

320809

59
2g.



UNIVERSIDAD DEL VALLE
DE MEXICO

**Plantel Tlalpan
Escuela de Derecho**

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

"LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FRACCION
V DEL ARTICULO 197 DEL CODIGO PENAL
FEDERAL, REFERIDA AL PRINCIPIO DE PROPOR-
CIONALIDAD Y A LOS FINES DE LA PENA"

T E S I S

Que presenta

Ana Elena Ruedas Ydrac
para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

Asesor de Tesis:

LIC. JOSE DE LA LUZ MEDINA OROZCO

México, D.F. 1994

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

TAN GRANDE ES TU EXISTENCIA
QUE SIEMPRE HAS PERMANECIDO A MI
LADO. ILUMINANDO MIS PASOS EN
MOMENTOS DIFICILES DE MI VIDA.

Con respeto.

A MI:

ME DEDICO LA PRESENTE COMO SIMBOLO DE
GRANDES METAS Y ESFUERZOS REALIZADOS. Y, QUE
A PESAR DE TODOS AQUELLOS OBSTACULOS QUE SE
PRESENTARON A TRAVES DE MI EXISTENCIA,
LOGRE SALIR ADELANTE, YA QUE ESTO NO ES EL
FIN, SINO UN PASO GRANDE PARA LLEGAR AUN MAS
LEJOS EN LO QUE DESEO REALIZAR.

A MI FAMILIA

A MI PAPA

JOSE MARIA RUEDAS CARDENAS

A MI MAMA

MARIA ELENA YDRAC FIGUEROA

A MI HERMANA

SANDRA BEATRIZ RUÉDAS YDRAC

A MI ABUELITA

SARA FIGUEROA BETANCOURT

POR COMPRENDER CUAN IMPORTANTE ES PARA MI ESTE MOMENTO Y POR EL APOYO INCONDICIONAL QUE ME HAN BRINDADO, CON MUCHO ORGULLO, COMO RECONOCIMIENTO DE NUESTROS GRANDES ESFUERZOS COMPARTIDOS Y UNA LUCHA PERSEVERANTE LLENA DE SACRIFICIOS, SABIENDO DE ANTEMANO QUE SIEMPRE ESTARAN APOYANDOME A FORJAR MIS GRANDES ANHELOS, LES EXPRESO MI MAS SINCERO AGRADECIMIENTO.

Los quiero.

AL LIC. JOSE RESENDIZ GARCIA:

CON MI MAS SINCERO CARINO TE AGRADEZCO EL APOYO, DEDICACION Y CONSTANCIA QUE SIEMPRE ME BRINDASTE DESINTERESADAMENTE. ¿COMO EXPLICARTE LA IMPORTANCIA Y EL VALOR QUE QUE TIENE PARA MI TU COMPRESION EN ESTA ETAPA DE MI VIDA?, YA QUE GRACIAS A TODO ELLO ME AYUDASTE A QUE FUERA POSIBLE EL LOGRO DE ESTE MOMENTO.

Con cariño.

AL LIC. EDUARDO MOTA ROJAS:

LE AGRADEZCO SU GRAN APOYO INCONDICIONAL QUE LOGRO FACILITAR, DURANTE LA TRATECTORIA DE MI TITULACION, TODAS AQUELLAS DIFICULTADES QUE SE ME FUERON PRESENTANDO, IMPULSANDO LA OBTENCION DE UNA DE MIS MAS GRANDES METAS, PERO AUN MAS IMPORTANTE, LE DOY LAS GRACIAS POR SU CONFIANZA Y PERMITIR COLABORAR CON USTED, UNA PERSONA MUY VALIOSA, QUE ADMIRO Y RESPETO.

Sinceramente.

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FRACCION V DEL
ARTICULO 197 DEL CODIGO PENAL FEDERAL, REFERIDA AL
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y A LOS FINES DE LA PENA**

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FRACCION V DEL
ARTICULO 197 DEL CODIGO PENAL FEDERAL, REFERIDA AL
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y A LOS FINES DE LA PENA

INDICE GENERAL

INTRODUCCION

Pág.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA CONDUCTA CRIMINAL Y DE LAS PENAS

I. 1.	Epoca primitiva.....	1.
I. 2.	Epoca antigua.....	4.
I.2.1.	Mesopotamia.....	6.
I.2.2.	Egipto.....	8.
I.2.3.	Grecia.....	10.
I.2.4.	Roma.....	13.
I. 3.	Edad Media.....	15.
I. 4.	Antecedentes en México.....	17.
I.4.1.	Epoca Prehispánica (Mayas y Aztecas).....	17.
I.4.2.	Epoca Colonial.....	21.
I.4.3.	México Independiente.....	28.

CAPITULO II
LA CONSTITUCION MEXICANA Y EL PRINCIPIO
DE PROPORCIONALIDAD

II.1.	La Constitución.....	31.
II.1.1.	El hombre y la sociedad.....	31.
II.1.2.	La Constitución como expresión de la voluntad social.....	34.
II.1.3.	La formación del Estado mexicano.....	37.
II.1.4.	El Estado de Derecho.....	40.
II.1.5.	El Derecho como elemento social armonizante.....	42.
II.2.	Nociones del principio de proporcionalidad.....	45.
II.2.1.	Los principios generales del Derecho.....	45.
II.2.2.	Concepto del principio de proporcionalidad.....	49.
II.2.3.	La proporcionalidad en la filosofía griega.....	50.

CAPITULO III
PENOLOGIA Y CONSTITUCIONALIDAD

III.1.	Concepto de Penología.....	52
III.1.1.	El por qué de las penas.....	56
III.1.2.	Etiología de la conducta típica penal.....	59
III.1.2.1.	Antropología criminal.....	61
III.1.2.2.	Psicología criminal.....	62

III.1.2.3. Sociología criminal.....	63
III.1.3. Los factores reales de poder.....	64
III.1.4. El bien jurídico tutelado.....	65
III.1.5. La capacidad readaptadora del Estado.....	69
III.2. Constitucionalidad.	
III.2.1. Generalidades sobre la normatividad constitucional en materia penal.....	77
III.2.2. El artículo 22 constitucional.....	80
III.2.3. Nociones de constitucionalidad, inconstitucio- nalidad y anticonstitucionalidad.....	82
III.2.4. Constitución y legalidad.....	84

CAPITULO IV

DELITOS CONTRA LA SALUD Y ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PREVISTO POR LA FRACCION V DEL ARTICULO 197 DEL CODIGO PENAL FEDERAL

IV.1. Los delitos contra la salud en el Código Penal Federal.....	86
IV.1.2. Breve reseña de las reformas al Código Penal Federal.....	88
IV.2. Análisis de los elementos del tipo previsto por la fracción V del artículo 197 del Código Penal Federal y su aspecto negativo.....	90

IV.2.1.	Concepto de delito.....	90
IV.2.2.	Conducta y ausencia de conducta.....	91
IV.2.3.	Tipicidad y su aspecto negativo.....	93
IV.2.4.	Antijuridicidad y las causas de justificación....	96
IV.2.5.	Imputabilidad e inimputabilidad.....	99
IV.2.6.	Culpabilidad e inculpabilidad.....	100
IV.1.7.	Punibilidad y excusas absolutorias.....	104

Comentarios finales

Conclusiones

BIBLIOGRAFIA.

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

La presente tesis trata de demostrar que, bajo ciertas circunstancias, se encuentra en riesgo la administración de justicia por la aplicación de penas inadecuadas, por excesivas, tratándose de delitos contra la salud, previstos por la legislación penal federal, y en cuyas hipótesis tipificantes, por desgracia, llegan a quedar comprendidos sujetos que, más que delincuentes son enfermos que no ponen en verdadero peligro a la salud pública. Lo anterior con el resultado de que al sometérseles a una pretendida readaptación, y no a rehabilitación, el sistema penal fracasa reiteradamente en los numerosos casos que así se presentan, corrompiendo y no mejorando integralmente al acusado de delitos.

El Estado, tiene como función primordial atender al bienestar social, con el cumplimiento de los fines del Derecho: Justicia, Bien Común y Seguridad Jurídica, siempre con total apego de la Norma Fundamental; y, por consecuencia, su actuar es reprochable y debe ser revocado a través de los medios previstos por el Derecho, cuando a través de sus actos o leyes contraviene a dicha Norma Fundamental.

No se cumplen aisladamente los fines del Derecho y, por tanto, el Estado falta al bien común si no satisface plenamente, mediante los organos adecuados, la función readaptatoria de quienes delinquen; esto, bajo el supuesto de que la pena tiende a readaptar socialmente a quien ha ejecutado una conducta definida como delito.

