Pero estos intentos pueden estar de antemano destinados al fracaso. La técnica jurídica

A través de la sistematización, interpretación y crítica de las normas penales, es como podremos integrar una Ciencia del Derecho Penal, que redundará en beneficio de la administración de Justicia. Los prácticos del Derecho Penal, que han desestimado la importancia de la dogmática, son los causantes de la actual crisis de nuestro sistema judicial. Jueces, Magistrados, Fiscales y Defensores, aplicando criterios extraviados, han dado al traste con todo el movimiento que se ha expuesto, sencillamente, en

como cualquier otro tipo de técnica, tiene sus limitaciones y no puede convertir lo negro en blanco ni evitar que así sea. Por eso, la dogmática jurídico penal, si no quiere merecer el calificativo de 'reaccionaria', debe de ser también una dogmática crítica del Derecho. En consecuencia, la dogmática jurídico penal, es el medio del cual podemos valernos para conocer la esencia del Derecho Penal. Parece que estos dos nombres, el de dogmática y el de crítica se repelen, pero esto se debe a las falsas connotaciones que lleva implícita la palabra dogmática. La dogmática jurídico penal se obliga a la crítica del derecho penal desde el momento en que lo acepta tal como es. Sólo así puede hablarse de ella como una verdadera ciencia, y no como una mera técnica al servicio de la clase dominante." Op. Cit. Páginas 184. En este sentido se orienta el trabajo de BENIGNO ENCIGALUPO denominado "La Dogmática Penal y la Criminología" publicado en Estudios Penales... Op. Cit.

este primer capítulo. La Dogmática jurídico penal, es una Ciencia vigorosa, que a través de su método de estudio, nos permite alcanzar y entender la realidad de nuestro derecho criminal. Sólo así podremos aplicar con justicia la Ley al caso concreto. No es cierto que no existe una Ciencia del Derecho Penal sólo porque se diga que la Ley nunca va a adecuarse a la realidad y que además el jurista nunca encontrará la solución ideal de los problemas de la convivencia humana, pues para él, la Justicia es un espejismo inalcanzable en la lejanía. Pero tampoco el médico podrá acabar nunca con la enfermedad y la muerte y nadie duda del carácter científico de la medicina. Por todo ello, con toda razón debemos seguir el designio de ARTURO ROCCO: Defender con dignidad la Ciencia del Derecho Penal, utilizar su método para la solución de los problemas, y no para "tenerlo guardado en el cajón" como lo manifiesta PORTE PEYI. La dogmática jurídico penal, es sino la panacea, si la mejor forma de resolver la cuestión jurídica criminal. Claro que la función del dogmático no acaba ahí. Debe pugnar por la excelencia de nuestro Derecho Punitivo. Ya lo dijo

Marx: " Los filósofos han interpretado hasta
ahora el mundo, pero lo que hay que hacer es
cambiarlo."

CAPITULO SEGUNDO

EL DELITO CONTRA LA SALUD

DELITO CONTRA LA SALUD

I.- Definición.

Delito Contra La Salud es la conducta o conjunto de conductas típicas, antijurídicas y culpables que ponen en peligro la salud pública.

II.- Alternativas de comisión que presenta el delito Contra La Salud, de acuerdo al Código Penal Mexicano, en su Título Séptimo.

El Código Penal Federal, en su título séptimo que denomina: "Delitos Contra La Salud", en su Capítulo I, bajo la voz: "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos"; habla sobre la consideración de estupefacientes y psicotrópicos, aún cuando no los define, hace el reenvío a la Ley General de Salud, a los Convenios Internacionales y a las demás disposiciones aplicables a la materia, expedidas por la autoridad sanitaria, para saber cuando una sustancia puede ser considerada como estupefaciente o como

psicotrópico.

1.- Posesión por adictos o habituales.

La Ley General de Salud, en sus artículos 237, 245 y 248, establece una larga lista de aquellas sustancias reputadas como estupefacientes y como psicotrópicos, mismos que la Ley Penal sanciona desde su creación, hasta su consumo a través de las disposiciones contenidas en los subsiguientes artículos del capítulo en comento. Así, el artículo 194, del Código Penal Federal, regula única y exclusivamente, las situaciones "privilegiadas" en que se puede llevar a cabo una conducta antijurídica relacionada con el delito Contra La Salud, al dedicarse en exclusiva, al toxicómano o adicto, así como a aquellos sujetos, que por primera vez realizan un ilícito de esta naturaleza, siempre y cuando se reúnan las condiciones de cantidad y calidad que la misma norma requiere para su configuración.

El Código Penal Federal, deja a criterio de la Representación Social Federal, o bien del

juzgador en su caso, - quienes deberán actuar para todos los efectos que se señalan en dicho artículo con el auxilio de peritos -, cuando una persona tiene la necesidad de consumir estupefacientes y/o sustancias con efectos psicotrópicos. Es menester como el propio artículo lo exige, que la determinación a que llegue la autoridad, debe encontrarse fundada con dictámenes periciales, en razón de que si bien el Juez o Ministerio son peritos en la materia jurídica - supuestamente -, no pueden realizar una apreciación de tal naturaleza en una situación en que la circunstancia predominante será la médica, atendiendo a la toxicomania del activo. En estas condiciones, debe acreditarse la ulterior y real necesidad del activo para adquirir o consumir estas sustancias prohibidas. Para tal efecto, el Código Penal Federal, permite la POSESION de aquéllas, siempre y cuando su cantidad sea la estrictamente necesaria para su propio e inmediato consumo. Debe advertirse en este momento, que la palabra "inmediato", debe entenderse en su más puro sentido gramatical, y no considerar al consumo con intervalos de tiempo, pues ello nos llevaría a concluir que cien gramos

de cannabis, serian para el propio e inmediato consumo del activo, pero en determinado tiempo. Por ello, el legislador optó por hacer notoria la inmediatez de su consumo y su obvia necesidad, para excluirlo de la esfera represiva de la Ley Penal, y limitarse a colocarlo bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias para su desintoxicación.

En su fracción II, el artículo 194, habla de la imposición de la pena alternativa que habrá de imponerse a aquél adicto o habitual que le sea asegurada una cantidad de droga para su propio consumo en un término máximo de setenta y dos horas, mostrando benevolencia ante esta cuestión, precisamente por la naturaleza de la acción injusta.

2.- Adquisición o Posesión por una sólo vez por quienes no tienen el hábito de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Sin embargo, el Código Punitivo hace una clara distinción de aquéllos que son adictos, de aquéllos que por primera vez intentan consumir estas sustancias. Esto es, da un tratamiento

diferente a quienes por necesidad tóxica las consumen, de aquéllos que lo hacen sólo por curiosidad. A éstos últimos, siempre y cuando sea por una sola vez, y adquieran droga en cantidad para su propio e inmediato consumo, tendrán una pena de seis meses a tres años de prisión. Esto constituye sólo en las modalidades de ADQUISICION O POSESION.

3.- Suministro por parte de Toxicómanos.

A las personas adictas, cuando suministran gratuitamente alguna de las sustancias a que se refiere el artículo 193, del Código Sustantivo, realizan la alternativa del SUMINISTRO DE TOXICOMAND, el cual es distinto al SUMINISTRO IN GENERE, que prevé y sanciona el dispositivo 197, del mismo ordenamiento legal, en razón de que para la configuración del primero, se exige una calidad especial en el sujeto activo, que consiste en que deba de tratarse de un toxicómano. Además, que la cantidad suministrada debe ser en cantidad que no exceda de la necesaria para su inmediato y personal consumo del tercero. La penalidad aplicable a este

ilícito, es de dos a tres años o de 180 a 360 días multa.

4.- Posesión Simple.

Prevista en el mismo numeral 194, en su párrafo cuarto, el Código Penal sanciona la posesión que no es privilegiada ni por una sólo vez en caso de no ser adicto, cuando por su cantidad no pueda ser destinada a cometer alguna de las alternativas a que se refiere el artículo 197, de dicho ordenamiento legal, con una pena de dos a ocho años de prisión y de 180 a 360 días multa.

5.- Siembra, Cosecha y Cultivo por parte de Campesinos.

El artículo 195, sanciona con prisión de dos a ocho años de prisión a aquéllos que dedicándose a las labores propias del campo, siembren, cosechen o cultiven plantas de cannabis, cuando concurren en ellos, evidente atraso cultural y extrema necesidad económica. Lo extraño de esto, es porque no sancionan con igual pena la siembra, cosecha y cultivo de amapola o de la hoja de coca.

6.- Favorecimiento de la Siembra, Cosecha o Cultivo.

Igual pena se le aplica al que permita que en predio de su propiedad se realicen estas conductas, siempre y cuando concurren las anteriores circunstancias.

7.- Transportación Privilegiada.

Prisión de dos a ocho años, según el artículo 196, se aplicará a quien por una sola ocasión, sin pertenecer a ninguna organización delictiva, transporte cien gramos de marihuana. Lo interesante es determinar porqué el legislador limitó esta figura tan sólo a la cannabis. Es evidente que lo hizo en atención a los efectos de dicha droga, que es distinta a todas las demás, pero también debió legislarse respecto de las demás sustancias.

El artículo 197, contempla las diversas hipótesis de comisión del delito a estudio, las que son:

8.- Adquisición: (Artículo 197, fracción I)
Entendiéndose por ella, el acto y efecto de adquirir. Ganar. conseguir con el propio trabajo.

9.- Aportación de recursos económicos o de otra especie: (Artículo 197, fracción III) Es la acción de contribución, participación o ayuda que se presta para la realización de una o varias de las conductas lesivas de la salud pública.

10.- Auxilio ilegal: (Artículo 197, IV) Esta modalidad consiste en la ayuda, socorro, o amparo ilícito, que se le presta a un tercero para que consuma una sustancia prohibida. Ya sea a través de proporcionarle instrumentos para ello, como jeringas, "pericos", o cualquier otro medio para su uso. (Prestarle el automóvil para trasladarse a un centro de distribución de droga o facilitarle el numerario para la adquisición del estupefaciente)

11.- Acondicionamiento: (Artículo 197, fracción I)

Consiste en dar una condición o calidad a algo que antes no la tenía. Tal como agregar sustancias químicas a la goma de opio para obtener la heroína.

12.- Colaboración: (Artículo 197, fracción III)

La Colaboración ha de entenderse como la participación que se presta, no con recursos económicos, al financiamiento de alguna de las actividades ilícitas. Puede ser el buscar compradores o agentes que aporten recursos para la realización del injusto.

13.- Comercio: (Artículo 197, fracción I) El

comercio, a distinguo del tráfico, consiste en los actos comerciales de la droga, que no son ni la compra ni la venta, sino la donación, la permuta, etcétera.

14.- Compra: (Artículo 197, fracción I) Es la

adquisición de la droga a título oneroso.

15.- Cosecha: (Artículo 197, fracción I) Es la

acción de levantar o recoger el estupefaciente sembrado.

16.- Cultivo: (Artículo 197, fracción I) Es dar a la tierra, los cuidados necesarios para el desarrollo de los estupefacientes. Se integra a través del tiempo en diversos intervalos.

17.- Elaboración: (Artículo 197, fracción I) Es la preparación de los psicotrópicos a través de un trabajo adecuado. No debe confundirse con la modalidad de acondicionamiento, pues mientras aquella consiste en dar una nueva condición a una sustancia, en la elaboración se crea una que antes no existía.

18.- Enajenación: (Artículo 197, fracción I) Es la transmisión, por diverso título del oneroso, del dominio de la droga. No debe confundirse con el comercio, pues aquél, requiere condiciones especiales como lo son la temporalidad y que quienes lo realicen se dediquen a la actividad de modo permanente.

19.- Encubrimiento: (Artículo 197, fracción III) Es la actividad llevada a cabo por un servidor público para que en ejercicio de sus funciones o aprovechándose de su

cargo, permita la realización de actos preparatorios o tendientes a introducir o sacar ilegalmente del país sustancias prohibidas.

20.- **Fabricación:** (Artículo 197, fracción I) La fabricación debe atenderse como un proceso de transformación de materias primas en productos semielaborados o de éstos en productos ya acabados, sin que deba confundirse con la elaboración, pues en ésta se tiene la materia prima.

21.- **Instigación:** (Artículo 197, fracción IV) Es la incitación o inducción realizada para que un tercero consuma cualquiera de los vegetales o sustancias comprendidas en el artículo 193.

22.- **Introducción ilegal al País:** (Artículo 197, fracción II) Traspasar la línea fronteriza nacional, con sustancias prohibidas sin contar con la autorización correspondiente de la autoridad sanitaria.

23.- **Manufactura:** (Artículo 197, fracción I)

Realizar con la mano o ayudado de una máquina una sustancia prohibida.

- 24.- Prescribir: (Artículo 197, fracción I)
Consiste en preceptuar o recetar el uso de alguna de las sustancias prohibidas, cuando su consumo resulte innecesario y la finalidad de aquél sea ilícito.
- 25.- Preparación: (Artículo 197, fracción I)
Consiste en disponer y aparejar la droga para que sirva a un efecto, tal como la elaboración de carrujos.
- 26.- Producción: (Artículo 197, fracción I) Es la creación propia de la droga.
- 27.- Propaganda: (Artículo 197, fracción IV) Es el trabajo empleado en dar a conocer el enervante o psicotrópico, con la finalidad de atraer adeptos o compradores.
- 28.- Publicidad: (Artículo 197, fracción IV) Es la divulgación de la noticia del producto.
- 29.- Sacar ilegalmente del País: (Artículo 197, fracción II) Traspasar al exterior de la

frontera nacional, las sustancias prohibidas sin autorización legal.

30.- Siembra: (Artículo 197, fracción I) Regar las semillas de los estupefacientes en la tierra preparada para ese fin.

31.- Suministro: (Artículo 197, fracción I) Proveer gratuitamente a otro, alguna sustancia prohibida.

32.- Tráfico: (Artículo 197, fracción I) Conducta reiterada de compra y/o venta de vegetales o sustancias prohibidas.

33.- Transportación: (Artículo 197, fracción I) Es trasladar de un punto geográfico a otro distinto, estupefacientes o psicotrópicos.

34.- Venta: (Artículo 197, fracción I) Es la entrega de la droga a cambio de dinero.

Todas estas conductas tienen una sanción de diez a veinticinco años de prisión y de cien a quinientos días multa.

35.- Posesión: (Artículo 197, fracción V) Tener bajo el radio de acción y de disponibilidad personal el enervante o psicotrópico.

Esta modalidad tiene una sanción de siete a veinticinco años de prisión y de cien a quinientos días multa.

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO CONTRA LA SALUD

I.- Los presupuestos del delito

Los presupuestos se entiende que son una condición previa a la configuración del delito y de cuya realización depende la materialización de la figura típica. Con acierto PETROCELLI apuntó a este respecto, que el tema de los presupuestos es "una noción bastante atormentada en la reciente literatura penalística"³³

1.1. Teorías acerca de los Presupuestos

Existen dos teorías: quienes los aceptan y quienes los niegan. Entre los primeros, se acepta una clasificación de los mismos, en Generales y Especiales. Para los partidarios de que existen Presupuestos Generales del delito, señalan como tales a la norma, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la imputabilidad, el bien jurídico e incluso, el instrumento del delito.

Los Presupuestos Especiales serán los

33.- Citado por CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP en sus Apuntamientos a la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa. Décima Tercera Edición. México, 1990. Página 207.

exigidos por cada tipo en particular, y que pueden ser de naturaleza jurídica, o bien de carácter material.

PORTE PETIT señala que, en caso de aceptar la postura de ANTOLISEI, quien opina que los presupuestos deberían definirse de una forma exacta, lo aconsejable para el autor mexicano sería denominarlos presupuestos de la conducta o hecho, en razón de que el tipo puede describir a una u otro.