Nada más grave que el caso de que el Estado expida normas que contravienen principios básicos de las normas constitucionales o si atentan directamente o bien se desentienen de éstas. Las normas secundarias que suelen reglamentar los postulados constitucionales, son por naturaleza de aplicación general y obligatoria, incluso para el propio Estado, por conducto de sus jueces y, de ahí se advierte la terrible gravedad de una ley que pueda resultar injusta por soslayar principios básicos no siempre fácilmente desentrañables, o hasta por contrariar abiertamente a la Constitución.

El presente trabajo se ocupa de exponer, con base en un criterio jurídico propio y mediante el método que se estimó adecuado, el caso del artículo 197, fracción V del Código Penal Federal, que previene y sanciona como delito la posesión de cualesquiera de las sustancias o vegetales aludidos por los diversos apartados del artículo 193 del mismo Ordenamiento Punitivo, estipulando que quienes incurran en la conducta prevista, sufran una sanción de 7 a 25 años de prisión.

Con profunda preocupación pretende demostrarse, a través de este trabajo, que la imprecisión y ambigüedad apreciables en ese precepto punitivo, ha permitido en innumerables casos la aplicación de este precepto a sujetos dignos de rehabilitación en su salud y no de readaptación por la conducta atribuida.

Personas que por sus circunstancias personales, sus relaciones con el entorno de su medio y en función de factores internos y externos, son víctimas de padecimientos y, sólo circunstancialmente, llegan a colocarse en la hipótesis delictiva que, incluso ante la impotencia de no pocos juzgadores, deben compurgar penas excesivas que éstos les aplican, desproporcionadas en función de los factores criminógenos que intervienen regularmente, en comparación con otros del mismo catálogo de nuestro sistema penal.

Lo anterior, con consecuencias que contradicen por completo a las finalidades básicas y naturaleza de la pena, conforme a las doctrinas modernas que animan a nuestro sistema punitivo; consecuencias que resultan en perjuicio del propio sistema, de los acusados que deben padecer tan graves desaciertos y, más lamentablemente, en perjuicio de la colectividad que ve atacado incorrectamente el cáncer social de las drogas.

CAPITULO I

**ANTECEDENTES DE LA CONDUCTA CRIMINAL
Y DE LAS PENAS**

CAPITULO I
ANTECEDENTES DE LA CONDUCTA CRIMINAL
Y DE LAS PENAS

I.1. Epoca primitiva.

El estudio de los pueblos primitivos nos permite vernos mejor a nosotros mismos, y en lo que respecta al tratamiento de las enfermedades sociales, estamos viviendo todavía en la época de la magia; las sociedades primitivas estaban notablemente bien estructuradas y unidas por sus costumbres, mitología, religión y creencias.

En mucho, la historia de la humanidad es la historia del crimen ya que no es exclusivo de nuestra época, de nuestra sociedad y de nuestra cultura, pues la historia en gran parte es el relato de robos, homicidios, intrigas, invasiones, parricidios, violaciones, principalmente del crimen de crímenes: la guerra.

Es por ello que viene la preocupación del hombre por evitarlo, legislando, castigando, previniendo, reprimiendo; surge de esta manera la angustia por explicar todos estos aspectos y al tratar de responderlas encuentra en su estudio las causas que originan dichas conductas humanas y es así como surgen la criminología y la penología como consecuencia de la necesidad de castigarlas.

Lo primero que sabemos del hombre es que violó la ley, ya que, según la Biblia, Dios crea al hombre, le dio una compañera, lo dejó vivir en el paraíso, con la única prohibición consistente en comer la fruta de determinado árbol: "mas del fruto del árbol de la ciencia del bien y del mal no comas; porque en cualquier día que comieras de él, ciertamente morirás." Y el hombre desobedece, come la fruta y es expulsado del Edén.¹

Recordemos que el primer hecho importante del hombre es un crimen: Caín asesina a su hermano Abel: "Y estando los dos en el campo, Caín acometió a su hermano Abel y le mató".²

Así como para el judaísmo y para el cristianismo, principia la historia del hombre: mandato y desobediencia; criminal y víctima; crimen y castigo. Es así como la historia se repite en todas las religiones, en todas las mitologías; así, en nuestros pueblos de América, en el Popol Vuh, los primeros hombres se vuelven contra el creador y son terriblemente castigados:

"Pero no pensaban, no hablaban con su Creador
y su Formador, que los había creado. Y por
esta razón fueron muertos, fueron anegados.
Una resina abundante vino del cielo. El lla-

¹ Biblia. Génesis 1:17. 3:6. 16 = 24.

² Idem. 4:8.

mado Xecotcovach llegó y les vació los ojos; Camalotz vino a cortarles la cabeza; y vino Cotzbalam y les devoró las carnes. El Tucumbalam llegó también, les quebró y magulló los huesos y los nervios, les molió y desmoronó los huesos. Y esto fue para castigarlos porque no habían pensado en su madre, ni en su padre, el Corazón del Cielo, llamado Huracán. Y por este motivo se oscureció la faz de la tierra y comenzó una lluvia negra, una lluvia de día, una lluvia de noche."³

El salvajismo es todavía sinónimo de costumbres absurdas, crueles y excéntricas, con raras supersticiones y odiosas prácticas. Aún se piensa en desenfreno sexual, eutanasia, infanticidio, sacrificios humanos, canibalismo, etc.

En la época primitiva el hombre tenía una clase de reglas obligatorias de naturaleza social.

Anteriormente la conducta era simplemente atribuida, al igual que el castigo, a fuerzas sobrenaturales, a causas misteriosas que van mas allá de la comprensión humana y que ellos consideraban como un Dios.

³ Popol Vuh. Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 30-31.

I.2. Epoca antigua.

Los antecedentes históricos nos señalan cómo eran establecidas las penas, las cuales muestran un aspecto rudimentario; en ellas, la crueldad no tiene principio ni fin. Revelan una composición unida por dos elementos clave: *totem* y *tabú*.

El totem era concebido como un animal, planta o fuerza natural, antepasado del clan o grupo y al mismo tiempo su espíritu protector y bienhechor. El totem implica una relación sanguínea y que se transmite hereditariamente, tanto por línea paterna como materna, también implica un carácter social, y de responsabilidad entre los miembros de esa tribu para la conservación de la paz y la aplicación de las penas.

El tabú lo constituía una especie de aspecto negativo, que estriba en acarrear desgracias si se realiza la cosa prohibida (o serie de prohibiciones de origen mágico y religioso); a quien infringía las leyes de los dioses se le retiraba del poder protector de la divinidad y se le castigaba en este mundo, ya que era responsable el que cometía una falta por mero efecto dañoso y, sin importar que se hubiesen quebrantado las prohibiciones consciente o inconscientemente, el sujeto debía ser castigado.

Existió además, la venganza privada o también llamada venganza de la sangre o época bárbara, de la cual muchos

tratadistas exponen distintos conceptos; para unos era la venganza originada por delitos que por su naturaleza eran de sangre, como el homicidio, lesiones, etcétera, como nos dice Fernando Castellanos; para otros es, cuando se ejecutaba la venganza dentro de las tribus que convivían unidas por vínculos de sangre. Sin embargo, lo que se quiere ver en ambas es que la raíz de la pena fue un instinto de conservación del individuo, del orden de la paz y el derecho, apoyado en la aceptación de ésta por los miembros de la tribu.

Con el paso del tiempo, el desenvolvimiento de la venganza alcanza un impulso poderoso, se tuvo la necesidad de desligar a la víctima del ofendido, para traspasarla al juez imparcial, mismos que somete los hechos a prueba, graduándose la pena por la gravedad de la lesión, dándose inicio a la idea eclesiástico-religiosa del Talión (ojo por ojo, diente por diente).

El Talión da al instinto de venganza una medida y un objeto, con el fin de que cada uno padezca tal como lo hizo.

Por otro lado Fernando Castellanos nos habla de la venganza divina que: parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental

de la constitución misma del Estado.⁴

Posteriormente, a los hombres que cometían alguna falta, con la evolución histórica, el Estado era el encargado de imponer las penas (muerte, mutilaciones, destierro etc.), a esas transgresiones del orden jurídico establecido por el Poder del Estado, en favor de la comunidad.

A continuación se exponen algunas de las principales culturas antiguas, de las que la Historia registra datos importantes para nuestro estudio.

I.2.1. Mesopotamia. Una de las culturas más antiguas de la Humanidad surge en Mesopotamia, (tierra entre dos ríos), región situada al rededor de los ríos Tigris y Eufrates. Esta cultura no distinguía entre lo que hoy llamamos derecho penal y derecho civil, ya que al incumplimiento de un contrato traía como consecuencia penas corporales y/o pecuniarias, es decir no existía una aplicación directa al estudio de los delitos.

La obra más importante de Mesopotamia, para nosotros, es el Código del Rey Hamurabi, que reinó en Babilonia 2500 años antes de nuestra Era Cristiana, en el cual se fijaron reglas sencillas y claras.

⁴ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Ferras, México. 1971. p. 31.

El Código de Hamurabi es una columna de basalto, en forma cilíndrica, en la que aparecen grabadas más de 3500 pequeñas líneas verticales de signos cuneiformes, que contienen 250 leyes. Este código, aunque atribuido al dios Sol, que lo es de la justicia, muestra un alto grado de civilización que marca una gran actividad en el interés público, que entre otros se encuentra el comercio, la defensa del país, y sobre todo la justicia, con una notable referencia a los bienes personales. Se procuraba el bienestar de la comunidad, existían limosnas para los enfermos o pobres, se cuidaba de su salud y se procuraba integrarlos a la sociedad.

Este código no contiene preceptos sagrados o religiosos, existe un derecho formal o procesal, no se conoce la venganza, pero en cambio se halla el Talión muy desarrollado. Si un arquitecto construye mal una casa y ésta se hunde, el hijo debe morir; también se daba muerte a la hija del que hubiese golpeado a una mujer libre, si le hubiera causado la muerte o hecho abortar. Los castigos no podían menos de ser crueles: el de muerte se ejecutaba arrojando al reo al agua, a la hoguera, etc.

Entre otras penas se imponían las de mutilación, que según el tipo de falta que se haya cometido, al ladrón se le cortaba una mano, si reincidía se le cortaba la otra; la marca, con grandes XXXX de fierro; deportación por haber cometido falta grave entre los integrantes del totem, y alterar la paz general;

y pecuniarias, pues debido a la intensidad de la vida comercial babilónica, se llegaron a cometer faltas en los tributos, botines, donaciones, campos, cosechas, ganado, etc.

Por las experiencias obtenidas a través del comercio y la comunicación entre las demás tribus y ciudades de Oriente, es interesante saber que se distinguieron los delitos voluntarios de los causados por negligencia, y los hechos debidos a caso fortuito, se reconoce la atenuante de arrebató y obsecación, incluso en caso de rifa.

En este Código podemos encontrar múltiples disposiciones preventivas y un plan de política criminológica, cuidando, como ya dijimos, que los delincuentes pobres no queden desamparados y establece el tribunal superior de apelación.

I.2.2. Egipto. En Egipto podemos observar que el derecho, la religión, la magia y la ciencia, son una misma cosa, de lo cual encontramos una gran información en el Libro de los Muertos. En las fórmulas que el muerto debía pronunciar al llegar al juicio frente a los dioses, podemos encontrar un claro catálogo de todo lo que podía considerarse como antisocial en aquella época, ya que el muerto debe recitar todo lo malo que hizo en su vida.

Los preceptos legales se hallaban contenidos en antiquísimos libros, impregnados del espíritu religioso: el delito era ofensa a los dioses, y las penas más crueles se

imponían por los sacerdotes como delegación divina y para aplacar a la divinidad. El signo de la justicia era la pluma de avestruz. En Egipto una diversidad de animales estaban considerados como sagrados y como los delitos más graves son los que lesionan a la divinidad, por consecuencia, quién daba muerte a los animales sacros: buey *Apis*, el cocodrilo, *Ibis*, el gato y el halcón, entre otros, se le aplicaba la muerte o sacrificio.

Asimismo Luis Jiménez de Asúa, nos dice" que los atentados contra los faraones, la complicidad en estos atentados, la desobediencia de las órdenes reales, las ofensas al faraón y sus familiares, el perjuicio y el homicidio, eran estimados delitos de esa divinidad. Se aplicaba el talión simbólico: al espía, se le cortaba la lengua; al estuprador, los órganos genitales, y a la mujer adúltera, la nariz." ▢

Se aplicaban como penas para otros delitos, los trabajos públicos y en las minas, así como la esclavitud. Los egipcios utilizaban las ciudades y casas privadas para alojar a los presos que debían realizar trabajos; por lo que podemos observar que existía un incipiente principio clasificador de penas, ya que este alojamiento se hacía en el norte y sur del país, encontrándose en este último quienes eran condenados por delitos de menos

▢ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1964, Tomo I, p. 271.

gravedad; de igual manera eran clasificados los presos en el Japón.

Rodríguez Manzanera nos dice que "en Egipto se ha encontrado la identificación criminal que indica que los egipcios tenían interés en ello; ya que ellos fueron los primeros en inventar métodos de identificación para el estudio del delito, por ejemplo era típico que a los ladrones, a los criminales, se les quitaran los incisivos para poder identificarlos, esto no funcionó, en gran parte porque los egipcios eran extraordinarios médicos y por tanto se encuentra algún relato en el cual un médico se dedicaba a hacer dientes postizos para los criminales."⁶

También nos cuenta el mismo autor una pequeña anécdota, en la cual en los años 100-500 a.C., los hindúes imponían determinadas penas a ciertos delincuentes como eran las de desfigurar partes visibles de la cara como nariz, orejas, según el tipo de delito cometido.⁷

I.2.3. Grecia. Nuestra cultura es eminentemente grecolatina; los griegos tuvieron una pléyade de grandes pensadores, los cuales

⁶ Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México, 1986. p. 182.

⁷ *Idem*. p. 182.

demonstraron siempre una gran preocupación por todos los temas del conocimiento humano y dentro de éstos vemos su preocupación por el *tratado del delito*, este fue uno de los aspectos más sobresalientes. Encontramos la problemática del delito y del delincuente en la mitología griega, en el arte griego y en su filosofía.

La mitología griega es altamente criminógena, encontramos ahí de todo, homicidios, robos, alteraciones a la salud colectiva, violaciones, etc.

Zeus, el padre de los dioses, el más importante e influyente sería un ejemplo de "criminal nato"; tiene una fuerte carga de herencia criminal, ya que su abuelo, Urbano, eliminó a sus descendientes, hasta que su esposa, Gea, y su hijo, Cronos, padre de Zeus lo derrocaron y así sucesivamente.■

Los hombres son considerados como simples juguetes de los dioses, que juegan una especie de macabro ajedrez con la especie humana. La responsabilidad criminal no es clara, pues la influencia divina es determinante.

Pero frente a esta extraña ideología religiosa, que aparentemente justifica cualquier conducta antisocial, tenemos

■ Vid. Rodríguez Mansanera, Luis. *Criminología*. Editorial Ferrás. Quinta Edición. México, 1986. p. 188.

las primeras estructuras organizadas del pensamiento del delito.*

En la Grecia legendaria surge la venganza privada, en la cual ésta no sólo se queda en el delincuente, sino que se extiende a la familia, existiendo una gran culpabilidad, en la que apesar de que el delito provenía del destino, la venganza se ejercitaba, es decir, se exponía al espíritu de la venganza; era más importante castigar al criminal que salvar al inocente. En los tiempos míticos (religión), el Estado es el encargado de dictar las penas por mandato o legado de los dioses (Júpiter).

Más adelante, las penas se asientan ya no sobre un aspecto religioso, sino sobre una base moral y civil. Se impusieron sanciones de carácter colectivo a las ofensas de tipo religioso y político. Los traidores y los tiranos eran muertos y con ellos toda su familia. La pena de muerte colectiva, extrañamiento colectivo, privación colectiva de derechos, expulsión colectiva de la paz (*atimia*), que acarreaba terribles consecuencias: cualquier miembro podía matar al excluido y apoderarse de sus bienes, desaparece cuando concluye el castigo capital colectivo, dándose inicio al carácter individual de las penas.

* Rodríguez Manzanera. Op. cit. p. 129.

I.2.4. Roma. La sed insaciable por conquistas territoriales y comerciales, la diversidad de adquisiciones culturales, desarrolladas en todos los aspectos, marcan la extraordinaria civilización romana, cuna de nuestro derecho.

La característica más primitiva del Derecho Penal romano se consideró en el delito y la pena, el primero era una violación a las leyes públicas, la segunda fue una reacción pública en contra del delito.

No obstante, hay numerosas huellas de que existió un carácter sagrado en el derecho penal, como penas de expulsión del reo de la comunidad religiosa, reconciliación del pecador arrepentido con la divinidad, etc. Pero acaba consumándose la diferencia entre derecho y religión y se logra el triunfo de la pena pública.