PORTE PETIT los considera como "aquellos requisitos jurídicos o materiales previos y necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho típicos, siendo tales requisitos:

- a) Un requisito jurídico o material
- b) Previo a la realización de la conducta o del hecho.
- c) Necesario para que pueda realizarse la conducta o hecho, descritos por el tipo."

1.2 ¿Presupuestos en los delitos Contra La Salud?

Considero que la noción de los presupuestos, dentro de la dogmática

jurídico penal debería desaparecer, pues en lugar de ser una innovadora aportación a la Ciencia del Derecho Criminal, resulta un escollo de carácter bizantino que, a más de complicar el estudio dogmático del delito, hace de los penalistas un blanco fácil de los tratadistas de Derecho Privado, de donde el tema pretendió ser trasladado sin éxito, a nuestra materia.

34

A éste respecto, MAGGIORE apuntó: "Mirándolo bien, todo lo que se cita como presupuesto del delito no es sino un elemento esencial del hecho, de modo que, si falta dicho presupuesto, falta también el hecho constitutivo del delito. De esta manera el círculo de los presupuestos se dilataría hasta comprender no sólo al hombre, al sujeto pasivo y al sujeto activo, sino a la tierra, el aire y el cielo, pues todos estos bienes de Dios existen antes del delito. En resumen, la categoría de los presupuestos no tienen razón de ser en asuntos

34.- Así lo considera igualmente PORTE PETIT. "Apuntemientos a la Parte General . . ." Op. Cit.

35
penales."

Esta problemática de los presupuestos la advirtió MANZINI, quien incluyó en su definición a los elementos de carácter jurídico. Sin embargo, ello no le quita la inoperancia a este tema. Se dicen elementos jurídicos a la norma, pero, es obvio que la norma existe antes que el hecho pues el delito nace con la propia norma incriminadora, como con toda atingencia lo señala el italo SILVIO RANIERI. No les asiste razón a aquellos autores que como PETROCELLI, MASSARI, SALES GASQUER, entre otros, quienes afirman que el sujeto activo y pasivo, la imputabilidad, el bien tutelado y el instrumento del delito, son presupuestos del mismo, pues los primeros, son elementos del tipo, la imputabilidad o elemento del delito o bien de la culpabilidad según el caso, y el instrumento una figura procesal.

34.- MAGGIORE, Op. Cit. Página 278. La reciente doctrina italiana comparte este punto de vista. Entre otros, DELITALA, GRISPIGNI, RANIERI, ANTOLISEI, BERTIOL.

BATTAGLINI afirma, que los presupuestos son los antecedentes materiales o jurídicos, necesarios para que pueda subsistir el hecho, agregando que no tienen relación con la culpabilidad y tampoco con la causalidad material, ya que se trata de elementos que cronológicamente están antes de la acción o de la omisión; pero tampoco le asiste la razón a éste autor, en virtud de que cronológicamente antes de la conducta o hecho jurídicamente está la nada. El mundo normativo, lo podemos comparar con un pequeño estanque de agua, en el que como plantas y bacterias, tranquilamente flotan los bienes jurídicos, cuya calma es rota, así como por el niño que arroja una piedra, como por el delincuente que comete una conducta anti-jurídica. Es aquí donde da inicio el delito, con la conducta delictiva y no con el mundo normativo, el cual no es un presupuesto, sino su origen, su fuente. Se dice que los presupuestos son "condiciones necesarias y previas", pero éstas, no son más que los elementos del tipo en particular. Así pues,

se llega a decir que en el delito de PECULADO, es presupuesto del delito la calidad de funcionario público. ¿No será más bien un calidad del sujeto activo?

36

Desde luego que no se trata de crear polémica respecto de este punto, pero por la buena salud de la dogmática jurídico penal, debería concluirse que no existen los presupuestos del delito, pues a más, no son otra cosa que los elemento del tipo. Concluir lo contrario nos llevaría a grandes absurdos como afirmar, en el caso a estudio, que en un delito CONTRA LA SALUD, en la modalidad de POSESION, el presupuesto lo sería la salud pública (que es el bien jurídico protegido como se apuntará en su oportunidad) o que es la existencia de la droga (lo cual es el objeto material). Por lo anterior, y por cuanto hace a esta tema, afirmamos válidamente que no existen presupuestos en los delitos CONTRA LA SALUD.

36.- Así lo considera acertadamente el colombiano URIEL FRANCO en su obra EL PECULADO. Editorial Themis. Primera Edición, Bogotá, 1987. Página 22.

II.- CONDUCTA O HECHO

Todos los temas del Derecho Penal han sido por siempre motivo de debates, desde los temas más sencillos como hasta los más complejos y, el elemento material del injusto no es la excepción. No pretendemos abordar aquí la problemática de la denominación correcta de este elemento del delito (cuando algunos penalistas como MEZGER y BACIGALUPO lo denominan "acción") nosotros adoptaremos la postura de PORTE PETIT y lo llamaremos conducta o hecho.

2.1 Delitos Contra La Salud. ¿Conducta o Hecho?

Damos inicio al estudio dogmático de nuestro delito, con su primer elemento: La conducta o hecho. En el desarrollo de la teoría del delito, nos basaremos primordialmente en la teoría causalista, haciendo comentarios en relación con la teoría normativista pura.

Nuestro delito, bien podría ser llamado un delito "sui generis" a virtud de que el tipo penal nos ofrece 34 formas de comisión del injusto

CONTRA LA SALUD. Esto es, que a diferencia de los demás ilícitos que contempla el Código Penal Mexicano, que en su mayoría se integran con una sola conducta, el delito CONTRA LA SALUD nos presenta ese gran número de alternativas.

En el caso a estudio, estamos en presencia de una CONDUCTA, por tratarse de un delito de mera actividad; esto es, el injusto se consuma con una mera conducta, sin requerir de un resultado. Para aclarar ésto es necesario mencionar en este apartado, las posturas existentes en torno al tema del RESULTADO en la Teoría del Delito, las cuales son: la naturalista y la jurídica o formal.

El RESULTADO debe entenderse como la modificación del mundo exterior, como efecto de la actividad delictuosa.³⁷ La corriente naturalista, como su propio nombre lo indica, estudia el delito desde un punto de vista natural, mientras que la jurídica o formal, lo hace desde un plano jurídico.³⁸ La primera, ve al

37.- MAGGIORE . . . Op. Cit. Página 357.

38.- PORTE PETIT. "Apuntamientos. . ." Op. Cit. Página 260.

resultado como un mutamiento en el mundo exterior, y la segunda, como un cambio en el mundo normativo. Esto es, que se habla de dos tipos de resultados, el jurídico y el jurídico material. El primero, será el que se da en todos los delitos, aún en los de mera conducta y consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado.³⁹ El resultado jurídico material es el que además de la mutación jurídica, provoca una mutación en el mundo exterior. En nuestro caso, en consecuencia, se hablará de un resultado jurídico, consistente en poner en peligro la salud pública. Esto es, no se requiere de un mutamiento en el mundo externo para la configuración del injusto aludido. Sin embargo, pueden plantearse a este respecto, diversas interrogantes. Una de ellas consiste en el tipo previsto por la fracción IV del artículo 197 del Código Penal Mexicano, el cual, a la letra dice:

38.- LUELLO CALÓN expresa que "hay mutación jurídica, cuando el resultado de la acción es la lesión o daño del bien jurídico penalmente protegido." Derecho Penal I. Editorial Barcelona. 12a Edición. Barcelona. 1956. Página 325.

"Se impondrá prisión de diez a veinticinco años. . . IV.- Realice actos de publicidad propaganda, instigación o auxilio ilegal a otra persona para que consuma cualquiera de los vegetales o sustancias comprendidos en el artículo 193 . . . "

En este caso, se podría decir que, para la configuración del tipo, es necesario el consumo de los vegetales prohibidos, es decir, precisa un resultado material. Sin embargo, la conclusión correcta es en el sentido de, que tomando en consideración que la finalidad de todas y cada una de las conductas previstas en el artículo 197 del Código Criminal, es el uso del estupefaciente o sustancia psicotrópica según el caso; entonces, al tratarse de un delito de peligro, el hecho de el pasivo o pasivos del injusto no consuman éstos, tal situación será irrelevante para la comisión del mismo. No es de esta opinión ENRIQUE BACIGALUPO, quien al comentar

40

el artículo 344 del Código Penal español, asegura que existen dos tipos: " el tipo de favorecimiento del consumo, que exige que se compruebe en primer lugar la realización de alguna de las acciones de cultivo, fabricación o tráfico y en segundo lugar, que de ellas se haya derivado un favorecimiento, facilitación o promoción del consumo de drogas." ⁴¹ ; la cual no

40.- Artículo 344.- "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a 100 millones de pesetas si se tratara de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos." Código Penal. Edición preparada por Enrique Gimbernat Ordeig. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Editorial Tecnos. Sexta Edición. España 1989. Páginas 142, 143 y 144.

41.- ENRIQUE BACIGALUPO. Problemas Dogmáticos del Delito de Tráfico Ilegal de Drogas. La Problemática de la Droga en España. Editoriales de Derecho Reunidas. S.A. Madrid. 1986. Páginas 92 y ss.

compartimos, dado que el considerar al consumo como un resultado jurídico material, su inexistencia conllevaría a considerar penalmente irrelevantes aquellas acciones típicas a las que no acompañe un ulterior y efectivo tráfico del producto. En este sentido se expresa: LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO, quien afirma: "En realidad, la promoción del consumo ilegal de las drogas no se trata de un resultado, sino de un elemento tendencial finalista, pero que sin embargo no es preciso alcanzar para que el delito quede consumado."⁴² Lo anterior, refuerza nuestra postura de que el delito Contra La Salud, es de mera conducta.

42.-- LUIS FERNANDO REY HUIDOBRO. El Delito de Tráfico de Estupefacientes. Su inserción en el Ordenamiento Penal Español. Bosch, Casa Editorial, S.A. Primera Edición. Barcelona. 1987. Página 9.

2.2 La Omisión en los Delitos Contra La Salud

La omisión es una de las formas de la conducta y presenta dos clases:

- a) Omisión simple; y 43
- b) Comisión por omisión u omisión impropia.

Omisión simple es la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía la obligación jurídica de realizar, manifestándose en una conducta que realiza una situación diversa de aquella querida por la norma. 44

Comisión por omisión u omisión impropia, consiste en una modificación del mundo exterior, directamente mediante la abstención de una acción que se tenía la obligación jurídica de ejecutar. 45

Por la naturaleza del delito que nos ocupa, sólo puede presentarse la omisión simple con resultado jurídico.

43.- CELESTINO FORTE PEIT. Apuntamientos a la Parte General . . . Op. Cit. Página 239.

44.- VINCENZO CAVALLU. Diritto Penale Tomo II. Editorial Napoli. Italia Sexta Edición. Página 155

44.- Idem. Página. 159

2.3 Clasificación en Orden a la Conducta

a) De acción, toda vez que se manifiesta a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales voluntarios; aún cuando puede presentarse por omisión en la hipótesis prevista en el párrafo segundo de la fracción II del artículo 197.

b) Unisubsistente, pues la acción se agota en un sólo acto;

c) Plurisubsistente, por lo que hace a las modalidades de CULTIVO, TRAFICO y COMERCIO, las cuales requieren para su configuración de varias conductas.

2.4 Clasificación en Orden al Resultado.

a) Instantáneo, pues tan pronto se produce la consumación, se agota;

b) Necesariamente permanente, en las modalidades de CULTIVO, TRAFICO y COMERCIO;

c) Formal, por tener resultado jurídico;

d) De peligro.

CUELLO CALON estima como delitos de peligro aquellos cuyo hecho constitutivo no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para éstos una situación de peligro, debiéndose entender por peligro la posibilidad de la producción más o menos próxima de un resultado perjudicial.
46

III.- AUSENCIA DE CONDUCTA

No estimo apropiado el rubro para designar el aspecto negativo del primer elemento del delito, pues en caso de presentarse, la conducta existiría, mas no la voluntad. En consecuencia, habría de denominarse ausencia de voluntad en la conducta.

46.- Citado por FRANCISCO PAVON VASCONCELOS en su Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. Novena Edición. México. 1990. Página

243.

3.1 Hipótesis de ausencia de voluntad en la conducta que pueden presentarse en el delito Contra La Salud.

Como hipótesis de ausencia de voluntad en la conducta, dentro de la Teoría del Delito, encontramos:

- a) Fuerza Física irresistible o Vis Absoluta;
- b) Fuerza Mayor o Vis Maior;
- c) Sueño;
- d) Sonambulismo;
- e) Hipnotismo;
- f) Actos Reflejos.

A) Fuerza Física Irresistible.

Por fuerza física irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediablemente, lo que no ha querido ejecutar.

Puede presentarse en la modalidad de POSESION, en el caso de que un sujeto, valiéndose de su

46.- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. LXXXIV p. 175 y 3093. Quinta Epoca.

superioridad física, introduzca en la ropa de una persona, alguna sustancia prohibida.

B) Fuerza Mayor

Es aquella que proviene de la naturaleza o de los animales, siendo tal su intensidad, que no puede ser resistida.

Puede presentarse en las modalidades de INTRODUCCION y EXPORTACION, previstas en la fracción II del artículo 197 del Código Penal Federal, en el supuesto de que una embarcación sudamericana, provista de un cargamento de cocaína, intente encallar en el Puerto de Mazatenango, Guatemala, es arrastrado a aguas mexicanas por un fenómeno natural como pudiera ser un ciclón o huracán, siendo que el destino final de la droga, era la Ciudad de Guatemala. En consecuencia, se habrá realizado la conducta de INTRODUCCION, pero será penalmente irrelevante para el Derecho Punitivo Nacional, en virtud de existir ausencia en la voluntad de la conducta. No por ello, los activos del delito, quedarán impunes, pues al

respecto existen Tratados Internacionales entre ambos países. La misma situación podría presentarse en la modalidad de INTRODUCCION.

C) SUEÑO

El estado de descanso fisiológico de la mente y del cuerpo conocido como sueño, puede producir movimientos involuntarios con resultados dañosos, sin embargo, esta hipótesis no puede presentarse en el delito Contra La Salud.

D) SONAMBULISMO

El estado sonambólico, es similar al del sueño, con la diferencia de que en el primer supuesto, el sujeto deambula dormido. Tampoco es factible que se presenta una conducta de esta naturaleza en el delito a estudio.

E) HIPNOTISMO

Siempre y cuando no se trate de una acción libre en su causa, el hipnotismo puede

presentarse en todas las modalidades.

F) ACTOS REFLEJOS

No se presentan en el delito Contra La Salud,
ante la ausencia de la intención dolosa.

IV. TIPICIDAD

Compartimos la opinión de ALFONSO REYES ECHANDIA, quien afirma que "la tipicidad no es invento inútil hecho para embrollar la dogmática penal, ni constituye vana palabrería sin mayor utilidad en la práctica forense"⁴⁸; pues al contrario, el tema de la tipicidad viene a ser el soporte fundamental de la compleja estructura del delito.

La tipicidad realiza una función prejurídica de importancia trascendente: constituye garantía jurídico-política y social de la propia libertad. En este sentido se expresa igualmente el maestro PORTE PETIT, quien afirma: "La importancia del tipo estriba en que no hay delito sin tipicidad, constituyendo tal principio una de las bases del derecho penal liberal."⁴⁹

48.- ALFONSO REYES ECHANDIA. Tipicidad. Editorial Temis. Quinta Edición. Bogotá 1969. Página 13.