La venganza de sangre se aplicaba a ciertos delitos, como en el derecho al homicidio del marido que violaba la fe conyugal, al ladrón nocturno, por ejemplo, utilizándose también una composición de mutilaciones.

Los crímenes cometidos pueden ser contra los bienes jurídicos de la comunidad, que es lo que hoy denominamos como traición, y contra los particulares, como lo es el homicidio, que es considerado como infracción del orden jurídico público, lo que muestra que su castigo no es confiado a la voluntad privada de los parientes de la víctima, como en otras culturas lo era en la

vinganza privada.

También encontramos que se hallaban sancionados con pena pública el incendio, el falso testimonio, el cohecho del juez, la difamación, las reuniones nocturnas y la hechicería. Con el número e importancia de esta clase de delitos progresa la construcción estatal del Derecho penal; por un lado la gravedad de las penas impuestas a los delitos, ya que predominaba la de muerte, y, por otro lado, la organización del procedimiento penal.

No debemos olvidar la acendrada tradición jurídica de los romanos; sin embargo, aunque podemos encontrar muchos aspectos y antecedentes del Derecho Penal en lo general, no ocurre lo mismo con el estudio minucioso de los delitos.

Es posible observar que durante muchos años existió una polémica muy interesante entre los Estoicos y los Epicureos. Por un lado los Estoicos ensalsaban la pobreza, diciendo que ésta es lo que lleva a la virtud, lo que los hacía más sanos, etc.; por otro lado, los Epicureos afirmaban que, al contrario, la riqueza es lo que nos lleva a la felicidad y que es la pobreza la que produce el crimen.

El delincuente romano gusta por anticipado el placer que se propone conseguir con la mala acción, sin mirar la pena, revelando entonces Cicerón que el castigo debe conservar siempre una medida equitativa.

En la historia jurídica del primer período de la República (433-451 a de J.C.), se establece la Ley de las XII Tablas, que junto a normas de diversa naturaleza, contiene muchas de derecho penal, especialmente en las Tablas VIII a XII. En ellas se establece una previa determinación de los delitos privados, fuera de los cuales no se admite la venganza privada, se afirma el principio del talión, ya que dicha ley se encuentra inspirada en la igualdad social y política, excluyendo toda distinción de clases sociales ante el derecho penal.¹⁰

I.3. Edad Media.

Podemos considerar como Edad Media al período de la Humanidad, que va de la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d. C.) hasta la toma de Constantinopla por los turcos (1453). En ésta época medieval se agitó el derecho europeo, la vida toda y existió una mezcla de elementos totalmente distintos: romanos, bárbaros, canónicos, etc., comienza entonces un período de transformación, de inestabilidad, de elementos viejos y nuevos encontrados.

Un elemento aglutinador en esa época fue la Iglesia Católica y por lo tanto las interpretaciones criminológicas y penológicas son evinentemente teológicas, religiosas.

¹⁰ Jiménez de Asúa. Op. cit. p. 221.

Por otro lado Costa nos dice que: la Iglesia no logró aplicar en la práctica todos los principios en que se inspiraba su doctrina ya que contó con muchos obstáculos, haciendo cuanto pudo para oponerse a ellos, defendiendo el carácter ético y universal del Derecho Punitivo.¹¹

El derecho romano procura su unidad que se mantiene a través del derecho canónico, durante la Edad Media se luchó contra la venganza, sobre todo por la Iglesia Católica que instaura las treguas de Dios.¹²

Pero a pesar de ello la composición subsiste y la dureza de las penas se manifiesta como rasgo característico de esos tiempos, ya que existían unos modos terribles de aplicar las penas, como la de muerte, el régimen inquisitivo, la tortura y la picota. La Iglesia, en la decapitación logra desterrar el hacha, pero se reemplaza ésta por medios peores. El antiquísimo suplicio de la rueda; el colgamiento; la crucifixión, cuyo origen se encuentra en Asia Menor; la lapidación, la cual pervive hasta hoy con el linchamiento (como especie de venganza privada); la inmersión en el agua; el fuego; la sepultura en vida; el descuartizamiento; la inquisición que trajo consigo la tortura

¹¹ Costa, Fausto. *El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía*. Ed. Uchua. México, 1953. p. 42.

¹² Jiménez de Asua. *Op. cit.*, p. 293.

para arrancar la confesión (considerada como reina de las pruebas), etcétera. Como podemos analizar, la pena dejó de tener, hasta hace muy poco, intención infamante.

Uno de los pilares fundamentales del moderno estudio del delito es que las virtudes también dependen de las disposiciones del cuerpo. En el siglo XIII se hablaba ya de predisposición, afirmando Santo Tomás que hay gentes que por las disposiciones del cuerpo tienden al mal, tienden al pecado y entonces estos individuos no son tan culpables como parecen, pero también hay quienes por las disposiciones del cuerpo tienden a la virtud y entonces no son tan santos como aparentan.

Es posible observar aquí que las ideas de esta época de castigar por castigar, el valor de los castigos impuestos al hombre, tienden a lograr la seguridad pública y la curación del delincuente.

I.4 Antecedentes en México.

I.4.1. Época Prehispánica (Aztecas y Mayas). Los cronistas o historiadores para el estudio especializado de los aborígenes de nuestro derecho penal, nos presentan pocos informes y muy fragmentados de obras generales que nos hablan de esta materia, obras que son escritas mediante una diversidad de exposición de pinturas. Muchos penalistas mexicanos nos dicen que la raíz y origen, en los usos y costumbres precortesianos, ha

sido nula para la influencia en nuestro derecho colonial y en el vigente.

No obstante ello, al juzgar los datos existentes, observamos que los elementos utilizados por nuestros aborígenes en el derecho penal, marcan una extraordinaria evolución y semejanza con los pueblos primitivos del Oriente asiático, ya que estos muestran un gran adelanto, que posteriormente pretenden imponer los colonizadores; como lo es a diferencia de esas culturas, quien se encargaba de castigar o imponer las penas era el juez; el ofendido no podía hacerse justicia por su propia mano. Los códigos, además de que son testimonio histórico constituyen una verdadera obra de arte.

Las disposiciones que pueden considerarse como penas en el Derecho de los aztecas, fueron como en las de todos los pueblos antiguos, de extrema crueldad y desigualdad, siendo las siguientes: la capital, que era la más usual y socorrida, la lapidación para los adúlteros, la estrangulación, la decapitación para el homicida, la falta a la verdad se le imponía la muerte, la esclavitud, la pérdida de la posesión del estado de noble, los azotes y los malos tratos, el destierro, las infamantes, la suspensión y destitución de empleo, prisión, arresto, la demolición de la casa del infractor y la pecuniaria.

En el Código Penal de Netzahualcóyotl, dado para Texcoco, entre otras penas se tiene por cierta la existencia de la prisión

en cárcel o en el propio domicilio, al homicidio voluntario se le imponía la pena de muerte y al no intencional sólo acarreaaba el deber de esclavitud y de compensación, la embriaguez completa eximía o al menos atenuaba el castigo; al autor de un robo se le imponía una pena de acuerdo a la gravedad de lo robado; a los menores de edad se les imponían diferentes tipos de penas, como eran pinchazos en el cuerpo desnudo con pencas de maguey, inhalar chiles asados, expuestos al sol durante todo el día atados de pies y manos; la confiscación y el destierro.

Según Fernando Castellanos Tena, ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía.¹²

Los que rehusaban casarse o cultivar sus tierras, eran expulsados de su calpulli y tenían que vivir bajo la dependencia de otros, que los empleaban en el campo o como cargadores (tameme o tlacotin, que los españoles tradujeron por "esclavos"). A la misma condición eran reducidos los insolventes, algunos criminales, los prisioneros de guerra, y los que, por adquirir alguna cosa que les era indispensable, se vendían a sí mismos.

¹² Castellanos Tena, Op. cit., p. 28.

Pero en ningún caso la servidumbre era hereditaria, y exceptuando a los cautivos de guerra, todos podían rescatarse pagando las deudas o presentando un sustituto.¹⁴

Por otra parte, en los pueblos que ahora se conocen bajo el nombre de Maya-Quiché, si bien se imponían penas muy severas y no usaron por pena los azotes ni la prisión, también lo es que a los condenados a muerte, a los prisioneros de guerra, les ponían en la garganta una collera hecha de palos y cordeles, y los llevaban a unas jaulas de madera, que servían de cárcel.¹⁵

Por lo que podemos observar, las penas impuestas a las faltas cometidas por los miembros del pueblo maya, eran un tanto benignas, ya que el abandono de hogar no estaba castigado, el adúltero era entregado al ofendido quién podía perdonarlo o bien matarlo y la vergüenza e infamia de la mujer eran pena suficiente, el robo de cosa que no podía ser devuelta se castigaba con la esclavitud, a los traidores se les arrojaba a la cueva y se les destruían los ojos.

La ejecución de la pena de muerte muestra la prodigalidad con que era impuesta esta, en manos del verdugo caían los homicidas, la mujer que abortaba y sus cómplices, el violador de

¹⁴ Alvar Azavedo, Carlos. Manual de Historia de la Cultura, Ed. Jus. Octava Edición, México, 1978, p. 122.

¹⁵ Castellanos Tena, op. cit., p. 41.

menor, la casada infiel y su amante, para el adúltero había fórmulas especiales y suplicios públicos y de escarmiento.

Nos dice Luis Jiménez de Asúa que se le quitaba la vida a los incestuosos, a los hechiceros, a los usurpadores de funciones e insignias judiciales, a los pederastas, a los reincidentes en robos y los que hurtaban en el mercado público, a los acusados de irreverencias de las cosas y personas sagradas.¹⁶

Sin embargo podemos encontrar en todas las culturas una tradición que tiene su origen en las facultades que posee la especie humana de sentir, pensar y obrar, lo cual da origen a que estas culturas con el paso del tiempo evolucionen y desarrollen su política y manera de organización.

I.4.2. Epoca Colonial. Los primeros hechos históricos que colindan con nuestro derecho penal, al chocar la civilización española, traída por los conquistadores, con la cultura aborigen, son las defensas indígenas de su suelo y las reacciones punitivas que impuso el colonizador. En los territorios que España colonizó se aplicaba, principalmente, la "Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias" o "Recopilación de las leyes de Indias

¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1964. Tomo I. p. 915-916.

mismas que se terminaron en 1680; existiendo antes numerosas copias de legislación colonial y otros códigos y recopilaciones, fuentes que eran comunes y que se mandó aplicar en diversas ordenanzas reales incorporadas a la Recopilación de Indias.

Fue aceptada, pero no en los delitos graves, la jurisdicción de los jefes indígenas, subsistiendo las primitivas costumbres de los indios sometidos, expresamente sancionadas por los monarcas, siempre que no contradijeran los principios básicos de la sociedad y del Estado colonizador, por lo tanto España dió para las Indias un Derecho penal propio, en el que se contemplaban las reglas aplicables a los aborígenes, con un sentido marcadamente tutelar, sin descuidar que éstas también eran aplicables a los peninsulares. Por otro lado, existió por parte de España, sobre nuestro territorio, el objetivo de reforzar la campaña de evangelización.

En los diversos códigos y recopilaciones aplicables al territorio de la Nueva España, se tomaba en cuenta la condición indígena y las penas aparecen muchas veces menos severas que las imperantes entonces para los españoles.

La política española en los reinos de Indias había sido basada en el principio de la división del trabajo legislativo, administrativo y judicial, dejando que cada agrupación social, política o de intereses, se diera su ley, reservándose el poder central su aprobación y coordinación; las costumbres de cada

pueblo eran consideradas como fuente de derecho, y de ese modo la organización social estaba caracterizada por una heterogeneidad en la unión y colaboración. Eran los expertos los llamados a resolver las cuestiones que afectaban a cada grupo y en cada lugar. La Constitución acababa con todo aquello.¹⁷

Las disposiciones tomadas por los Virreyes y Gobernadores, constituía una fuente del derecho punitivo, ya que se originaban en las esfera policial y contenían muy graves penas pudiendo incluso llegar hasta la muerte.¹⁸

Los historiadores tildan de severas, arbitrarias y desiguales a las leyes de España, pero sabemos, por ejemplo que las leyes francesas que rigieron hasta la revolución de 1789, usaban la misma arbitrariedad, contenían análogas disposiciones sobre el tormento, la aplicación discrecional de las penas, diferencias en la aplicación respecto de nobles y plebeyos al igual que las leyes españolas, por lo tanto sería injusto juzgar éstas, ya que sólo son una consecuencia del tiempo, del derecho penal vigente en ese momento.

Citaremos algunas penas aplicadas en tiempo de la colonia, contenidas en el Derecho indiano y en el derecho supletorio. (las

¹⁷ Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Ed. Ferrúa. Segunda Edición. Tomo II. p. 62.

¹⁸ Jiménez de Azúa. op. cit. p. 960.

diversas ordenanzas reales incorporadas, como ya dijimos, a la Recopilación de Indias, el Fuero Real, las Partidas, Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, entre otras); penas que se caracterizan por su enfoque civilizador, como son: sanciones al hurto de metales: azotes, multas, impedimento para trabajar en el oficio de que se trate y otras; a la embriaguez excesiva y dañosa se penaba con el destierro perpetuo, y al que hallaren ebrio en la calle, lo subían en un caballo flaco, manos y pies atados, desnudos de la cintura para arriba, dándole doscientos azotes por las calles públicas; se imponían azotes y multas a los indios, negros, mulatos y gente baja, que hurtaban a sus patrones carneros, tocinos, puercos y otros mantenimientos; en calidad de penas menores, se usaron el arresto, confinamiento y la represión.

Las Leyes de Indias contenían aspectos de prudencia, los cuales pueden citarse como modelo de Política social y Política criminal en nuestros días; ordenaban que se cumplieran las garantías legales en todas las penas aunque fueran de muerte. Ya que como sabemos, la eficacia consiste en prevenir los problemas no subsanarlos, por lo tanto, el mejor gobierno consiste en impedir que se cometan delitos, no el castigarlos después de cometidos. En estas leyes, se reconocían a los delincuentes socialmente peligrosos, tales como jugadores, vagabundos, gitanos, etc. La pena pecuniaria se aplicaba en relación al

caudal del indígena; se regula el perdón para los negros que cometían un delito (según la naturaleza de éste), por primera vez, asimismo una amonestación a los bigamos y a los que riñeran por primera vez; también las Leyes de Indias revelan un sentido protector hacia ciertas figuras delictivas, las cuales fueron reprimidas con mayor benignidad, cuando el que las cometía era un indígena, templando sus castigos hasta que se hallen capaces de razón y tuvieran arraigada la fe por su corta capacidad.

En las Leyes de Indias se aplicaba: a los vagabundos y gitanos a trabajar en oficios y aprender en qué ejercitarse; la pena capital, marca, galeras, destierro, y multa. En las cárceles se mandó la separación de sexos, la orden de llevar libros de registro de los presos y la prohibición de los juegos de azar dentro de éstas.

En la época de la dominación española, como es natural, estuvieron vigentes las disposiciones jurídicas de la Península Ibérica, que en materia penal fueron escasas y contenidas principalmente en las Leyes de Partidas, estableciéndose que era privilegio del rey, la creación de cárceles y aún existían las ideas de venganza privada, de todo lo cual se colige que todavía están imperantes los principios del Derecho Romano, de guardar al individuo para que pueda ser presentado ante los órganos que van a juzgarlo.

En las Leyes de Partidas, los menores de catorce años, la

mujer embarazada y las personas que por su investidura pertenecían a la nobleza, o estaban dedicados a la ciencia, juntamente con sus hijos estaban exentos de ser sometidos a tormento, para el cual se requisó mandamiento de juez, el que sólo libraba cuando habían sospechas de culpabilidad; todo esto entrañaba una notable restricción para su tiempo. Las reglas establecidas para la prisión preventiva tuvieron un hondo sentido humanitario.¹⁹

Igualmente existió, el sentimiento de piedad que había cobrado fuerza y no obstante el abandono que agobiaba al encarcelado, que era vejado sin motivo, pues considerábase un apestado y como un esclavo, la educación que se le proporcionaba, se orientaba hacia la religión, pero sin una finalidad específica.

Los investigadores, que así se llamaba a los jueces especiales que en casos extraordinarios y de urgencia, solían ser mandados por las audiencias y los gobernadores para los casos criminales, estando autorizados para hacer la investigación resultante, prender a los delincuentes y llevarlos a las cárceles de audiencia, para que fueran juzgados por los tribunales ordinarios.

¹⁹ Vargas Chávez, Luis Gilberto. "El Artículo 18 Constitucional" (Tesis Profesional). Universidad Michoacana, Morelia, 1967, p. 23.

El título VIII de las Leyes de Indias, se rubrica: "De los delitos y penas y su aplicación". Hay en este título gran desorden y es obvio que no se habla de todas las penas que pueden imponerse, de modo taxativo; así por ejemplo, la de muerte se menciona por alusión a la ley 16.²⁰

En opinión del ilustre jurista don Miguel S. Macedo, "los Títulos VI y VII, tratan de las cárceles y fijan para su establecimiento y gobierno, reglas que no por ser elementales y sencillas dejan de ser recomendables como útiles para la rápida administración de justicia y el decoro y buen nombre de los tribunales".