49.- CELFESTINO PORTE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. . . Op. Cit. Página 38

El tipo penal, entendido ora como el el conjunto de los presupuestos de la punibilidad,⁵⁰ ora como la descripción concreta de la conducta prohibida,⁵¹ cumple con tres funciones: garantizadora, fundamentadora y sistematizadora.

a) Función Garantizadora.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional encontramos la disposición de la función garantizadora del tipo, en el artículo 14, párrafo tercero, relacionado al 16, párrafo inicial de la Constitución General de la República, el cual plasma el principio de "nullum crimen sine lege", o como se le conoció en la teoría de Belin: "no hay delito sin tipo". Esto es, una conducta sólo podrá ser considerada como delictiva, cuando se encuentre prevista en un dispositivo legal expreso. Dicho principio de legalidad, fue interpretado por la Suprema Corte de Justicia de Colombia, quien al respecto concluyó: "Los tipos o figuras penales describen o relacionan

50.-JOHANENES WESSELS. Derecho Penal Parte General. Editorial De Palma. 6a Edición. Buenos Aires. 1980. Página 32.

51.- HONZ WELSEL. Derecho Penal Alemán. 3a Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. 1987. Página 76.

en el precepto legal una forma determinada de conducta a fin de que el juzgador, al identificarla en la acción que tiene ante sí, pueda medir el significado antijurídico de esta, declarar la culpabilidad y responsabilidad del agente y, en consecuencia, pronunciar la condena. Esta necesaria confrontación es garantía de libertad individual, pues la justicia no puede admitir elementos que el tipo no contiene, y es garantía de seguridad colectiva, ya que toda conducta adecuada a un tipo criminoso conlleva la atribución correspondiente, eliminando así cualquier asomo de impunidad.

52

b) Función Fundamentadora.

Es, como lo apunto SILVIO BENIERI, con lo que nace el delito; la norma incriminadora da lugar al injusto, de ahí su función fundamentadora.

52.- Resolución pronunciada el veintidós de noviembre de 1971. "G.J." T. CXXXIX, (2346-51) Pág. 522. Citado por ALFONSO REYES ECHANDIA, Op. Cit. P. 16.

c) Función Sistematizadora.

Esta es una función de gran relevancia para la Dogmática Jurídico Penal. Tomando en consideración que la sistematización es el primer paso de aquella, la función sistematizadora del tipo se obtiene de la tutela de bienes jurídicos. Así, en nuestro Código Penal Mexicano, que se divide en dos partes, la general y especial, y mientras la primera no contiene tipos penales propiamente dichos, más que aquellos dispositivos amplificadores como lo son los referentes a la tentativa y al concurso de personas, en la parte especial, es donde se detallan los delitos en particular. Ahora bien, aún cuando no los encontramos sistematizados en distintos títulos y capítulos, los tipos de delito atendiendo al bien jurídico tutelado, se puede, con apoyo en la interpretación teleológica facilitar el estudio dogmático de las figuras penales .

A guisa de comentario, no deben confundirse los términos tipicidad y cuerpo del delito, pues la primera, consiste en la adecuación

c) Función Sistematizadora.

Esta es una función de gran relevancia para la Dogmática Jurídico Penal. Tomando en consideración que la sistematización es el primer paso de aquella, la función sistematizadora del tipo se obtiene de la tutela de bienes jurídicos. Así, en nuestro Código Penal Mexicano, que se divide en dos partes, la general y especial, y mientras la primera no contiene tipos penales propiamente dichos, más que aquellos dispositivos amplificadores como lo son los referentes a la tentativa y al concurso de personas, en la parte especial, es donde se detallan los delitos en particular. Ahora bien, aún cuando no los encontramos sistematizados en distintos títulos y capítulos, los tipos de delito atendiendo al bien jurídico tutelado, se puede, con apoyo en la interpretación teleológica facilitar el estudio dogmático de las figuras penales .

A guisa de comentario, no deben confundirse los términos tipicidad y cuerpo del delito, pues la primera, consiste en la adecuación

de la conducta del agente, al tipo penal, mientras que el segundo, adoptando la postura de JIMENEZ DE ASUA, "se refiere a la averiguación de los hechos, a la existencia fáctica del delito . . . "

53

4.1 Comentarios sobre la unidad del delito Contra la Salud

Nuestro tipo a estudio, interesante y complejo, nos coloca ante una disyuntiva: El de si cada conducta es un delito o si es uno sólo a pesar de tener varias modalidades.

4.2 Opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Se traduce en la siguientes Tesis:

"DELITO CONTRA LA SALUD. CONSTITUYE UN SOLO DELITO A PESAR DE QUE SE COMETAN VARIAS DE SUS MODALIDADES. (LEGISLACION FEDERAL).- Para sentar un criterio firme debe definirse en forma precisa si cada modalidad de las previstas en el artículo 194 (ahora 197) del Código Federal constituye un delito aparte, lo cual significaría que hubiese acumulación real de cada modalidad cometida, o si, por el contrario, aún realizándose dos o más modalidades en acciones distintas, únicamente se

comete un sólo delito. La cuestión no se decide con afirmar que se trata de delito de los denominados alternativamente formados pues con ello sólo se quiere decir que el tipo se da con cualquiera de las diversas conductas que se describen en forma alternativa, mas queda sin resolver el problema planteado, pues está claro que con cada una de las modalidades se configura el delito Contra La Salud, pero si se realizan varias modalidades en ocasiones diferentes ¿se habrá cometido un sólo delito o varios? Esto queda sin contestación, ya que la clasificación nada más se refiere a la manera como se formula el tipo en la ley. Ahora bien, el delito que nos ocupa tutela como bien jurídico la salud humana en cuanto la protege de los daños causados por drogas enervantes o sustancias preparadas para un vicio que envenena al individuo o degenera la raza. Trata de impedir que tales drogas o sustancias lleguen a manos de las personas que las consumen, ya que el daño lo produce cuando alguien, en menoscabo de su salud, hace uso de las mismas. El legislador no sólo pena la acción última consumativa del daño, consistente en suministrar ilícitamente la droga al vicioso, sino que castiga todo acto que pueda ser antecedente eficaz para tal propósito, cualquier acción preparatoria del daño; y así prohíbe todos los actos que concurren en el proceso necesario para la acción consumativa del daño como lo son la elaboración técnica o cultivo de sustancias o plantas que sirvan para producir enervantes, su adquisición, onerosa o gratuita, su posesión, su tráfico o suministro. Así, quedan tipificadas en el mismo plano y con idéntica pena las conductas consumativas del daño y todas aquellas que se estiman constituyen actos preparatorios del mismo, y que, de alguna manera, consumación. De tal manera que si un individuo interviene en diversas operaciones (catalogadas como modalidades), mediante acciones independientes realizadas en ocasiones distintas, integrantes de un proceso tendiente a hacer llegar determinadas

cantidades de ciertos y concretos estupefacientes a manos de quienes van a utilizarlos, en realidad está atacando con distintas conductas un sólo bien jurídico tutelado, como lo es la salud de los posibles destinatarios de la droga, que concretamente (en cantidad y calidad) fue objeto de sus actividades. O sea sus diversas conductas (modalidades) son solamente partes, estados de un proceso tendiente a causar un daño en la salud de personas determinadas, aún cuando se efectúan todas las modalidades requeridas para producir el daño con una droga completamente individualizada (compra de semillas, siembra, posesión, tráfico y suministro al vicioso), sin embargo, solamente se causa un sólo daño el que es capaz de producir la naturaleza y cantidad del enervante y exclusivamente se ataca un sólo bien jurídico. Por eso, la medida del daño potencial no la da el número modalidades realizadas, ni el grado de avances hacia su consumación, pues en cualquier caso la magnitud del daño sería la misma. La verdadera medida del daño al bien jurídico protegido es la cantidad y calidad de la droga materia de las modalidades. A pesar de que se penan todos los actos, que propiamente tienden al suministro de la droga o enervante, sin embargo, lo que se trata de impedir al castigarlos, es la consumación de un solo daño, prohibición que tutela el bien jurídico consistente en la salud de los posibles consumidores del estupefaciente. Este único bien jurídico y ese único posible daño consumativo, son los que dan unidad al delito y que es uno a pesar de las distintas conductas que se tipifican por ser preparatorias del ataque al bien tutelado: el daño a la salud. Así pues, cuando se realizan diversas conductas en acciones y ocasiones diferentes, relativas a una única y concreta clase y cantidad de enervantes, estamos en presencia de un sólo delito. Si, además, el agente comete acciones catalogadas como modalidades sobre otros enervantes diferentes, o sea sobre otro objeto material al del ilícito, entonces habrá otro delito

diverso. Las anteriores conclusiones no impiden establecer que el número de modalidades realizadas por un determinado acusado, sí tienen trascendencia para la cuantificación de la pena pues es evidente que denota más peligrosidad quien interviene en varias operaciones tendientes al suministro de enervantes, que quien lo hace en una sola vez, porque contribuye en mayor medida al daño y releva más alto índice de tendencia a delinquir. (53)

4.3 Nuestra Opinión

Resulta sano, en principio, el criterio adoptado por la Corte Suprema del País respecto de la unidad del delito Contra La Salud. Entendido éste, como todo un proceso lógico natural, que está compuesto por diversas etapas, se atiende desde luego, a la finalidad ulterior del agente del delito: el consumo de la droga. Por lo que se refiere a los estupefacientes, todos éstos tienen un origen natural, esto es, proceden de alguna planta. Así, la marihuana o Cannabis; la Cocaína que deriva de las hojas de coca del árbol *erythroxylon*; la goma de opio, derivada de la flor de amapola; el peyote; etc; son enervantes ligados necesariamente al aspecto

53.- JOSE CARLOS GUERRA AGUILERA. Manual de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en Materia de Narcotráfico, Farmacodependencia y Contrabando. Orlando Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición. Guanajuato, México, 1989. Páginas 36 a 38.

agrario, que requieren de ciertos actos como lo son la siembra, la cosecha y el cultivo. Por lo que se refiere a los psicotrópicos, éstos son elaborados mediante productos químicos y, en consecuencia, sus etapas irán desde la elaboración, manufacturación, preparación, etc. Entonces, cuando un activo, realiza una o más conductas, como acertadamente lo sostiene el Más Alto Tribunal, en realidad comete un sólo delito, pues con sus acciones, está poniendo en peligro un sólo bien jurídico. Es conveniente asentar en este apartado que no es necesario que el pasivo o los pasivos del delito en comento, consuman el estupefaciente o psicotrópico, para que la conducta del activo adquiera relevancia a la luz del Derecho Penal, ya que como se señaló en el capítulo correspondiente, el delito Contra La Salud, es de los llamados delitos de peligro. Sin embargo, atendiendo a este principio, no consideramos acertada la opinión de la Corte, en el sentido de que al variar la especie del estupefaciente o psicotrópico, según sea el caso, se comete un delito distinto. Y no compartimos esta desafortunada aseveración, en

razón de lo siguiente: Si el consumo de la droga es irrelevante para la configuración del delito, también lo será la clase o calidad del mismo. No es menos cierto que algunos enervantes o psicotrópicos producen reacciones más severas que otros, como puede ser la distinción entre la heroína y un fármaco con principio activo de Flunitrazepam, que a lo más, puede provocar sueño y no las alteraciones que pudiese hacer la heroína, cuyos efectos son anestésicos y de ahí su nombre. Sin embargo, el efecto que una u otra pudiese causar en el pasivo, es una cuestión abstracta y que depende del organismo de cada persona. El bien jurídico que se ataca, será el mismo, pues habrá sido puesto en peligro, aún y cuando el daño sea mayor o menor, ésto no lo castiga el tipo. Es como señalar que una persona que asesina por medio de una dosis de veneno a otra, comete un delito distinto a aquélla que asesina por medio de una arma punzo cortante. Aquí, como en el delito a estudio, no puede establecerse un distingo entre conductas idénticas, sólo por la diferencia entre los medios. Una persona que

vende heroína y marihuana, no puede ser considerada como penalmente responsable de la comisión de dos delitos Contra La Salud. Concluir lo contrario no sería jurídico.

4.4. Elementos del Tipo

A) Bien Juridicamente Protegido

ANTONIO BERISTAIN considera que el bien jurídico protegido es múltiple, desde la salud física y moral de la humanidad, hasta su equilibrio y desarrollo social y económico, pasando por la calidad de vida de los ciudadanos, incluyendo también el interés que tiene el Estado en el control sobre determinadas sustancias.

Por su parte JORGE R. MORAS considera que el bien jurídico protegido es la continuidad generacional: "Esa continuidad generacional es la que nosotros sostenemos, como el verdadero bien afectado con las drogas. Se afecta a la humanidad

55.- ANTONIO BERINSTAIN S.J. La droga. Aspectos Penales y Criminalísticos. Editorial Temis. Bogotá. 1986. Página 17.

en su misma esencia: su perfecta durabilidad. La drogadicción burla las leyes naturales. Invierte las leyes de Dios." 56

En este sentido se ha expresado la Suprema Corte de Justicia de México, al concluir:

DELITO CONTRA LA SALUD, POSESION DE MARIHUANA, COPARTICIPACION.- La confesión del inculpaado admitiendo que fue sorprendido dentro de la Ciudad Universitaria cuando se encontraba con sus amigos fumando marihuana que habían comprado a un sujeto desconocido, es suficiente para hacer probable su responsabilidad en la comisión del delito contra la salud en su modalidad de posesión de marihuana, aún cuando a él no se le hubiere recogido el enervante que quedaba sin consumir, pues este tribunal considera que si un grupo de personas en concierto previo, se reúne para fumar marihuana, la posesión del estupefaciente que, dentro de ese grupo sea localizado, es imputable a todas ellas, aún cuando solamente una de esas personas lo haya llevado consigo para ponerlo a disposición del grupo, porque ese concierto previo constituye un factor para la comisión del delito, pues los participantes con su conducta, contribuyen subjetiva y objetivamente a producir el resultado, en el caso, la posesión de marihuana. Por consiguiente en presencia de una pluralidad de

55.- JORGE R. MORAS. Toxicomania y Delito. Editorial Abeledo-Perrot. 1a. Edición. Buenos Aires. 1975. Página 11.

imputados por razón del mismo hecho, todos responden de él, y esa conducta debe ser sancionada penalmente, porque implica la propagación e instigación del uso del estupefaciente, con evidente daño individual y social, puesto que de acuerdo con el criterio de las autoridades sanitarias esas substancias envejecen al individuo y degeneran la especie humana.

DELITO CONTRA LA SALUD. CONCURRENCIA EN MODALIDADES.- No es violatoria de garantías la sentencia en la que se considera penalmente responsable a un reo por el delito contra la salud en sus modalidades de compra, posesión y tráfico de enervantes, si dichas acciones quedaron debidamente delimitadas, pues el acto del quejoso al comprar a un tercero es indebidamente de la acción ilícita de poseer la droga enervante bajo la forma de marihuana sin ajustarse a las disposiciones sanitarias y a su vez, estos actos de compra y posesión, se encuentran desligados del tráfico en que además incurrió el reo, porque también queda evidenciada la ilícita conducta del quejoso en mantener el vicio de los consumidores de estupefacientes, ampliando el campo de acción de contribuir al envenenamiento y degeneración de los individuos.

DROGAS ENERVANTES. SIEMBRA.- Los acusados perpetraron el delito que se les imputa, independientemente de que, como ellos afirman el producto de la siembra y cultivo de la yerba enervante lo dedicaran a fines terapéuticos, ya que la Primera Sala de la Corte ha sustentado el criterio de que la ley federal no releva de responsabilidad a quien infringe una prohibición establecida por la misma, independientemente de que el consumo se haga con fines curativos, a virtud de que la represión penal de conductas antijurídicas como las que determinaron

el enjuiciamiento de los acusados viene requerida porque se ponen en peligro bienes jurídicos de indiscutible relevancia, como lo es la salud pública; pues bien sabido es que, al cundir el uso de estupefacientes, puede causar lesión a la especie humana degenerándola.

Expuestas las anteriores consideraciones, es fácil concluir que el bien jurídico protegido en este delito lo es la salud pública.