En México, durante esta época, existieron tres clases de prisiones: la de Audiencia, la de la Ciudad y la de Indios, y de esta última había dos, una en el centro y otra en Santiago Tlatelolco. Por otro lado existió la Cárcel de la Acordada, de triste recuerdo, llegó a ser una de las más conocidas por sus penosos oficios, dentro de los cuales se recuerda su "horca", que tantas veces funcionó; dicese por don Lucas Alamán que allí partió con destino al cadalso, don José Ma. Morelos y Pavón.

La obra máxima de las Cortes Españolas fue la Constitución de 1812, que era una franca reforma liberal y en su artículo 297 prohibió los calabozos subterráneos e insalubres, entendiéndolo que

²⁰ Jimenez de Asúa, op. cit. p. 264.

las cárceles debían ser para asegurar y no para molestar a los presos.

En plena Guerra de Independencia, luchando los insurgentes y los españoles, las autoridades virreynales se dieron a la tarea de redactar reglamentos de carácter penitenciario, los que aparecieron en 1814, a los que a su vez se dio nueva forma en 1820 y finalmente fueron complementados por adiciones en diciembre de 1826.

I.4.3. México independiente. Existen diversas disposiciones contenidas en declaraciones y reglamentos, para conducir el comportamiento de los seres humanos.

Durante el período de 1824 a 1835 la actividad legislativa en México se concentra, casi exclusivamente, en el Derecho político, explicable fenómeno puesto que es en el que se habían causado más conmociones al producirse la independencia.

Hasta 1857 no existen bases fundamentales sobre las que edificar el propio Derecho penal mexicano, caracterizándose, hasta entonces, el régimen represivo por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones de fondo, pues la mayor parte de las dictadas se refieren al procedimiento y a la jurisdicción, para activar los procesos y hacer más efectivas las penas ante el

creciente aumento de la criminalidad. Por el año de 1864 el Estado de Veracruz fue el primero en nuestro país que llegó a poner en vigor sus Códigos propios, Civil Penal y de Procedimientos.

Ahora bien, el artículo 27 de los Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón, en 1811, prevenían que toda persona que haya sido perjura a la Nación, sin perjuicio de la pena que se le aplique, se declara infame y sus bienes pertenecientes a la Nación.

Posteriormente, en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito el 18 de diciembre de 1822, se precisaba que la pena de infamia no pasará del delincuente que la hubiere merecido según las leyes (artículo 146). En cambio, el artículo 149 del mismo Reglamento, prevenía que ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormento, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso.

En 1842, se previno (artículo 7º, fracción XIII, del Primer Proyecto de Constitución Política) que los reos no serán molestados con grillos, ni otra especie alguna de apremio, sino en cuanto fueren necesarios para asegurar su persona; y sólo podrán ser castigados por faltas nuevamente cometidas. Los trabajos útiles al establecimiento y al individuo, y la incomunicación, no se comprenden en las prohibiciones anteriores.

En el Voto Particular de la Minoría, artículo 5º, fracción

XIII. se abolía por vez primera en un documento de esa naturaleza, la pena de muerte, y ordenaba establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario.

El hilo conductor de este estudio habrá de ser la Constitución mexicana de 1917, no sólo por tratarse de la vigente en el país, sino además porque en ella se encuentra un régimen especialmente frondoso y detallado del sistema penal moderno.

Siendo evidente la elevada jerarquía del Derecho constitucional; en éste están salvaguardados derechos referentes a la vida, a la libertad, la seguridad y la propiedad del individuo, entre otros. Son fundamentalmente los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de nuestra Carta magna los que proconizan las garantías en materia penal; sin que deba desconocerse la existencia de otros preceptos, como el 102 de la propia Constitución, que organiza al Ministerio Público como órgano persecutor de los delitos.

CAPITULO II

**LA CONSTITUCION MEXICANA Y EL PRINCIPIO
DE PROPORCIONALIDAD**

CAPITULO II
LA CONSTITUCION MEXICANA Y EL PRINCIPIO
DE PROPORCIONALIDAD

II.1. La Constitución.

II.1.1. El Hombre y la Sociedad. ¿Qué es el hombre? ¿Cuál es su puesto en el Cosmos? ¿Es simplemente un animal? ¿Cabe una explicación puramente mecánica o comportista de su ser? ¿Qué relación hay entre las vivencias y el yo? ¿Cuál es el primer principio de la actividad vital? ¿Cómo se unen el espíritu y el organismo para integrar el compuesto humano? ¿Cómo armonizar el estado de "transito vivencial" con el ente subsistente o "sustentador"? Hé aquí los principales problemas de la Antropología Filosófica.²¹

A través de los años el hombre ha sido el centro y motor de todas las transformaciones humanas y de la naturaleza, y una de sus capacidades más importantes estriba en organizarse en sociedad. Por instinto, el hombre tiende a vivir en sociedad, por su necesidad de satisfactores de carácter espiritual que solamente es posible lograr en conjunto con otros semejantes. Al efecto, y dado el gran número de individuos que conforman cada

²¹ Bazave Fernández del V., Agustín. Teoría del Estado -Fundamentos de Filosofía Política- Ed. Jus, México, 1985, página 22-23.

conglomerado, debe dictar reglas que ayuden a la paz y armonía en las relaciones sociales que se han dado, mismas que observan cambios continuos, por lo cual resulta necesario adecuar constantemente las disposiciones que regulan la vida en sociedad.

No sólo los hombres, sino que también los animales, o, al menos, algunas especies de estos como las abejas, hormigas, los monos, etc., no viven aislados sino en grupos, y esta observación nos muestra una especie de sociedad animal la cual tiene analogías con las sociedades humanas, pero éstas poseen no obstante caracteres peculiares, que, dependen evidentemente de las más elevadas aptitudes que presenta la mente humana, las cuales hacen posible entre otras cosas la transmisión de los pensamientos y las experiencias de generación en generación, de donde resulta aquella propiedad de progresar que falta en las sociedades animales.

De todo lo anterior, podemos afirmar que el hombre es un ente que por su naturaleza tiende a desarrollar sus capacidades y las relaciones humanas con sus semejantes, que pueden ser de distintos tipos, creando núcleos de personas, sociedades, naciones, de rasgos comunes e impregnadas con un sentido solidario entre sus componentes, todo lo cual hace necesario el establecimiento de normas, que controlen la dirección y el abuso de algunas personas, para la permanencia social.

Ahora bien, en la vida social concurren varios aspectos:

el económico, el político, el familiar, el cultural, entre otros; todos los cuales, en su conjunto y la propia estructura cambiante de la sociedad, hace necesaria la creación de un ente dentro de la misma, que, además del orden existente, cuide de todos esos aspectos.

Aunque, como lo establece Herman Heller, si no se quiere tener una falsa imagen de la realidad personal y social, no se debe convertir a una función vital en sustancia, haciendo de las demás meras funciones de ella. La vida real del hombre debe ser comprendida en su total existencia, corporal, psíquica y espiritual, en la unidad total de las funciones de su vida, tanto sexuales, técnico-económicas, pedagógicas o políticas como religiosa, artísticas o de otra clase: todas las funciones de la vida del hombre son funciones sociales, o sea que sólo las tiene el hombre en cuanto vive en sociedad con otros hombres. Fuera de ella sería, según la frase clásica de Aristóteles, un animal o un dios. Pero estas funciones de la vida del hombre son funciones sociales en el sentido de que representan, aunque en grado históricamente muy diverso, momentos importantes del todo social que a sí mismo se sostiene y transforma.²²

Finalmente, no debe escapar a lo expuesto, la necesidad de

²² Heller, Hermann. Teoría del Estado. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1957, página 117.

que el mencionado ente que garantiza los bienes a tutelar en la sociedad, cuente con la autoridad y el poder necesarios para controlar y dirigir la organización social, aun en contra de la voluntad de individuos en particular; todo ello, atendido a los factores específicos que caracterizan a una sociedad determinada.

También debe considerarse que los aludidos aspectos que concurren en la sociedad (familiar, económico, político, cultural etc.), presentan peculiaridades distintas en unas y otras, determinando asimismo los intereses concretos de cada núcleo, a veces opuestos entre sí, y esto último condiciona a su vez las relaciones entre las sociedades políticamente organizadas.