En este apartado resulta interesante la cuestión acerca de cual es el bien jurídico que tutela el artículo 194, fracción II, párrafo y párrafo tercero del Código Penal Federal, que hablan sobre la posesión de los toxicómanos. Esto es, ¿cual es la intención del legislador al incriminar la conducta del adicto o habitual cuando posee una determinada cantidad de estupefaciente? La anterior interrogante surge a virtud de que existen tendencias a despenalizar el consumo de la droga y a aquellas que persisten en su castigo. Aquellos que proponen su despenalización, argumentan que el Derecho Penal rebasa su ámbito de aplicación y pasa del mundo del deber ser al del

ser, esto es, al campo de la moral, dado que si un adicto desea y necesita el consumo de la droga, el derecho debe respetar su decisión. En España, quienes propugnaron por la despenalización del consumo de la droga, comparaban a este con el suicidio: para ellos, el consumo de la droga afectaba a la persona que lo realizaba, al igual que el suicidio, por lo que no podía considerarse penalmente responsable a una persona que se autodestruye voluntariamente. Con este criterio se creó la Ley de Consumo de Sustancias Prohibidas, actualmente vigente en España, promulgada por el Presidente Felipe González, con la anuencia del Parlamento Español, legislación que permite incluso la drogadicción en público. Esta determinación gubernamental, severamente criticada por varios sectores españoles y por otros gobiernos, ha dado resultados negativos a los esperados por el Gobierno madrileño, en razón de que el tráfico de cocaína y heroína principalmente, ha aumentado considerablemente en los últimos años, y es por ello que se ha pensado en limitar a tan "benévola" legislación. Sin

embargo, no podemos compartir el criterio de aquéllos, que basándose en un derecho liberal, exigen el respeto de la individualidad por parte del Derecho Penal, al afirmar que al punir conductas de esta naturaleza, se invade un campo que ya no le pertenece, puesto que al tratarse de un delito de peligro para la salud pública, es eminente que el consumo del estupefaciente revela ya el peligro en el sujeto activo, que con su conducta puede contaminar al grupo en que se encuentra e incitar con su sólo actuar al consumo en grupo de estas sustancias prohibidas. Por ello, opino que la punición de estas conductas debe persistir.

b) Objeto Material

Objeto material es la persona o cosa ⁵⁷ sobre la que recae la actividad física del reo.

En el caso a estudio, el objeto material en el delito Contra La Salud, lo serán

56.- FRANCESCO ANTOLISEI. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial UTEHA 1a. Edición Buenos Aires. Página 133.

cualquiera de las sustancias a que se refiere el artículo 193 del Código Penal Federal.

c) Sujeto Activo

El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se puede concebir un delito sin aquél, debiéndose entender por sujeto activo el que ejecuta la conducta típica.

Clasificación del sujeto activo en cuanto a la calidad

Por lo que se refiere al artículo 194, fracción II, y párrafo tercero (adicto o habitual); 195, párrafo primero (campesino); 197, fracción II, párrafo segundo (servidor público); se trata de figuras típicas propias o exclusivas, o de sujeto especial, por requerir precisamente una calidad especial por parte del sujeto activo, esto es, que sólo pueden ser cometidos por una determinada esfera de autores.

En las demás hipótesis se trata de un delito común o indiferente en relación al sujeto activo,

al poder ser cometido por cualquier persona.

Clasificación del sujeto activo en cuanto al número.

En la doctrina criminal se advierten delitos monosubjetivos, plurisubjetivos o de concurso necesario.

El delito Contra La Salud es monosubjetivo, toda vez que el tipo al emplear la expresión "al que ", indica que puede realizarse por uno o más sujetos, y aún así será monosubjetivo.

d) Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la Ley. En consecuencia, al ser el bien jurídico tutelado la salud pública y su titular la sociedad, ésta será el sujeto pasivo del delito.

En España Miguel Polaino Navarrete y en Italia Guissepe Bettiol y Vincenzo Manzini, consideran que existen dos sujetos pasivos: El Estado y el individuo. El primer autor afirma

esta dualidad "porque se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal".⁵⁷

Sin embargo, debe concluirse que en el delito Contra La Salud, como lo Luis Fernando Rey Huidobro, el único sujeto pasivo lo es la sociedad, considerada ésta "como círculo indefinido de personas y como titular a la vez de la salud que en los mismos se protege, la que ostenta la condición de sujeto pasivo en cuestión, partiendo de la base de que todas las personas que la integran, son en potencia posibles destinatarios y consumidores de la droga, y por ello, portadores del interés tutelado."⁵⁸

e) Medios

Algunos tipos penales prevén para su realización, la utilización de determinados medios para su configuración, como el FRAUDE, dando lugar a los llamados delitos con medios legalmente determinados o casuísticos. El

⁵⁷.- Op. Cit. Página 612

⁵⁸.- Op Cit. Página 106

delito Contra La Salud no exige medios para su configuración.

f) Referencias Temporales y Espaciales

Por el contrario, al tratarse de referencias temporales, que como su nombre lo indican son aquellas que tienen relación con el tiempo, el delito Contra la Salud establece una referencia temporal en el artículo 194, fracción II, del Código Penal Federal, al señalar:

Artículo 194.-

II.- Si la cantidad excede de la fijada conforme al inciso anterior, pero no de la requerida para satisfacer las necesidades del adicto o habitual durante el término de tres días, la sanción aplicable será la de prisión de dos meses a dos años de prisión o de 60 a 270 días multa.

En cuanto a las referencias espaciales, relativos al lugar, éstas las encontramos en el artículo 195 del Código Penal Federal, que dice:

Artículo 195.- Al que dedicándose a las labores propias del campo, siembra, cultive o coseche plantas de

cannabis o marihuana, por cuenta o con financiamiento de terceros, cuando en él concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica, se le impondrá prisión de dos a ocho años.

DELITO CONTRA LA SALUD. PENALIDAD SOBRE LA MARIHUANA DENTRO DEL MEDIO RURAL.- Si el quejoso fue sentenciado por un delito contra la salud en sus modalidades de siembra, cultivo, cosecha y posesión de marihuana, con apoyo en los artículos 193 y 198, fracción I, del Código Penal Federal; pero está probado en los autos del proceso que el amparista es campesino y que el delito se cometió dentro del medio rural, tiene aplicación al caso la tesis jurisprudencial número 191, visible a fojas 394 de la compilación 1917-1975, y por ende, la pena a imponer es la que contempla el artículo 194 del referido Código Penal.

g) Elementos Subjetivos y Normativos

Los elementos subjetivos del injusto son "las características situadas en el ánimo del autor".⁵⁹

Este apartado adquiere una gran relevancia en nuestro derecho penal nacional, dado que por este conducto se han obtenido varias libertades de reos del orden federal, y el fundamento legal lo es el artículo 194, párrafo

59.- Así lo define EDMUND MEZGER.

cuarto del Código Penal Federal que reza:

Artículo 194.-

La simple posesión de cannabis o marihuana, cuando tanto por la cantidad como por las demás circunstancias de ejecución del hecho, no pueda considerarse que está destinada a realizar alguno de los delitos a que se refieren los artículos 197 y 198 de este Código, se sancionará con prisión de dos a ocho años o de 180 a 360 días multa.

En estas condiciones nos encontramos ante una figura especialmente atractiva, al dejar al criterio del Juzgador, la potencialidad del activo y de la cantidad de droga que haya sido encontrada en su poder. Esto es, al no señalar un máximo en el quantum, será el Tribunal el que, tomando en consideración los elementos subjetivos del injusto y las circunstancias de ejecución, considere que a un reo no le es aplicable la pena de prisión contemplada en el artículo 197, fracción V del Código Penal Federal. Desde luego que el Juez o Magistrado en su caso, deberá de fundar y motivar su resolución, dado que el propio tipo exige para su configuración que la cantidad del

enervante no pueda considerarse destinada a realizar los actos del 197. Sin embargo, esta cuestión no deberá ser puramente objetiva, sino habrá de atenderse a la acción finalista del acusado; es decir, el ánimo del autor. En este caso la pregunta sería: ¿Cuanta cantidad de droga puede considerarse como no destinada a cometer una conducta del 197? Bástenos citar que el Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito, al fallar el Toca Penal número 175/89, el dieciséis de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, consideró que la cantidad de 137.3 gramos no estaba destinada a realizar alguno de los delitos a que se refiere el artículo 197.

Por lo que se refiere a los elementos normativos, sabemos que existen elementos normativos con valoración jurídica y elementos normativos con valoración cultural. En el delito Contra La Salud encontramos elementos normativos con validez jurídica en el artículo 197, fracción II, párrafo segundo del Código Penal Federal, al señalar:

Artículo 197.-

II.-

Las mismas sanciones se

impondrán al servidor público, que en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo, encubra o permita los hechos anteriores o los tendientes a realizarlos.

Elementos normativos con validez cultural, los encontramos en el artículo 195, al referirse a el atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica.

4.5 Clasificación en orden al Tipo.

En orden al tipo, lo podemos clasificar de la siguiente manera:

- a) Fundamental o Básico, al tener vida por sí mismo
- b) Autónomo o Independiente, por no requerir de otro.
- c) Alternativamente formado, por prever varias conductas y configurarse con la realización de una sola o varias de ellas
- d) De formulación libre, por no requerir medios para su configuración.

V.- ATIPICIDAD

Las únicas causas de atipicidad que pueden presentarse en el delito Contra La Salud, lo son la falta de calidad en el sujeto activo, la inexistencia del objeto material y la falta de referencias temporales o espaciales exigidas.

VI.- ANTIJURIDICIDAD

El maestro de Pisa, Francisco Carrara, fue el precursor de este elemento del delito, al señalar en su magna obra que: "La idea del delito no es sino una idea de relación, es a saber: la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico, al cual se da el nombre de delito u otro sinónimo. Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales cuyo conjunto constituye su unidad. Por lo que contempla su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica."⁶⁰

A este ilustre penalista corresponde el mérito de hablar pues, por primera ocasión, de uno de los elementos del delito: la antijuridicidad, debiéndose entender por tal, lo que es contrario a derecho.⁶¹

60.- Programa de Derecho Criminal. Parte General. Volúmen I. Editorial Temis. Bogotá Colombia 1936. Páginas 59 y 51.

61.- LUIS JIMENEZ DE ASUA. La ley y . . . Op. Cit. Pág. 267

Mucho se ha hablado en torno a que si la antijuridicidad es un elemento del delito o bien, una característica del tipo. Se señala que al crearse la norma penal, se delinea la conducta prohibida por la ley; sin embargo, no por ello no debe considerarse como antijurídica, toda vez que el tipo sólo viene a ser un indicio de la antijuridicidad, en razón de que pueden existir conductas que siendo típicas no sean antijurídicas, al encontrarse apoyadas por alguna proposición permisiva dando lugar a una conducta típica conforme a derecho.⁶²

En estas condiciones, la conducta constitutiva del delito Contra La Salud será antijurídica, siempre y cuando no esté asistida de una proposición permisiva.

62.- Así las define SERGIO VELA TREVINO. Antijuridicidad y Justificación. 3a Edición Editorial Trillas. México 1990. Pags. 159 a 160.

VII.- CAUSAS DE LICITUD O PROPOSICIONES PERMISIVAS

Las causas de licitud o proposiciones permisivas, son las circunstancias de hecho, previstas en la ley, que ante su presencia o concurrencia, eliminan la antijuridicidad en la realización de una conducta típica.

El Código Penal Mexicano las denomina circunstancias excluyentes de responsabilidad y son:

- a) Legítima Defensa
- b) Estado de Necesidad
- c) Cumplimiento de un Deber
- d) Ejercicio de un Derecho
- e) Obediencia Jerárquica
- f) Consentimiento del Ofendido

a) Legítima Defensa.

Siendo la legítima defensa la repulsa a una agresión injusta e inminente, esta proposición permisiva, dada su naturaleza, sólo podría presentarse en el delito Contra La Salud en la modalidad de SUMINISTRO, en el caso de que A, en el interior de una clínica, sea atacado injustamente por B, y A, para librarse de su agresor toma una jeringa conteniendo ROHYPNOL y vacíe su contenido en el cuerpo de B, logrando su alietargamiento. Aunque difícil en la práctica, es concebible en la teoría.

B) Estado de Necesidad.

La base del estado de necesidad está dada por la colisión de bienes, es decir, por el peligro inminente de la pérdida de un bien jurídico y de menor valor relativo.

63.- ENRIQUE BACIGALUPO. Manual de . . . Op. Cit. Pág. 128. A este respecto el autor alemán JOHANNES WESSELS apunta: "Dentro de la valuación de los valores y de los intereses, deben tenerse en cuenta la forma y el origen, así como la intensidad y la proximidad del peligro, la forma y el alcance de la pérdida inminente del valor, la relación de categoría y valor de los bienes jurídicos en conflicto, la existencia de deberes especiales de protección, verbigracia de una posición de garante, el objetivo final perseguido por el

Los elementos del estado de necesidad

son:

- a) Que exista peligro para una persona;
- b) Que ese peligro sea grave;
- c) Que no se haya causado por obra propia; y,
- d) Que la conducta del agente sea adecuada a la magnitud del peligro corrido.

Esta excluyente de responsabilidad o proposición permisiva puede presentarse en el delito Contra La Salud, pero no como erróneamente lo considera EFRAIN GARCIA RAMIREZ en su obra intitulada "Drogas. Analisis Juridico del Delito Contra La Salud";⁶⁴ quien el caso planteado por él, lo considera justificante, debiendo ser disculpante, por las siguientes razones.

Autor, la eventual imposibilidad de sustituir el daño que se ha producido, así como la magnitud de las posibilidades de salvación." Op. Cit. Página 90.

- 64.- Este escritor mexicano, cae en el error de considerar al estado de necesidad como una excusa absolutoria, al hablar de que "el sujeto que adquiere y posee droga para su consumo, cuando esta persona tiene la necesidad de tomarla por ser un adicto habitual, estará frente a un estado de necesidad", (página 290 de la obra comentada), cuestión menos cierta, en virtud de que la conducta del adicto o habitual no constituye delito.

Entendiendo al estado de necesidad como un conflicto de intereses o de bienes jurídicamente tutelados, en los que habrá de ser salvado uno sacrificando otro, no puede concluirse la existencia de necesidad en nuestro delito en ninguna de sus modalidades, toda vez que al realizar alguna o varias de las conductas descritas en el artículo 197 del Código Penal Federal, se estará poniendo en riesgo un bien de gran magnitud como lo es la salud pública. Es así, aún en el supuesto de que un toxicómano, víctima de una crisis de abstinencia, se preste para transportar un cargamento de cocaína, a cambio de una pequeña dosis del estupefaciente, toda vez que no hay equiparación entre el bien jurídico tutelado y su crisis de abstinencia, máxime que el caso, falta un requisito necesario para la configuración de esta proposición permisiva y que consiste en que el estado de necesidad no debe ser causado por obra propia, lo que en la especie acontece, dado que el toxicómano se ha vuelto adicto voluntariamente, al consumo de la droga. Tampoco, so pretexto de un estado de necesidad por toxicomanía, es justificable la

conducta del activo que posee droga en mayor cantidad a la racionalmente necesaria para su consumo personal en el término de tres días (artículo 194, fracción II del Código Penal Federal).

DELITOS CONTRA LA SALUD. TOXICOMANIA DEL INCULPADO.- Por lo que hace al carácter de toxicómano reconocido al quejoso, tal circunstancia no lo exonera de responsabilidad penal, pues los certificados médicos que obran en autos, que son orientadores para la función judicial y de ninguna manera constituyen imperativos para el órgano jurisdiccional, establecen que tanto el quejoso como su coacusado son adictos al consumo de marihuana; más no es suficiente el hecho de que únicamente el dictamen de los peritos ofrecidos por la defensa establezca que es perfectamente aceptable que la cantidad de marihuana decomisada fuera de su exclusivo consumo, para acreditar la causa de justificación suprallegal consignada en el último párrafo del artículo 195 antes de su reforma del Código Penal Federal, pues no se alude a que la cantidad de droga decomisada hubiera sido exactamente la requerida para la satisfacción inmediata de las necesidades del vicioso siendo el delito de que se trata de peligro, no puede el hecho convalidarse sobretexto de necesidades futuras que permita a los toxicómanos el acopio de grandes cantidades de enervantes, pues ello daría como consecuencia la impunidad de los drogadictos apaparadores con fines distintos al consumo, con serios perjuicios para la sociedad.

Amparo directo 4607/74.- Ramón Cabrera Romo.-21 de julio de 1975.- Unanimidad de 4 votos.-Ponente: Manuel Rivera Silva.

CULTIVO DE MARIHUANA POR TOXICOMANOS. NO PIERDE, POR ESA CIRCUNSTANCIA, SU CARACTER DELICTUOSO.- Si bien es cierto que esta Primera Sala ha resuelto que la causa de justificación establecida en la parte final del artículo 195 del Código Penal Federal, se aplique no sólo a la posesión de enervantes, sino que tal aplicación se extienda también a la adquisición de la droga para uso personal de parte de un toxicómano; sin embargo tal interpretación extensiva del precepto, es inaplicable a los casos de cultivo de enervantes por toxicómanos, ya que el cultivo de plantas estupefacientes no satisface de una manera inmediata la necesidad de la droga, de parte del vicioso, ya que el cultivo es un proceso lento que requiere un ciclo determinado y además, dicho cultivo entraña un grave daño potencial para la salud de todas aquellas personas que pueden consumir el enervante; pues si bien el cultivador toxicómano, al sembrar las plantas pudo tener la intención de usarla exclusivamente para su consumo personal, durante el lapso forzoso mientras llega la cosecha, hay la posibilidad de que varíen sus propósitos y le dé a la droga un uso diferente. Por último, en el caso de que la adquisición de la mínima cantidad de droga por un toxicómano, para su uso particular, no hay producción ni creación de enervante alguno y en el caso del cultivo de plantas estupefacientes, si se produce un enervante que antes no existía.

Amparo directo 3681/71.- Enrique Cuevas Aceves.- 15 de Noviembre de 1971.- 5 votos. Ponente.- Manuel Rivera Silva

En el supuesto de que A, víctima del

cáncer, es tratado con pastillas psicotrópicas para calmar los dolores y a raíz de dicho tratamiento se vuelve adicto a su consumo, y en una crisis de abstinencia comete alguna de las conductas previstas por el artículo 194 o por el 197 del ordenamiento punitivo, no podemos afirmar la existencia de un estado de necesidad, aún y cuando el activo no se haya colocado en ese estado, pues le era exigible una conducta apegada a derecho, como la es solicitar del médico una receta para surtirse de las sustancias, siempre y cuando éstas sigan siendo necesarias para su tratamiento.

Ahora bien, cosa distinta, y que reviste lo causal de justificación, es el caso de que A, agobiado por una fuerte crisis económica, acepta dedicarse a la venta de marihuana, por una sola vez, ya que en este ejemplo hay una real pugna de intereses jurídicos, a más de que el bien de mayor relevancia lo será la vida sobre la salud pública.

c) Cumplimiento de un deber.

El artículo 15, fracción V del Código Penal, establece que es circunstancia excluyente de responsabilidad, obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.

SILVIO RANIERI anota: " Hay cumplimiento de un deber, cuando alguien debe comportarse como se comporta, porque una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por situación subjetiva de subordinado."⁶⁵

Esta proposición permisiva sí puede presentarse en el delito Contra La Salud, primordialmente en relación con los sujetos a cuyo cargo está el combate al narcotráfico, por lo que en cumplimiento de su deber, pueden realizar algunas de las conductas previstas en el 65.- Op. Cit. Pág. 209.

artículo 197, del Código Penal Federal.

d) Obediencia Jerárquica

Consiganda en el artículo 15, fracción VII, del Código Penal y que consiste en obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía (que no tenga poder de inspección), también puede presentarse en el delito Contra La Salud. Imaginamos el ejemplo de la enfermera que en cumplimiento a lo ordenado por el médico, suministra un psicotrópico al paciente, o la labor de los químico farmacéuticos trabajadores de una empresa que por orden expresa del ingeniero, se dedican a la elaboración, preparación, producción, manufacturación y transportación de productos psicotrópicos.

DROGAS, TRAFICO EN GRADO DE TENTATIVA PROVOCADO POR POLICIAS FEDERALES.- Si bien, la conducta desplegada por los Agentes de la Policía Judicial Federal, para descubrir al vendedor de estupefacientes, al simular ser compradores de drogas enervantes frente al sujeto del delito, sea reprobable desde el punto de vista de la ética,

también lo es que no puede estimarse como antijurídica, por cuanto a que en la investigación del tráfico de drogas, actúan por orden de la autoridad competente, como lo es el Ministerio Público Federal. Así pues, aún cuando el delito contra la salud, en la modalidad típica del tráfico en grado de tentativa, sea provocado, de todas formas le es reprochable al sujeto a título de dolo, puesto que en la actividad desplegada por los agentes de la Policía Judicial Federal hay ausencia de antijuridicidad; tanto más, cuanto que, tratándose del tipo contra la salud en la modalidad apuntada, el sujeto pasivo lo es la sociedad, por el daño que puede reportar en algunos de sus miembros el uso del estupefaciente, con la consiguiente degeneración de la raza humana, y no los Agentes de la Policía Judicial Federal, máxime que el Código represivo Federal no registra como excluyente de responsabilidad, la circunstancia de que el delito sea provocado y, por ende, la sentencia que así lo establece no infringe en perjuicio del inculpado los principios de exacta aplicación de la ley penal y legalidad que consagran los artículos 14 y 16 Constitucionales.

Amparo Directo 3903/65.- Daniel Villegas Gómez Relacionado con el Directo 3895/65. 11 de Agosto de 1966.- 5 Votos.- Ponente.-Agustín Mercado Alarcón.

e) Ejercicio de un Derecho.

Igualmente puede presentarse esta hipótesis de proposición permisiva, cuando el galeno legalmente titulado, en ejercicio de su profesión, posee, suministra, vende lo

prescribe alguna sustancia psicotrópica a su paciente. Así como aquellos que contando con licencia sanitaria, se dediquen a la elaboración, producción, manufacturación, posesión, comercio, venta, compra, publicidad y fabricación de sustancias psicotrópicas.

f) Consentimiento del Ofendido.

El actuar sobre la base del consentimiento expreso del ofendido⁶⁶, es otra causa de justificación que a primera vista, podría pensarse que operaría en el delito Contra La Salud en la modalidad de SUHINISTRO, mas no es así, en razón de que como se apuntó en el apartado correspondiente, al ser el delito Contra La Salud un delito de peligro, el consentimiento del pasivo es irrelevante para destruir el carácter antijurídico de la conducta, puesto que al ser el bien jurídico la salud, este no es disponible, por lo que no puede concluirse al aceptarse su deterioro por un miembro de la sociedad desaparece

66.- HANZ WELSEL, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 12a Edición, Santiago 1987, Pág. 13

67
el delito.

67.- REY HUIDOBRO al respecto manifiesta: "Podemos decir en consecuencia, que el derecho a la salud constituye un bien en el que el Estado tiene un interés directo e inmediato y que no está a disposición de sus titulares. . . no se puede delegar en otros el derecho que está reconocido sobre la propia persona, que constituye un deber que el Estado le impone frente a ese derecho. La sanción penal de la actividad del traficante que lesione o ponga en peligro la salud del sujeto pasivo aún con su consentimiento, es pues irrefutable. Op. Cit. PÁg. 144.

VIII.- IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es la capacidad de motivación por la comprensión de la antijuridicidad (congnoscibilidad de la antijuridicidad); es decir, la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber. Esta capacidad requiere: a) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico penal; y b) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.⁶⁸

En otras palabras diremos que la imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente. " Con la imputabilidad se trata de ver si el sujeto reúne aquellas condiciones necesarias para que se le pueda hacer responsable a título de dolo o culpa de la acción por el realizada, ya que un sujeto es inimputable cuando las bases biológicas han dado lugar a que el autor no esté en situación de conocer lo ilícito del hecho o a que le falte la

68.- ENRIQUE BALIGALUPO.- Manual de . . . Op. Cit.
Pág. 157.

capacidad de actuar conforme a este conocimiento, es decir, que hace referencia a una condición psíquica del sujeto, extrínseca al delito, que realiza los fines de la capacidad jurídico-penal." ⁶⁹

Como lo afirma MEZGER, podemos afirmar que imputabilidad significa la capacidad de cometer culpablemente hechos punibles. ⁷⁰ Esto es, que sólo a los sujetos de derecho penal o imputables, se le podrá efectuar el juicio de reproche en relación a una conducta delictiva. ⁷¹

8.1 La imputabilidad como presupuesto o elemento del delito.

Respecto de éste elemento, si bien se ha definido como "la capacidad de autodeterminación

69.- REINHART MAURACH. Op. Cit. Pág. 110.

70.- EDMUND MEZGER. Derecho Penal Parte General. Libro de Estudio. Cárdenas Editores. Tijuana, México. 1985. Pág. 201.

71.- "Imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y la madures espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo a ese conocimiento." SEBASTIAN SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Tipográfica Editoria. Arentina 1973. Página 35.

conforme al sentido"; de la misma manera se ha cuestionado si es presupuesto del delito, elemento del delito o bien presupuesto de la culpabilidad y algunos otros como VON LISZT, como capacidad de pena - posición rebatida por MEZGER sosteniendo, que el momento de la imputabilidad es coetáneo con el acto y no con la pena - ⁷³, ya destacó DIAZ PALOS que no puede considerarse la imputabilidad como capacidad de acción o presupuesto general del delito, pues "sabido es que el niño como el oco, no obstante ser inimputables pueden actuar"; ⁷⁴ agregando que tampoco puede considerarse como elemento del delito o como capacidad jurídica del deber "sostenida por los defensores de la antijuridicidad objetiva", pues aclara que sostener ésto "lleva a la inaceptable consecuencia de que el inimputable ⁷⁵ por no infringir el deber, actúa de iure"; culminando que es acertado considerarla como capacidad de culpabilidad, esto es, como elemento

72.- WELZEL. Op. Cit. Página 215.

73.- Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Páginas 39 y 41.

74.- FERNANDO DIAZ PALOS. Teoría General de la Imputabilidad. Bosch. Casa Editorial. Barcelona 1965. Página 27.

75.- Idem. Página 27

de culpabilidad, pues así considerada reviste carácter autónomo y una naturaleza eminentemente psiconormativa," conceptuándola como "el conjunto de condiciones psicosomáticas exigidas por la Ley Penal para que las acciones u omisiones penadas en la misma, puedan ser atribuidas al que las ejecutó ⁷⁶ como a su causa voluntaria". Luego entonces, la imputabilidad será siempre presupuesto de culpabilidad o bien de reprochabilidad.

76.- Ibidem. Página 40.

8.2 Las Acciones Libres en su Causa.

La doctrina jurídica, usando un término tradicional, llama acciones liberae in causa, a aquellos actos que, habiendo sido queridos mientras el autor era imputable - y por tanto libres en el momento causal -, se verifican cuando el agente no está ya en estado de imputabilidad.⁷⁷

En efecto, las acciones libres en su causa, como bien lo apunta BACIGALUPO, son aquéllos supuestos en que el autor, siendo capaz de motivarse, se pone voluntariamente en un estado que excluye la capacidad de motivación y en ésta última situación realiza la acción típica y antijurídica.⁷⁸

Desde luego que esta colocación voluntaria del autor no excluye ni disminuye la imputabilidad.⁷⁹

77.- MAGGIORE. . . Op. Cit. Página 505.

78.- Op. Cit. Página 151

79.- ENRICO ALTAVILLA. La Culpa. Editorial Temis. 4a. Edición. Bogotá. 1987. Págnia 162.

ACCION LIBRE EN SU CAUSA. SU REGULACION Y ALCANCE EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.-Lo que la doctrina ha definido como "actio liberae in causa", consistente en la causación de un hecho típico que ejecuta el agente activo bajo el influjo de un trastorno mental transitorio (estado de inimputabilidad), cuyo origen es un comportamiento precedente dominado por una voluntad consistente y espontáneamente manifestada, que nuestro orden jurídico positivo recoge en el artículo 15, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, al señalar que "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal; padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los caso en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente"; por tanto, es de colegirse que la comisión del injusto por parte de su autor tratando de quedar comprendido en aquél aspecto negativo de la culpabilidad, si este previamente se ha procurado intencional o imprudencialmente el estado bajo el cual realiza el hecho típico.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Sección Gaceta 1990. Página 65. Tomo 25, Octava Epoca.

No obstante lo anterior, respecto de las acciones libres en su causa, como atinadamente apunta MAGGIORE, merecen un apartado especial en la Teoría General del Delito y denotamos su trascendencia cuando nos preguntamos: ¿Como castigaremos a A, que encontrándose en un estado tóxico, difama públicamente a B; de difamación culposa o dolosa?

En relación a lo anterior, tratadistas como VANNINI, MANZINI y PAOLI,⁸⁰ consideran que los sujetos que se colocan en un estado de inimputabilidad, sólo pueden responder a título de culpa respecto de los delitos que durante ese estado cometan.

Por su parte, RICO GALLI considera que todo autor que se coloca en una acción libre en su causa, deberá de responder siempre a título de dolo.

Pero nosotros, al igual que BACIGALUPPO, consideramos que pueden presentarse los siguientes supuestos:

80.- Citados por ALTAVILLA.OP. Cit.

Que las acciones libres en su causa puedan realizarse con a) dolo directo; b) eventual; o c) culpa.

Esto es, habrá dolo directo cada vez que el autor se ponga en estado de incapacidad para realizar el delito; dolo eventual, cuando el autor se represente el resultado como probable y no tome ninguna precaución para evitarlo; culpa cuando el autor haya debido prever que en el estado de ⁸¹ inimputabilidad cometería un delito.

En cualquiera forma que se presenten, las acciones libres en su causa serán siempre punibles, pues "la ley no puede permanecer indiferente cuando la persona, puesta por sí misma o por otros en estado transitorio de incapacidad, halla en esta ocasión impulso para cometer un hecho previsto como delito, suscitando o activando aquellas tendencias para delinquir que, en condiciones normales, quedan sumergidas en los

81.- RACIGALUPO, Op. Cit. Pág. 161

más profundos y oscuros pliegues de la inconciencia."

En estas condiciones, aquél toxicómano que aprovechando su condición, ejecute un delito, responderá del mismo, a título de dolo directo, eventual o culpa, según sea el caso.

IX.- INIMPUTABILIDAD

Cuando el agente del delito no es capaz de tener conciencia de antijuridicidad, es decir, de no comprender el disvalor de su conducta, se estará ante un supuesto de inimputabilidad.

9.1 Hipótesis de inimputabilidad en el delito Contra La Salud.

El derecho penal mexicano considera como inimputables a:

- a) Menores de edad:
- b) Los que padecen trastornos mentales
- c) Los que presentan desarrollo intelectual retardado.

Un sector de la doctrina considera también ⁸² como inimputables, a los sordomudos, con lo que estamos de acuerdo.

Desde luego que en el delito Contra La Salud pueden presentarse cualquier hipótesis.

82.- A este respecto hace una brillante exposición el penalista VELA TREVIÑO en su Obra Culpabilidad e Inculpabilidad. Editorial Trillas. México. Pág. 54

9.2 El Toxicómano ¿Enfermo o Delincuente?

La toxicomania ha sido considerada como una conducta desviada, que puede presentar una gran diversidad de orígenes, cuyo análisis debemos dejar a la criminología. Lo que nos interesa, es determinar si el toxicómano es responsable o no de sus actos.

Es sabido que el consumo de psicotrópicos o estupefacientes causan graves daños en la salud de quienes los usan; y su abuso puede originar la muerte. Es por ello que también la medicina se ha preocupado por este mal social.