II.1.2. La Constitución como expresión de la voluntad social. Como ya hemos dicho, la familia es el núcleo de la sociedad, la que a su vez forma el Estado, organizado por una serie de normas que hacen posible la vida en sociedad, en sus variados aspectos, pero existe, además de estas, una ley fundamental que va más allá que una ley ordinaria, que constituye el fundamento de las demás leyes, y se fundamenta por las necesidades que plantean las relaciones sociales.

La Constitución es el *ser del Estado*; es la organización, el orden establecido entre habitantes de la ciudad; es la organización regular de todas las magistraturas, principalmente de la magistratura que es dueña y soberana de todo, es el

gobierno mismo.

La palabra *constitución* deriva de latín *constitutio-onis*, forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado; ley fundamental de la organización de un Estado.

La Constitución, expresa, además, los sistemas, los regímenes y las estructuras de la sociedad en acción, organiza la suprema institución política que hoy se denomina Estado.

Al pretender definir la naturaleza de la Constitución, Aristóteles distinguió entre Constitución y leyes. Una cosa son los principios esenciales y característicos de la Constitución y otra cosa son las leyes. Si la Constitución permanece, el Estado es el mismo, si ésta cambia, el Estado se modifica.²³

Ferdinand Lasalle afirma que la Constitución de un país es la suma de los factores reales de poder de esa nación, de suerte que si no responde a ellos no puede mantenerse vigente, dado que las disposiciones jurídicas de una constitución deben expresar las relaciones sociales y políticas de un país para no ser una mera "hoja de papel".

Así, imaginémos -ejemplificó- que el folleto de la Constitución desapareciera por un incendio y no se pudiera encontrar ningún ejemplar y los legisladores se propusieran

²³ Aristoteles. *La Política*. Editorial Iberia. Barcelona. 1984. p. 65.

redactar una nueva Ley Suprema, no podrían escribir como texto constitucional lo que desearan, sino que tendrían que tomar en cuenta todos los factores reales de poder en la comunidad: las diversas clases sociales, los banqueros, la clase obrera, la conciencia colectiva, la cultura general del país, etcétera.

Pero supongamos que se olvidaran de alguno de estos factores reales de poder: por ejemplo, de los banqueros, un día se encontrarían los legisladores con el ejército disolviéndolos; así que ellos tienen que dar expresión escrita a esos factores reales de poder que a partir de ese momento se constituyen en Derecho.

En esta forma -concluye- en todo país hay dos Constituciones: una, la real, la efectiva, la que es la suma de los factores de poder, y, la otra, la escrita, que es una hoja de papel. La Constitución escrita debe corresponder a la Constitución real, porque si no estalla un conflicto inevitable entre ellas y la vida avasalla a la hoja de papel.²⁴

Para Keisen la Constitución, en el sentido lógico-jurídico, es la norma fundamental, es una hipótesis básica. Esta norma no fue creada conforme a un procedimiento jurídico, luego no es una norma de derecho positivo, ya que esta

²⁴ Lasalle, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución?. Editorial Hispánicas, S.A. de C.V., México, D.F., 1927, páginas 38 y 37.

norma no es "puesta", sino es "supuesta". La Constitución en sentido lógico-jurídico, permite considerar el Derecho como un conjunto, un sistema de normas válidas.

Si partimos de la hipótesis que esta norma fundamental es válida, resulta también válido todo el orden jurídico que le está subordinado.

La Constitución, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal, fundamentando su unidad, consiste en la norma fundamental hipotética no positiva, que es lo que hemos llamado Constitución en sentido lógico-jurídico, pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna norma superior de derecho positivo.²⁵

II.1.3. La formación del Estado mexicano. Podemos definir el Estado como la unidad de un sistema jurídico que tiene en sí mismo el propio centro autónomo, y que está, en consecuencia, provisto de la suprema cualidad de persona en sentido jurídico.

Conviene decir que el Estado se compone de un pueblo, de un territorio y de un vínculo jurídico.

El uso de la palabra Estado, en el sentido de una

²⁵ Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Traducción de Eduardo García Máynez. UNAM, México, 1950, p. 271.

organización social compleja, es relativamente moderno ya que ha tenido comienzo a finales del siglo XV, en tiempos de Maquiavelo.

Antiguamente las relaciones feudales eran concebidas a semejanza de las atribuidas a Dios con los hombres y se entienden fincadas en valores personales -como la fidelidad, la lealtad, el respeto, el temor, la protección, el amor- en un orden social de poderes dispersos ejercidos por un número variado de autoridades, sin el auxilio de cuerpos jurídicos que los regulen y unifiquen, a él sucede una etapa intensa de alumbramientos que traslada las especulaciones de la teología a la Política y al Derecho, vuelve la razón humana y la hacen rectora del nuevo orden social de relaciones institucionalizadas que colocan al hombre en el centro de toda reflexión.

El orden que así nace trae consigo la instauración de un poder central y único, al cual quedan subordinados los antiguos señores feudales. El cambio es consecuente con la ruptura de la organización económica local de los feudos, la intensificación del comercio y el aumento de las relaciones sociales y la emigración de los siervos a los burgos.

En conjunto, la movilidad social propicia la formación de ejércitos que garanticen el comercio entre feudos, la constitución de cambios, la adopción de pesos, medidas y monedas comunes, la paulatina centralización de la administración de justicia y la incipiente prestación de servicios sujetos a la

autoridad central.

De lo anterior se constituye la organización política intermedia entre el régimen feudal y el Estado; contiene de éste el principio de centralización del poder, dado en razón de la integración nacional y de aquél conserva el asentamiento de la autoridad en la persona.

El Estado es generalmente entendido con una relación en la que alguien manda y otros obedecen. Sin embargo, el concepto de dominio, de poder, presupone fundamentalmente aspectos normativos. Se puede formular el esquema del dominio social de la manera siguiente: "X" tiene poder sobre "Y" si, y sólo si, puede hacer que "Y" haga o deje de hacer algo.

Las relaciones de dominio o de poder no son sino la posibilidad de imponer la voluntad de uno sobre el comportamiento de otros (Weber). Un individuo probablemente dará a su voluntad esta forma cuando se encuentre, o piense que se encuentra, en posesión de reclamar obediencia. No todo dominio sin embargo, es un dominio estatal, esto es, un dominio en virtud de autoridad en el que se den "la facultad de mandar y el deber de obedecer". Cuál es el criterio por el cual las relaciones de dominio estatales se distinguen de las que no lo son. El criterio puede ser establecido de la forma siguiente: Un individuo ejerce autoridad si manda en nombre del Estado.

II.1.4. El Estado de Derecho. El absolutismo monárquico constituye un estadio de la organización feudal y el Estado. Entraña una profunda contradicción entre las exigencias racionales de regulación, despersonalización, uniformidad e institucionalización de la relaciones sociales y las condiciones del ejercicio del poder. Esta contradicción se resuelve históricamente con la instauración del Estado de derecho. En éste el Derecho se convierte en el fundamento del ejercicio del poder, en el vehículo de su racionalidad; significa el tránsito del "*autorictas, non veritas facit legem*" al "*non autorictas facit legem*."²⁶

Agrega Alejandro del Palacio que el Estado supone la asunción de que la razón preside el orden humano, la afirmación de ésta como principio abstracto que da unidad y jerarquía a la estructura social y al cual debe subordinarse el ejercicio del poder. La ley, expresión de la voluntad general que regula al Estado, es también la fórmula de expresión del ser común, racional, de una nación; a su vez, unidad cultural (racional) materializada en su unidad política. El Estado de derecho sintetiza, así, la unidad material y formal, abstracta y concreta de la razón.

²⁶ del Palacio, Alejandro. "Del Estado de Derecho al Derecho del Estado" Editorial Lusa. S. A., México, 1988, páginas 8 y 13.

Para los juristas norteamericanos se entiende básicamente aquél Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de derecho alude a aquél Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho.

En este sentido, el Estado de derecho contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario (como ocurre en el llamado Estado de policía que, lejos de proponerse el mantenimiento del orden jurídico, se caracteriza por otorgar facultades discrecionales excesivas a la administración para hacer frente a las circunstancias y conseguir los fines que ésta se proponga alcanzar).

La concepción del Estado social del Derecho se ha pretendido superar en las deficiencias del individualismo clásico; a pesar de las variantes introducidas, esta concepción conserva, en buena medida, las características y exigencias señaladas.

La positivización del estado social de derecho surgió de manera incipiente en la constitución federal mexicana del 5 de febrero de 1917 -iniciándose la etapa de lo que se ha calificado como "constitucionalismo social"- y fue continuada en la primera posguerra por la Constitución alemana de Weimar, expedida el 11 de agosto de 1919.