83.- DROGAS Y PROBREZA. Estudio etnográfico del fenómeno de la farmacodependencia en una colonia suburbana de la Ciudad de México. Editorial Trillas. Segunda Edición. México, 1990. Página 15.

84.- "Todas las drogas psicoactivas ocasionan modificaciones cuantitativas del tono nervioso lo disminuyen, lo aumentan o lo perturban, según actúen deprimiendo, estimulando o modificando las funciones nerviosas, por su acción sobre las neuroas o sobre los intermediarios químicos responsables de la transmisión del estímulo. Las drogas pueden producir: modificación del umbral de las sensaciones dolorosas, perturbación de las percepciones, cambios de la imagen personal, la ideación, la orientación, la personalidad, el carácter, el raciocinio, la afectividad, los sentimientos, etc." DROGA Y DROGADICTOS. Alejandro B. Maroli. Ediciones Lidiun. 4a. Edición. Buenos Aires. 1986. Página 23.

Por toxicomania debe entenderse el estado de intoxicación periódica o crónica, dañosa para el individuo y la sociedad, ocasionado por el consumo repetido de una droga natural o sintética.⁸⁵

De lo anterior podemos establecer el distingo entre el toxicómano del habitual, pues éste último no requiere del consumo de la droga, mientras que el primero siente una "ansiedad por repetir la ingestión para restablecer un estado al que ya se acostumbró. Esta (mania) es una verdadera locura parcial que obsesiona al sujeto, lo centraliza en una idea, cuya fijeza va siendo cada vez más desesperante a medida que no recibe satisfacción. Sus grados iniciales de simple malestar, derivan posteriormente en ansiedades, dolor, temblores, desesperación, desequilibrio y enfermedad física y mental. Hay una sola cosa que consumir: la droga. Si no se cumple esa consigna un verdadero infierno es el resultado. Pero, si se lo consigue y se

85.- Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud. Uso de Estupefacientes. Consideraciones médico legales a propósito de diferentes puntos de pericia. Revista "Jurisprudencia Penal". Buenos Aires. Edición Lidiun. Año VI, N° 22. 1970. Página 322.

incorpora al organismo en progresión cada vez más elevada, también llega el momento en que el infierno es el resultado y si se pasa de la dosis, la muerte. " ⁸⁶

Debemos analizar aquí si el toxicómano que debido a su estado tóxico, llega a padecer trastornos mentales y en uno de ellos delinque, como habrá de solucionarse. Este problema no ha sido tratado por la doctrina nacional, no obstante que gran mayoría de los delitos violentos, se cometen bajo el influjo de las drogas.

Imaginemos el siguiente ejemplo, para denotar la trascendencia del tema aquí tratado:

A, quien siendo toxicómano desde los trece años de edad, al sufrir una crisis de abstinencia llegada la mayoría de edad, asesina al boticario que se negó a surtirle el psicotrópico que requería por no contar con la receta médica que amparara su tratamiento.

El criminalista mexicano, RAFAEL

87.- MORAS JORGE. Op. Cit. Páginas 58 y 59

MORENO GONZALEZ, considera que A, debe ser considerado como inimputable y al respecto sostiene: "En la práctica, los encargados de administrar justicia frecuentemente apelan la consideración de los médicos forense y criminólogos para que los auxilien en la determinación de la responsabilidad de los farmacodependientes. Dado que es insostenible que todo farmacodependiente, por el sólo hecho de serlo, sea siempre inimputable de todos los actos antisociales que ejecute, cualquiera que sea su estado, es necesario estudiar los casos en concreto, a fin de comprobar si el farmacodependiente se encontraba o no en un periodo de abstinencia de la droga, o de disminución muy notable, porque es entonces cuando puede sobrevenir reacciones impulsivas, tendencias agresivas, crisis de excitación psicomotriz que, no obstante coincidir con un aparente estado de lucidez, el paciente no puede controlar. Pero en otros actos censurables que ejecute un farmacodependiente sin que se relacionen con etapas de abstinencia o con verdaderas manifestaciones de psicosis tóxicas, no deben considerarse suprimida la responsabilidad penal, pues nada sería

más peligroso para la sociedad que sentar esta doctrina exagerada de impunidad absoluta en todas las circunstancias por un farmacodependiente." ⁸⁸

En España, el problema de la toxicomania y de la inimputabilidad no es tan problemático como en nuestro país, jurídicamente hablando. El Código Penal Español, en sus artículos 8º y 9º, prevén diversas causas de inimputabilidad y circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, respectivamente.

REY HUÍDOBRO, considera que "la toxicomania debe ser tomada como una verdadera y propia enfermedad psíquica que afecta al sistema nervioso con sus precisas características - y por ende - poder ser conceptuada como una enfermedad mental incardinable ya dentro de la eximente la del artículo 8 del Código Penal, ya en la atenuante muy cualificada del número 1 del artículo

88.- Ensayos Médico Forenses y Criminalísticos. Editorial Porrúa. 1ª. Edición. México 1987. Páginas 143 y 144.

66, hasta llegar a la atenuante simple número 10 del artículo 9º por analogía con la número 1 del citado artículo del Código Penal, dependiendo en cada caso de la intensidad de la alteración producida por el tóxico en el sujeto. " ⁸⁹

Para la doctrina penal española resulta ventajosa su legislación criminal, lo mismo que para la judicatura al prever la aplicación de distintas penalidades para los toxicómanos delincuentes. A contrario de ésta, nuestra legislación penal resulta escueta en este sentido, pues en el capítulo relativo a la aplicación de sanciones, solamente en el artículo 67, se refiere al tratamiento de la toxicomanía, pero no alude a ninguna consideración especial sobre el activo, respecto de la penalidad aplicable.

Por lo anterior, en México se trata al toxicómano como cualquier otro delincuente; es más, se le trata incluso con desventaja en relación a

89.- Op. Cit. Página 159.

los demás. No se considera si el delito lo cometió en una crisis de abstinencia.

Al hablar de las proposiciones permisivas, apuntamos que no podía configurarse en nuestro delito a estudio, la hipótesis del estado de necesidad, pues afirmamos válidamente que para su configuración era necesario que dicho estado no se hubiera autoprocurado. En el caso del toxicómano que se vuelve adicto voluntariamente, dijimos que el mismo se había colocado en ese estado y por tanto no podíamos hablar de un efectivo estado de necesidad, sino a lo más, en un estado de necesidad putativo. Igualmente al tratar el tema de las acciones libres en su causa, anotamos el caso del sujeto que se intoxica para cometer el delito, el cual seguirá siendo imputable. Pero en el caso en A, víctima de una crisis de abstinencia asesina al boticario, no podemos concluir que se trata de una acción libre en su causa, como podría parecer a simple vista, pues debemos recalcar que la acción libre en su causa se logra deliberadamente para cometer un determinado ilícito, mientras que en el caso aquí propuesto, el sujeto no se encuentra intoxicado sino en

una crisis de abstinencia que tiene como resultado la comisión de un delito. En nuestro medio judicial, la acción de A no constituiría ninguna excluyente de responsabilidad, y sería juzgado por HOMICIDIO.

Posiblemente al individualizar la pena, se le aplicase la mínima, dependiendo del arbitrio del Juzgador, o bien la máxima, por representar un peligro para la sociedad; pero se le consideraría un delincuente y no un enfermo. A lo más, se pondría a disposición de la autoridad sanitaria para su desintoxicación. Por lo anterior, resulta parcialmente acertada la proposición del criminalista MORENO GONZALEZ, pero permitiéndonos perfeccionarla, diríamos que si bien es cierto el toxicómano padece trastornos mentales a consecuencia de el abuso en la ingestión de estupefacientes o psicotrópicos, ello no daría pie para considerarlo inimputable, pues la inimputabilidad debe ser por una causa natural o ajena y en el caso, el sujeto se colocó voluntariamente en este estado. No constituiría acción libre en su causa cuando se trate de una crisis de abstinencia; pues si se intoxicó para

darse valor y cometer el delito, con la creencia de así poder burlar la ley penal, se estaría en un acto liberæ in causâ. No es estado de necesidad por las razones que ya hemos esgrimido. Pero la solución no está en considerarlo como un delincuente cualquiera, sino como un sujeto que es víctima de su propio vicio. Nadie puede que no lo haya vivido puede comprender el infierno de las drogas y más cuando se suspende el suministro. Por ello desde estas líneas demando una reforma real y efectiva para dar un tratamiento especial a los toxicómanos que en crisis de esta naturaleza, cometen delitos, pues nada se logrará imponiéndoles severas penas por crispante que sea el ilícito cometido. El toxicómano, antes que delincuente es también un ser humano, víctima del narcotraficante verdadero. La cárcel prolongada no lo remediará pues al fin y al cabo el infierno de la abstinencia y el de la prisión es el mismo.

X.- CULPABILIDAD

Parafraseando al desaparecido MARIANO JIMENEZ HUERTA, diremos que la definición de culpabilidad dada por EFRAIN GARCIA RAMIREZ, resulta ser didácticamente errónea y científicamente inexacta, pues al afirmar que la culpabilidad "es la capacidad de reprochabilidad que tiene una persona que ha cometido una conducta típica y antijurídica"⁹⁰; equivale a decir que un sujeto será culpable en la medida en que pueda reprochar, lo cual es ilógico. Definir el concepto de culpabilidad no es cosa fácil, más cuando no se han comprendido cabalmente las teorías relativas, mismas que sencillamente paso a exponer:

a) Teoría Psicologista.

En América, su más vigoroso exponente es SEBASTIAN SOLER, mientras que en Italia lo son VANNINI, DATAGLINI y CAPALDIZIA.⁹¹

La teoría psicologista entiende a la culpabilidad como la vinculación subjetiva por la cual quedan

90.-Op. Cit. Página 292.

91 .-ALTAVILLA. . . Op. Cit. Página 68.

92
unidos un hecho y su autor. Para esta teoría la afirmación de la culpabilidad importa la comprobación de que la voluntad del autor es causal es causal del hecho ilícito.⁹³ El venezolano MENDOZA TROCONIS, define a la culpabilidad, atendiendo a la teoría psicologista, como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."⁹⁴

De acuerdo con la teoría psicologista, la culpabilidad está integrada por dos elementos:

- 1.- La vinculación del sujeto con el orden jurídico que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y
- 2.- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho.

92.-VELA TREVINO. Culpabilidad . . . Op. Cit. Pág. 180

93.- BACIGALUPO. Manual de . . . Op. Cit. Página 149.

94.- JOSE RAFAEL MENDOZA TROCONIS. Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General, Tomo II. Editorial Empresa El Cojo. Caracas, 1a. Edición. 1966. Página 198.

que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

Y se presenta en dos formas o especies:
el dolo y la culpa.

SOLER afirma que el contenido de la culpabilidad lo constituye la conciencia de la criminalidad del acto, o dicho en otras palabras, la comprobación de una discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado.⁹⁵

VELA TREVIÑO resume lo anterior señalando que según la tesis psicologista, habrá culpabilidad jurídico-penal cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, por la que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o culposamente.⁹⁶

95.- Op. Cit. Página 73

96.- Culpabilidad e . . . Op. Cit. Página 183. En el mismo sentido se expresa el autor argentino RICARDO C. NUÑEZ, en su obra "La Culpabilidad en el Código Penal" Editorial De Palma, Buenos Aires. 1946. Página 3.

b) Teoría Normativista - Psicologista o Mixtum Compositum

El normativismo vino a complementar la teoría psicologista. REINHART FRANK, ha sido señalado como el padre de esta escuela; este autor manifiesta que la culpabilidad no es un mero nexo psicológico entre el agente y su comportamiento, sino un juicio que se emite sobre quien, habiendo podido comportarse conforme al deber que le era exigible, ha actuado de un modo contrario a ese deber, pudiéndose sintetizar su esencia en la reprochabilidad.⁹⁷

LUIS JIMENEZ DE ASUA, al hablar de la teoría normativista, afirma: " Para la concepción normativista de la culpabilidad esta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad).

Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso

97.- Citado por ALFONSO REYES ECHANDIA en su obra Culpabilidad. Editorial Temis. Tercera Edición. Bogotá, Colombia, 1988. Página 8.

deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, pues, un juicio y, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia.⁹⁸

VELA TREVIÑO obtiene los siguientes aspectos de la teoría normativa:

- 1.- La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico.

98.- Tratado de Derecho Penal. Editorial De Palma. Tomo V. Cuarta Edición. 1964, Buenos Aires. Página 164.

- 2.- La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente.
- 3.- La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.
- 4.- La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.

c) Teoría Normativista Pura

Para esta teoría, la culpabilidad se encuentra en la acción criminosa; en su finalidad. WELZEL escribe: "Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede preveer, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su

plan, a la consecución de estos fines. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso."⁹⁹

BUSTOS RAMIREZ apunta que si la culpabilidad es juicio de reproche de una acción típica antijurídica y si dentro del fenómeno de la acción está el dolo, este, no pudiendo ser al propio tiempo valoración y objeto de la valoración, no pertenece a la culpabilidad sino a la conducta, y más exactamente al injusto, entendido como conducta típica y antijurídica.¹⁰⁰

Uno de los hechos que llevaron a esta ubicación del dolo fue el reconocimiento de que el tipo penal no es exclusivamente y siempre de carácter objetivo, sino que en veces presenta

99.- Op. Cit. Página 53.

100.- Culpa y Finalidad. Editorial Jurídica de Chile. 2a. Edición. Santiago 1967. Página 15

aspectos subjetivos en los que aparece ostensible una concreta finalidad que orienta la conducta del agente (lo que en México conocemos como el elemento subjetivo del injusto); en estos casos dicen los finalistas, no es posible referir lo objetivo al injusto y lo subjetivo o interno a la culpabilidad; debe reconocerse al contrario, que tratándose de una voluntad de acción, en dichos eventos y en todos los demás, el dolo pertenece al tipo, es su elemento subjetivo.¹⁰¹

En consecuencia de lo anterior, y acordes a la teoría finalista, los elementos de la culpabilidad son: la imputabilidad, la posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado y la exigibilidad de una conducta conforme a la ley.

101.- Opinión de REINHART MAURACH, citada por REYES ECHANDIA en su obra Culpabilidad. Op. Cit. Página 13.

10.2 Concepto.

MEZGER define a la culpabilidad como el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.¹⁰²

VELA TREVINO la define como el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente adecuado a la norma.¹⁰³

10.3 El Dolo

Es una de las formas de la culpabilidad que se caracteriza por la actitud hostil o indiferente del autor frente a las normas de conducta del derecho.¹⁰⁴

102.- Op. Cit. Página 189.

103.- Culpabilidad . . . Op. Cit. Página 201.

104.- WESSELS . . . Op. Cit. Página 117

Sobre su definición se ha escrito demasiado, bástenos apuntar entonces que dolo es la comisión ¹⁰⁵ del hecho con conocimiento y voluntad.

Sabemos que el dolo se integra por dos elementos:

- 1) El volitivo; y
- 2) El cognoscitivo.

La doctrina ha realizado una gran clasificación del dolo; pero en este trabajo nos referiremos a los más elementales:

a) Dolo Directo.- Este se presenta cuando el autor ha previsto y querido los resultados de su acción u omisión y aquéllos que corresponden a su ¹⁰⁶ intención.

b) Dolo Indirecto.- Existe cuando al lado del resultado antijurídico previsto y querido, surge otro necesariamente ligado al

105.- MEZGER. . . Op. Cit. Página 226.

106.- MENDOZA TROLOIS . . . Op. Cit. Página 204.

anterior y que el sujeto acepta como secuela natural del primero.

107

c) Dolo Eventual.- Cuando en la representación del autor se da como posible un determinado resultado, a pesar de lo cual no se renuncia a la ejecución de la conducta, aceptando las consecuencias de ésta.

d) Dolo Genérico.- Es la voluntad de realizar la conducta descrita en la ley como delito.

c) Dolo Específico.- Es aquél que está acompañado, además, del propósito de obtener una determinada y particular

finalidad.

d) Dolo de Lesión.- Es aquél que se presenta en todas aquellas situaciones en las que el agente prevé y quiere la realización de aquella conducta que destruye o disminuye el bien jurídico.

g) Dolo de Peligro.- Se presenta cuando la conducta a la que se dirige la voluntad consciente del actor implica simplemente un riesgo de destrucción del interés jurídicamente protegido.

El delito Contra La Salud, es esencialmente doloso, en cuanto requiere una conciencia de antijuridicidad y una voluntad para cometerlo, presentandose en consecuencia el dolo genérico y el dolo de peligro.

10.4 La Culpa

La culpa se caracteriza por la actitud negligente o despreocupada del autor frente a las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico.¹⁰⁸

Nuestra pregunta es ¿Podría presentarse un delito Contra La Salud Culposo? Seguramente la respuesta de la doctrina y de la judicatura sería que no. Pero vaya el siguiente ejemplo:

C es internado en un Hospital para ser intervenido quirúrgicamente de una apendicitis. Lograda satisfactoriamente la operación y encontrándose en reposo, listo para ser dado de alta, el Doctor Y le ordena a la enfermera B le aplique una dosis de vitaminas, entregándole la suspensión. B, coloca con indiferencia el vitamínico justo a un lado de un envase con iguales características conteniendo KETALAR, cuyo principio activo es el Clorhidrato de Ketamina, considerado como psicotrópico por la Ley General de Salud; y ante tal descuido y sin

108.- WESSELS . . . Op. Cit. Página 117

verificar la suspensión B inyecta el KETALAR en el paciente. C sufre como consecuencias la relajación muscular y un estado alucinatorio que le impide ser dado de alta y en las condiciones post-operatorias en que se encuentra, se ha puesto en peligro su salud.

¿ Cómo habrá de juzgarse la conducta de B, quien ha actuado culposamente? Desde luego que estamos ante la presencia de un Delito Contra La Salud, en la modalidad de SUMINISTRO del psicotrópico denominado Ketamina, cometido por imprudencia. Pero ni el Código Penal Federal en su Título Décimo Segundo de la Responsabilidad Profesional ni la Ley General de Salud aportan alguna luz al respecto. Luego entonces no hay porqué dudar de la comisión de un delito Contra La Salud culposo.

10.5 La Preterintencionalidad.

Entendida esta como la mixtura de dolo y culpa y dadas sus características, esta forma de la culpabilidad no puede presentarse en el delito Contra La Salud.

XI.- INCULPABILIDAD

La inculpabilidad son las circunstancias concurrentes con una conducta típica y antijurídica, atribuible a un imputable, que permiten al juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que será conforme a derecho, o que le impiden formular en contra del sujeto un reproche por la conducta específica realizada.¹⁰⁹

11.1 La no exigibilidad de otra conducta.

Con este nombre se designan teóricamente todas aquellas situaciones en las que la conducta del agente no es punible porque dadas sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó no se lo podía ni debía exigir comportamiento diverso.¹¹⁰

Desde luego que la hipótesis de la no exigibilidad de otra conducta puede presentarse en cualquier modalidad del delito Contra La Salud.

109.- VELA TREVIÑO. . . Dp. Cit. Página 275.

110.- REYES ECHANDIA. Culpabilidad. Op. Cit. Pág. 209

Entonces, la conducta desarrollada por el traficante de drogas puede quedar exenta de responsabilidad por obrar impulsado por un miedo insuperable a un mal igual o mayor al que va a producir, proveniente de tercera persona. En efecto, puede darse el caso de que determinados sujetos trafiquen con la droga por miedo a perder la vida en manos de los traficantes mayores, que son los que les suministran el producto y a quienes normalmente deben dinero. En estos casos el pequeño traficante (a veces también toxicómano), se halla sometido a tal presión psicológica que no puede comportarse de otro modo, debiendo en consecuencia ser declarado irresponsable de los actos que realiza, por faltar uno de los componentes psicológicos de la culpabilidad.

111

11.2 Los Errores.

Excedería los límites de este trabajo explicar en forma detallada las diversas teorías del error. Ello no sería posible en lo reducido de este espacio, ni es objetivo de este trabajo. En consecuencia, hablaremos suscintamente de ellos:

112

a) El error de tipo

El error de tipo se subdivide en error esencial y error inesencial. El error esencial será una causa de inculpabilidad cuando por su naturaleza sea invencible. Cuando sea vencible, excluirá el dolo, pero no la culpa. El error inesencial, por no recaer en los elementos esenciales del tipo, no es causa de inculpabilidad.

112.- Al escribir sobre los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico, en la Teoría de WELZEL, CLAUS ROXIN critica su teoría por "haber resucitado la vieja distinción entre error de hecho y derecho que está largamente superada." Para ROXIN, debe hablarse de error de tipo. (Ha de resaltarse que para los finalistas el estudio del error se hace en la tipicidad.) CLAUS ROXIN. Teoría del Tipo Penal. Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico. Editorial De Palma. Primera Edición. Buenos Aires 1979. Página 236.

Caso: J, dueño de un tractocamión, es contratado por P y A, para transportar un cargamento de herramienta del Municipio de Nueva Italia, Michoacán, al Municipio de Mexicali, Baja California, pagando por el flete el precio normal. P y A, le solicitan las llaves a J de su camión para poder ellos personalmente subir las cajas de la herramienta. J, sin preocuparse ni interesarse se las entrega, y al cabo de algunas horas le devuelven su camión ya cargado y con la dirección en donde habrá de hacer entrega de la mercancía. Sin revisar la misma detenidamente, bastándole echar una "ojeada", J, empieza su travesía. Al llegar al Municipio de Peñitas, en Nayarit, es detenido por elementos de la Policía Federal de Caminos, quienes al realizar una inspección en el camión, se dan cuenta que las cajas no contienen herramientas, sino marihuana. ¿Cómo se la habrá de reprochar su conducta a J? Nos encontramos ante un error esencial vencible, dado que J, desconocía las circunstancias típicas del hecho realizado, pero por negligencia a él imputable, cometió el ilícito, dando lugar a una transportación culposa. Aunque técnicamente difícil de aceptar, si aconteciera,

ésa sería la solución.

b) Error de prohibición directo

Estaremos en presencia de un error de prohibición cuando el activo realice una conducta antijurídica, por desconocimiento de la ley penal y de su alcance, por su extremo atraso cultural y aislamiento social. (Artículo 39 bis del Código Penal Federal).

11.3 La Eximentes Putativas.

Son aquellas circunstancias internas, esto es, de orden psicológico, en las que se encuentra un sujeto que comete un delito, creyéndose amparado por una causa de licitud inexistente.

FONTAN BALESTRA anota: "Se trata del caso en que un sujeto cree, por error, actuar de modo legítimo, supuniéndose protegido por una causa de ¹¹³ justificación."

La problemática de las eximentes putativas o error de prohibición indirecto, es la relacionada a su ubicación dentro de la Teoría del Delito y a los ulteriores y efectivos resultados que pueda tener su tratamiento no sólo en la dogmática sino también en la praxis jurídica. Algunos autores opinan que su tratamiento debe ser en el mismo sentido en que se regula el delito culposo. ZAFFARONI considera que la solución está en ¹¹⁴ considerarias como errores de tipo. Las eximentes putativas son en sí, errores de licitud, consistentes en la falsa creencia del activo en el sentido de que su conducta se encuentra amparada por un principio justificante. Lo apropiado en su

113.- CARLOS FONTAN BALESTRA. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1966. Página 314.

114.- EUGENIO PAUL ZAFFARONI. Manual de Derecho Penal. Cardenas Editores. Primera Edición. México, 1986. Páginas 581 y 582.

punición, es seguir un criterio análogo al error esencial; esto es, cuando sea vencible, se excluya la pena; cuando sea vencible, excluya el dolo pero no la culpa. No deben, sin embargo, confundirse las eximentes con el error, pues como lo precisa PORTE PETIT, "es clara la diferencia que existe entre el error de tipo y el error de permisión (o error de licitud o eximentes putativas). En el primero, a virtud de un error esencial e invencible desconoce el sujeto que realiza alguno de los elementos típicos, en tanto que en el segundo, el sujeto por un error esencial vencible, cree encontrarse frente a una causa de licitud."¹¹⁵

Las eximentes putativas son:

a) Estado de Necesidad Putativo:

Puede presentarse en nuestro delito a estudio, cuando el activo, creyéndose amparado por un principio justificante, ejecuta una conducta típica, antifurídica y culpable. Dada la naturaleza de su creencia, la punición se excluirá o atenuará.

115.- Programa de Derecho Penal. Editorial Trillas. Tercera Edición. México 1970.

b) Ejercicio de un Derecho Putativo:

Puede operar cuando el activo considera que su derecho esta consignado en una Ley. (Sembrar marihuana en su propiedad)

c) Cumplimiento de un Deber Putativo:

Obedecer un mandamiento que se considera legitimo y ejecutorio por creerlo licito, se puede presentar en el delito a estudio.

d) Legitima Defensa Putativa.

Cuando creyendo ser victima de una agresión injusta, real e inminente, en el ejemplo citado en el apartado correspondiente, se cometa la acción típica.

XII.- PUNIBILIDAD

12.1 Crítica a la reforma penal de 1989

Según el Diario Oficial de la Federación de catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, la pena máxima de las conductas previstas en el artículo 197 del Código Penal Federal, era de quince años de prisión y la mínima de siete. No nos referimos en este momento a las sanciones aplicables al toxicómano en las modalidades de posesión, ni a la posesión privilegiada o simple. Por reforma del tres de enero de mil novecientos ochenta y nueve, las sanciones en este rubro, quedaron de la siguiente manera: La pena mínima en diez años y la máxima en veinticinco. Si nuestro sistema penitenciario funcionara, aplaudiríamos la reforma, pero visto el estado que guarda, nos parece absurda y demagógica dicha penalidad. En el siguiente apartado diremos el porqué.

12.2 La finalidad de la pena. Aspectos Sociopolíticos y Criminológicos.

La sociedad, para su armónico desarrollo, debe de estar regulada por un orden jurídico eficaz, que se ha respetar. Se dice y con toda

razón, que el derecho penal es un instrumento de control social, que tiene por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. ¹¹⁶ El Estado confiere una gran importancia al derecho punitivo, al dotarlo para su cumplimiento, de una arma inusitada y terrible: La pena de prisión.

Es indudable que la presión internacional que se ejerce contra el tráfico de drogas, fue el motivo principal para aumentar las penas. No obstante nuestros legisladores optaron por un certificado "de buena conducta" que ponerse a meditar sobre la triste realidad de nuestras cárceles. Sabido es que dentro de las prisiones es imposible lograr una readaptación de aquél, que por

116.- BACIGALUPO. Manual de . . . Op. Cit. Página 1
ALTAVILLA escribe: "El fin del derecho consiste en asegurar las condiciones de existencia de la sociedad, garantizando el desarrollo de la vida en común. Por lo tanto, la ley penal al fin y al cabo es una limitación de la libertad, señalada por la esfera de intereses tutelados, con el objeto de castigar a cuandos de hecho turben esa ley, por medio de ataques dirigidos a violarla o con una conducta que no observe las normas de vida civilizada." Op. Cit. Página 420.

haber cometido un delito, debe apartarse de la sociedad, y esperar a que reflexione sobre sus actos y luego entonces, prepararlo para su reingreso a la sociedad, quien nunca lo aceptará como un readaptado; por el contrario, lo rehuirá.

El narcotráfico no se acabará mediante penas excesivas, las cuales, lejos de beneficiar, perjudicarán al interno, coadyuvarán a su degeneración y a su perdición. No se trata de buscar más cárcel, sino menos cárcel. Se necesita de una reforma integral por lo que a aplicación de penas se refiere. El hombre es libre por naturaleza, pero cuando por esa libertad rompe el equilibrio de la sociedad, merece ser sancionado, mas no vilipendiado. Si la cárcel existe, que sea para bien y que cumpla con su función; pues válidamente podemos afirmar que en nuestra actualidad, los flagelos más hirientes lo constituyen el narcotráfico y la prisión. Y me permito transcribir el sentimiento de CARRONLA Y RIVAS, quien expresa: "Soñamos con una sociedad mejor, y ya soñar es empezar a edificarla; con una sociedad en que las gentes deshonestas recuperen el perdido sentido de la solidaridad humana, pero no

através del látigo sino del resurgimiento de algo
que hay en el hombre, de algo que nos impele a
seguir luchando, a vivir, a esperar y a conquistar"
117

117.- Derecho Penitenciario. Editorial Porrúa.
Primera Edición. México 1974. Página 564.

XIII.- LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Por cuestiones de politica criminal, en ocasiones no es procedente aplicar la pena que corresponde al delito cometido. Este caso se presenta en la fracción I, del articulo 194, del Código Penal Federal, el cual establece una medida de seguridad para aquellos toxicómanos que compran o poseen drogas para su personal e inmediato consumo.

CAPITULO CUARTO
EL ITER CRIMINIS

EL ITER CRIMINIS

Se denomina iter criminis, al camino que recorre el delito, desde su nacimiento como designio criminoso, hasta su ejecución. El mismo, pasa desde diversas etapas desde la mente del ser humano hasta su exteriorización en la conducta que debe ejecutarlo. Dichas etapas son:

1.- Fase Interna.

- a) Ideación: El primer fenómeno se produce al surgir en la mente del sujeto, la idea de cometer un delito. Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción.
- b) Deliberación: Es aquella lucha interna que se desata en el campo moral del activo; el enfrentamiento entre lo justo y lo injusto; entre el bien y el mal. En este momento, el sujeto analiza la conveniencia e inconveniencia de cometer el delito.
- d) Resolución: El sujeto ha determinado cometerlo. La balanza interna se ha inclinado hacia el lado

negativo.

II.- La Fase Externa.

- a) Manifestación de la voluntad: El ánimo criminoso deja la esfera interna para acudir al exterior, y por medio de la palabra, el autor manifiesta su voluntad delictiva.
- b) Actos Preparatorios: Los actos preparatorios tienden a preparar el delito y que sólo pueden tener validez en el ánimo del autor. Estos actos por su naturaleza equívoca, son impunes.
- c) Actos Ejecutivos: La naturaleza de estos actos es unívoca, al demostrar la intención indudable del activo de realizar el injusto.

III.- La Tentativa

Es la manifestación de la resolución de cometer un hecho punible mediante acciones que se ponen en relación directa para la realización del tipo legal, pero que no han producido la consumación por causas ajenas a su voluntad.

La doctrina habla de la existencia de tentativa acabada y de tentativa inacabada. Será acabada cuando el autor ha dado cumplimiento según su plan a todos los actos necesarios para alcanzar la consumación. La tentativa por otra parte será inacabada cuando el autor, siempre según su plan, no haya dado cumplimiento todavía a la totalidad de las acciones necesarias para alcanzar la consumación.

118

La cuestión jurídica en nuestro delito es que si siendo un injusto de peligro y de mera actividad, admite en su ejecución el grado de la tentativa acabada o inacabada.

ARTURO RUCCO negó la posibilidad de que existiera la tentativa en los delitos de peligro, argumentando la imposibilidad del peligro de un peligro. PETROCELLI compartió su opinión.

119

- 118.- ENRIQUE BACIGALUPD. La tentativa en el Código Penal Mexicano del Distrito Federal. Estudios de Derecho y . . . Op. Cit. Página 230.
119.- Citados por FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS En su obra: "Breve Ensayo sobre la Tentativa." Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México, 1989. Página 163

Sin embargo, la tentativa si puede presentarse en algunas de las de las modalidades del delito a estudio, toda vez que en los delitos de mera actividad, su ejecución presupone una serie de actos sucesivos, existiendo la posibilidad de que esos actos unívocos o idóneos dirigidos a su perfección, no lleguen a completarse por causas ajenas a la voluntad del agente.

120

La tentativa en el delito a estudio, sólo puede presentarse en las siguientes modalidades:

- 1.- Adquisición
- 2.- Posesión
- 3.- Suministro
- 4.- Transportación

120.- Ottorino Vannini, ha considerado a este respecto, que el peligro que caracteriza a la tentativa en estos casos, no es el peligro de la lesión del bien protegido de que hablaba ROCCO, sino que desde un punto de vista formal, se trata del peligro de agotamiento de la ejecución del delito. Citado por Luis Fernando Rey Huidobro. Op. Cit. Página 203.

- | | |
|--------------------|----------------------------|
| 5. Siembra | 15. Elaboración |
| 6. Cultivo | 16. Preparación |
| 7. Cosecha | 17. Acondicionamiento |
| 8. Producción | 18. Venta |
| 9. Manufactura | 19. Compra |
| 10. Fabricación | 20. Enajenación |
| 11. Prescripción | 21. Aportación de recursos |
| 12. Colaboración | 22. Publicidad |
| 13. Propaganda | 23. Instigación |
| 14. Auxilio Ilegal | 24. Encubrimiento Oficial |

En cambio, no puede presentarse la tentativa en las siguientes modalidades:

- Tráfico
- Comercio
- Introducción Ilegal al País
- Exportación Ilegal al País

En el trafico y comercio no es concebible la configuración de la tentativa, en virtud de que se requiere de la existencia de una conducta reiterada.

No puede presentars en los otros dos casos en

razón de que el Código Penal Mexicano sanciona desde los actos preparatorios como un delito consumado.

IV.- CONCURSO DE DELITOS

A) Concurso Ideal.

Habrà concurso ideal cuando con una sola conducta se cometan varios resultados, lo que puede presentarse en un delito Contra la Salud en el caso de un extranjero que sin tener visa, ingresa ilegalmente al país y además interna estupefacientes.

B) Concurso Real.

Se presenta cuando con varias conductas se

cometen varios resultados. Puede presentarse en nuestro delito, en aquél caso del asaltabancos que roba, lesiona y mata y al momento de ser detenido le es asegurado un sobre con cocaína.

V.- AUTORIA Y PARTICIPACION.

En el delito Contra la Salud se pueden presentar los siguientes grados de participación:

- 1.- Autor Material
- 2.- Autor Intelectual
- 3.- Autor Mediato
- 4.- Coautoría
- 5.- Complicidad
- 6.- Participación Subsecuens.

La autoría intelectual no puede presentarse en el delito Contra La Salud en la modalidad de Instigación en virtud de que la ley penal sanciona a quien lo comete y en consecuencia, lo determina como autor material de esa conducta. No puede presentarse tampoco la complicidad en el delito Contra La Salud en la modalidad de auxilio ilegal, en virtud de que dicho auxilio intencional lo sanciona como autoría material. Debe precisarse que dichas modalidades se refieren única y exclusivamente al consumo de la droga.

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

PRIMERA.- El neokantismo coadyuvó a la delineación del campo de acción y objeto de estudio del Derecho Penal, pues en sus inicios, o se le daba más importancia a la criminología o se le confundía con aquélla. El Derecho Penal es una Ciencia autónoma que tiene un objeto de estudio determinado (la norma penal), un método a seguir (método sistemático o lógico-abstracto) y principios de aceptación universal (nullum crimen sine tipo)

SEGUNDA.- El método es necesario en cualquier actividad del ser humano. El método de estudio de la Dogmática Jurídico Penal es el método sistemático, que consiste precisamente en la sistematización de los conceptos, principios y normas que integran al derecho penal, para su correcta interpretación y consiguiente crítica de estudio.

TERCERA.- La Ciencia del Derecho Penal se denomina Dogmática Jurídico Penal, porque deviene de la fuente directa del derecho penal que es la Ley, la cual debe ser acatada para la preservación del Estado de Derecho, sin perjuicio de su interpretación y crítica.

CUARTA.- La estructura del método sistemático es la siguiente: 1.- Sistematización, 2.- Interpretación, y 3.- Crítica.

QUINTA.- La importancia de la dogmática jurídica penal consisten en que al ser reconocida y utilizada por los medios judiciales, su seguimiento uniforme en nuestra América, tendrá como resultado el avance de la Ciencia Penal con evidentes resultados positivos para la mejor procuración de justicia.

SEXTA.- El delito Contra La Salud, es una conducta o conjunto de conductas típicas, antijurídicas y culpables, que ponen en peligro la salud pública.

SEPTIMA.- La teoría de los presupuestos no tiene razón de ser en asuntos penales, pues lejos de aportar una cuestión innovadora a la Teoría del Delito, la embrolla al ubicar las calidades del activo, pasivo y objeto material antes de la comisión del injusto.

OCTAVA.- El delito Contra La Salud es un delito de mera conducta, que puede presentarse por acción u omisión, y en atención a los actos, puede ser unisubsistente o plurisubsistente; es un delito con resultado jurídico, instantáneo y necesariamente permanente por cuanto se refiere a las modalidades de POSESION, TRAFICO y COMERCIO.

NOVENA.- Como hipótesis de ausencia de conducta se pueden presentar la fuerza física irresistible y la fuerza mayor.

DECIMA.- El delito Contra la Salud es uno solo a pesar de que se realicen varias modalidades.

DECIMA PRIMERA.- El bien jurídico en el delito Contra La Salud es la salud pública; el objeto material el estupefaciente o psicotrópico; el sujeto activo quien realiza la conducta; el sujeto pasivo la sociedad; no requiere medios para su comisión; requiere referencias temporales según lo dispuesto por el artículo 194, en su fracción II, del Código Penal Federal; referencias espaciales en el

artículo 195 y 197, fracción II; y elementos normativos en el 195, todos del Código Penal Federal.

DECIMA SEGUNDA.- Es un tipo fundamental o básico, alternativamente formado y de formulación libre.

DECIMA TERCERA.- Puede darse la atipicidad por la ausencia del objeto material; falta de calidad en el activo; falta de referencias temporales y espaciales o de elementos normativos, dando lugar a la inexistencia del delito o a la traslación de un tipo penal a otro, según sea el caso.

DECIMA CUARTA.- Las conductas que integran al delito Contra La Salud serán antijurídicas, cuando siendo típicas no se encuentren amparadas por ninguna proposición permisiva o

principio justificante.

DECIMA QUINTA.- Las proposiciones permisivas que se pueden presentar en el delito a estudio son la legítima defensa, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho y obediencia jerárquica.

DECIMA SEXTA.- Sólo podrá reprocharse al activo la realización del injusto cuando tenga capacidad de motivación-

DECIMA SEPTIMA.- Las acciones libres en su causa no excluyen ni disminuyen la capacidad de motivación.

DECIMA OCTAVA.- Son supuestos de falta de capacidad de motivación la minoría de edad, la sordomudez y los trastornos mentales.

DECIMA NOVENA.- Merece un trato especial en la punibilidad el activo toxicómano que realiza un desvalor en una crisis de abstinencia en las condiciones tratadas en este trabajo.

VIGESIMA.- La culpabilidad en el delito Contra La Salud, puede presentarse en dolo o culpa

VIGESIMA PRIMERA.- En la inculpabilidad puede presentarse la no exigibilidad de otra conducta, el error esencial invencible y el error esencial vencible así como el error de prohibición directo e indirecto.

VIGESIMA SEGUNDA.- Con el aumento de las penas de prisión no se eliminará el problema del narcotráfico, por

el contrario, aumentará.

VIGESIMA TERCERA.- En el delito estudiado puede presentarse la tentativa, con excepción de las modalidades de TRAFICO, COMERCIO, INTRODUCCION ILEGAL AL PAIS Y EXPORTACION ILEGAL DEL PAIS DE ESTUPEFACIENTES O PSICOTROPICOS

VIGESIMA CUARTA.- Puede presentarse el concurso real o ideal.

VIGESIMA QUINTA.- Se presentan todas las formas de de autoría y de participación, con excepción de las modalidades de AUXILIO ILEGAL e INSTIGACION al consumo.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALTAVILLA, ENRICO. La Culpa. Editorial Temis. Bogotá. 1987.
- 2.- ALVAREZ GOMEZ, JOSEFINA. El Sistema Penitenciario. Entre el Temor y la Esperanza. Cárdenas Editor. Primera Edición. Irapuato. México.
- 3.- BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Reimpresión. Bogotá. 1989.
- 4.- BACIGALUPO, ENRIQUE. Estudios de Derecho Penal y Política Criminal. Cárdenas Editor. Primera Edición. México 1939.
- 5.- BACIGALUPO, ENRIQUE. Problemas Dogmáticos del Delito de Tráfico Ilegal de Drogas. Editoriales de Derecho Reunidas. Primera Edición. Madrid 1986.
- 6.- BARRITA LOPEZ, FERNANDO. Prisión Preventiva y Ciencias Penales. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1990.

- 7.- BERINSTAIN, ANTONIO S. La Droga. Aspectos Penales y Criminalísticos. Editorial Temis. Primera Edición. Bogotá, 1986.
- 8.- BETTIOL, GIUSEPPE. Derecho Penal Parte General Editorial Temis. Cuarta Edición. Bogotá. 1965.
- 9.- BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Culpa y Finalidad. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición. Santiago 1967.
- 10.- CARRANCA Y RIVAS, RAUL. Derecho Penitenciario. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1974
- 11.- CARRARA, FRANCISCO. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá, 1956.
- 12.- CAVALLO, VINCENZO. Diritto Penale Tomo II. Editorial Napoli. Segunda Edición. Verona 1966.
- 13.- CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal I.

Editorial Barcelona. Décima Segunda Edición.
Barcelona, 1956.

14.- D. P. GORSKY. Lógica. Academia de Ciencias de
la U.R.S.S. México 1960. Editorial Grijalbo.

15.- DEL ROSAL, JUAN. Derecho Penal Español.
Editorial Alvarez de Castro. Primera Edición.
Madrid 1960.

16.- DIAZ PALOS, FERNANDO. Teoría General de la
Imputabilidad. Bosch, Casa Editorial.
Barcelona 1965.

17.- FONTAN BALESTRA, CARLOS. Tratado de Derecho
Penal Tomo II. Parte General. Editorial
Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1966.

18.- FRANCO, URIEL. El Peculado, Editorial Temis.
Primera Edición. Bogotá 1987.

19.- GARCIA DOMINGUEZ, MIGUEL ANGEL. Los Delitos
Especiales Federales. Editorial Trillas.
Primera Reimpresión. México, 1988.

- 20.- GARCIA RAMIREZ, EFRAIN. Drogas. Análisis Jurídico del Delito Contra La Salud. Editorial Sista. Primera Edición. México 1991.
- 21.- GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Delitos en Materia de Estupefacentes y Psicotrópicos. Editorial Trillas. México, 1977.
- 22.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Filosofía del Derecho. Editorial Porrúa Tercera Edición, México 1980.
- 23.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. Trigésima Edición. México 1985.
- 24.- GUERRA AGUILERA, JOSE CARLOS. Manual de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Materia de Narcotráfico, Farmacodependencia y Contrabando. Cárdenas Editor, Primera Edición. Guanajuato, México 1989.
- 25.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. La Ley y el Delito.

Editorial Sudamericana, Quinta Edición. Buenos Aires.

26.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal. Editorial De Palma, Cuarta Edición. Argentina, 1946.

27.- KAPLAN, MARCOS. Aspectos Sociopolíticos del Narcotráfico. Cuadernos de INACIPE. Primera Edición. México 1986.

28.- LARENZ, VON. Metodología de la Ciencia del Derecho. Editorial Boun. Tercera Reimpresión. Barcelona, 1966.

29.- MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal. Editorial Temis. Primera Edición. Bogotá, 1971.

30.- MAURACH, REINHART. Tratado de Derecho Penal I. Editorial Ariel. Barcelona, 1962.

31.- MENDOZA TROCONIS, JOSE RAFAEL. Curso de Derecho Penal Venezolano. Editorial Empresa El Cojo. Primera Edición, Caracas, 1966.

- 32.- MEZGER, EDMUND. Derecho Penal Parte General.
Libro de Estudio, Cárdenas Editor. Tijuana,
México 1985.
- 33.- MIROLI, ALEJANDRO B. Droga y Drogadictos.
Ediciones Lidiun. Cuarta Edición. Argentina
1986.
- 34.- MORENO GONZALEZ RAFAEL. Ensayos Médico
Forenses y Criminalísticos. Editorial Porrúa,
Primera Edición, México 1987.
- 35.- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Introducción al
Derecho Penal. Bosch, Casa Editorial. Primera
Edición. Barcelona 1975.
- 36.- NUÑEZ, RICARDO. La Culpabilidad en el Código
Penal. Editorial De Palma. Argentina 1946.
- 37.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de
Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa.
Novena Edición. México, 1990.

- 38.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Breve ensayo sobre la Tentativa. Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México, 1989.
- 39.- PORTE PETIT, CELESTINO. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal (Conferencia). Gráfica Panamericana. Primera Edición. México 1954.
- 40.- PORTE PETIT, CELESTINO. Apuntamientos a la Parte General del Derecho Penal. Editorial Porrúa, Décima Tercera Edición. México, 1990.
- 41.- PORTE PETIT, CELESTINO. Programa de Derecho Penal, Parte General. Editorial Trillas. Tercera Edición. México, 1990.
- 42.- PORRUA PEREZ, FRANCISCO. Teoría del Estado. Editorial Porrúa. México, Vigésima Primera Edición, 1987.
- 43.- PUIG PEÑA, FEDERICO. Derecho Penal Tomo I Parte General. Ediciones Nauta. Barcelona 1959

- 44.- R. MORAS, JORGE. Toxicomanía y delito. Editorial Abeledo-Perrot. Primera Edición. Buenos Aires, 1975.
- 45.- RADBRUCH, GUSTAV. Filosofía del Derecho. Editorial Casas, Primera Edición. Madrid 1933.
- 46.- RANIERI, SILVIO. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis, Bogotá, 1975.
- 47.- REY HIDOBRO, LUIS FERNANDO. El delito de Tráfico de Estupefacientes. Su inserción en el Ordenamiento Penal Español. Bosch, Casa Editorial. Primera Edición, Barcelona, 1987
- 48.- REYES ECHANDIA, ALFONSO. Tipicidad. Editorial Temis. Quinta Edición, Bogotá 1989.
- 49.- REYES ECHANDIA, ALFONSO. Culpabilidad. Editorial Temis. Tercera Edición. Bogotá 1988.
- 50.- SANTIAGO NINO, CARLOS. Consideraciones sobre la dogmática jurídica (Con referencia particular a la dogmática penal) Universidad

Nacional Autónoma de México, Primera Edición.
México, 1974.

51.- VELA TREVIÑO, SERGIO. Antijuridicidad y
Causas de Justificación. Editorial Trillas
Tercera Edición. México, 1990.

52.- VELA TREVIÑO, SERGIO. Culpabilidad e
Inculpabilidad. Editorial Trillas. Segunda
Edición. México 1990.

53.- VARIOS. Drogas y Pobreza. Editorial Trillas.
Segunda Edición. México 1990.

54.- VON KIRCHMAN, JULIUS. La Jurisprudencia no es
Ciencia. Centro de Estudios Constitucionales.
Madrid 1983. Tercera Edición

55.- WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. Editorial
Jurídica de Chile. Tercera Edición. Santiago
1987.

56.- WESSELS, JOHANESS. Derecho Penal Parte
General. Editorial De Palma. Sexta Edición.

Buenos Aires, 1980.

- 57.- ZAFFARDONI, EUGENIO. Manual de Derecho Penal.
Cárdenas Editores. Primera Edición. México,
1986.