Cabe advertir que, si bien el texto original de nuestra Constitución de 1917 consagró diversos derechos sociales, en realidad, no puede considerarse insertado plenamente dentro de la democracia social contemporánea, ya que en la época, varias de sus normas pragmáticas en este sentido han carecido de eficacia práctica alguna.

II.1.5. El Derecho, como elemento social armonizante. Como hemos dicho, el hombre vive, desde siempre, en un medio social y se encuentra a cada instante en contacto con sus semejantes. De estas reglas surgen ciertos deberes que proceden de reglas estrictas cuya aplicación corresponde a la fuerza pública. Tales reglas, impuestas por el derecho, forman el ordenamiento jurídico de un país. De esta manera, la función tradicional del derecho es asegurar la coexistencia pacífica del grupo humano, armonizar las actividades de los miembros de la sociedad. Existe una ampliamente compartida opinión de que el derecho tiene como función guiar el comportamiento humano.

Esta función consiste en provocar un cierto comportamiento de los individuos haciendo que hagan o dejen de hacer algo que, por alguna razón, es considerado valioso o perjudicial para la comunidad, respectivamente.

El Estado, en tanto organización, hace que los individuos hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas y lo logra a través

del único método que posee: el derecho, estableciendo normas jurídicas.

Desde este punto de vista el Estado no es más que el orden jurídico que "organiza" la comunidad. El derecho en este sentido es un sistema de motivación de conducta humana. La función de motivación del derecho resulta, primordialmente, de la manera como el derecho ordena o prohíbe comportamientos: a través de sanciones. La coacción es, así, ese elemento enormemente persuasivo con la que el derecho reacciona contra ciertos actos, es la sanción y a través de este acto un mal es infligido al individuo "responsable" aun en contra de su voluntad y si es necesario mediante el uso de la fuerza física.

En este último caso, destaca un grupo de normas que integran al Derecho Penal, las cuales versan sobre el delito y las consecuencias que éste acarrea, es decir, la facultad punitiva que compete exclusivamente al Estado y que representa la *ultima ratio* en la defensa de bienes jurídicos que en la sociedad se tienen por fundamentales y a los cuales el delito lesiona de modo intolerable. Entre estos bienes se cuentan la vida, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, la incorruptibilidad de la función pública, la seguridad estatal interna y externa y muchos otros.

Así pues, la ley es esencialmente la expresión de la voluntad general. De este principio se deduce que una ley es

tanto mejor cuando da una satisfacción más grande a las necesidades sentidas por la colectividad. Por otra parte, todas las leyes no tienen el mismo valor.

Si tuviésemos que clasificarlas con arreglo a su importancia, habría que colocar en la cúspide determinadas prescripciones como las declaraciones de derechos, que no son sino máximas del Derecho Natural. Vendrían pues las leyes constitucionales, cuyo objeto principal es definir la función de los poderes públicos; estas leyes, de una importancia capital, forman una especie de marco en el cual se inscriben las leyes ordinarias. Estas últimas pueden dividirse, a su vez, en varias categorías: civiles, penales, administrativas, etcétera; tienen por finalidad regir los principales sectores de la actividad humana y social y se exteriorizan generalmente en fórmulas escritas e incorporadas en forma estructurada y coherente, a compilaciones legales denominadas "códigos". Finalmente, en la parte inferior de la escala, figuran una gran multitud de reglamentos, decretos y otras disposiciones que tienen por objeto precisar las modalidades de aplicación de las leyes o preveer cierto marco jurídico para las actividades sociales que aún no han adquirido la suficiente importancia para ser consideradas como objeto directo de una ley.

No obstante, todas las reglas de derecho tienen un carácter eminentemente provisional. Puesto que el grupo cambia,

también el Derecho debe cambiar. Dicha necesidad está prevista además en todos los sistemas jurídicos y se aplica a todas las clases de leyes. La evolución social responde a diversas aspiraciones del grupo social. En materia penal, como en los demás sectores de la vida social, la evolución de las costumbres y tradiciones determina la modificación o la abrogación de numerosas disposiciones legales.

Existen además, en el plano penal, sectores controvertidos; tal es el caso, sobre todo, de las infracciones de carácter moral, en las que no existe propiamente una víctima determinada, como son homosexualidad, pornografía, prostitución, juego, aborto, drogas, entre otros, en todas las cuales interviene la voluntad misma del sujeto que lo realiza.

II. 2. Nociones del principio de proporcionalidad.

II.2.1. Los Principios Generales del Derecho. Estos son los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual.

Los principios generales del derecho son, de acuerdo a la definición proporcionada, criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación: por ejemplo, el principio "dar a quien lo suyo"; uno

de estos principios generales del derecho, es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio; este criterio es real, tiene entidad, no como un ser que pueda ser captado por los sentidos del hombre (no como ser sensible), sino como un ser que subsisten en la inteligencia que lo concibe (como ser mental).

El fundamento de estos principios es la naturaleza humana racional, social y libre; ellos expresan el comportamiento que conviene al hombre seguir en orden a su perfeccionamiento como ser humano. Así, el principio de "dar a cada quien lo suyo", indica el comportamiento que el hombre ha de tener con otros hombres a fin de mantener la convivencia social; si cada quien tomara para sí lo que considerara "propio" sin respetar lo "suyo" la convivencia civil degeneraría en la lucha de todos contra todos; en tal estado de cosas no podrían los hombres desarrollar su propia naturaleza que es por esencia social.²⁷

Respecto a los principios generales del derecho se ha desarrollado una polémica entre las escuelas del derecho natural racionalista y la positivista, acerca de si ellos son extraños o externos al derecho positivo, o si son una parte de él.

La posición racionalista que escinde el derecho en dos

²⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, 5ª Edición, Editorial Porrúa Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1992, p. 2541.

órdenes jurídicos específicos y distintos, el natural y el positivo, el uno conforme con la razón y el otro producto de la voluntad política, no puede sostenerse. Es evidente que el derecho, producto típicamente humano, es una obra de la inteligencia humana: ella es la que descubre, desarrolla y combina criterios que enuncian un comportamiento entendido como justo; por esto, el derecho también es llamado jurisprudencia, es decir, de lo justo, y la prudencia se entiende como un hábito de la inteligencia.

Para conseguir el cumplimiento del derecho, el poder político suele promulgar como leyes, aseguradas con una sanción, los criterios jurídicos definidos por los juristas o prudentes. Pero por el hecho de ser promulgados como leyes, los criterios jurídicos no cambian de naturaleza, siguen siendo elaboraciones de la inteligencia humana, si bien presentadas en forma de mandatos del poder político. Se ve entonces que la distinción entre derecho natural (obra de la razón) y derecho positivo (obra de la voluntad), no tiene razón de ser: el derecho es siempre obra de razón, aun cuando su cumplimiento se asegura por la coacción del poder público.

De acuerdo a esa concepción del derecho como jurisprudencia, los principios generales del derecho son una parte muy importante, de la ciencia jurídica o jurisprudencia. El que estén o no incorporados en una legislación determinada, es

decir, el que estén o no reconocidos por la voluntad política, no tiene relevancia alguna, así como el que un determinado gobierno desarrolle una política que acepta o rechaza un principio de economía política, no hace que tal principio sea parte o no de la ciencia económica.

No es posible hacer una enumeración exhaustiva de los principios generales del derecho, pues el conocimiento de ellos se va perfeccionando poco a poco y por lo mismo su número y contenido han ido variando, sin embargo, por vía de ejemplo se pueden mencionar algunos: la equidad, o sea la prudente aplicación de la ley al caso concreto; la buena fe o la lealtad a la palabra empeñada; la obligación de cumplir los convenios; el derecho de legítima defensa o sea el de rechazar la fuerza con la fuerza, etc.

En nuestro sistema jurídico, el artículo 14 de la Constitución vigente señala que los juicios del orden civil deberán fallarse conforme a la letra o a la interpretación de la ley "a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho". Este reenvío, según Preciado Hernández, "vincula nuestro derecho patrio a la mejor tradición iusnaturalista de la civilización occidental".²⁸

²⁸ Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial UNAM, México, 1986, p. 137.

II.2.2. Concepto del Principio de Proporcionalidad. En un aspecto general es la relación de conformidad que existe entre el todo y cada una de sus partes o de cosas relacionadas entre sí. En el Derecho mexicano, el principio de proporcionalidad halla especial cabida en el derecho tributario. Es ahí donde está definido en función de la justicia impositiva, en tanto que las aportaciones no deben resultar desmesuradas en relación con la riqueza del sujeto. Allí coincide con el principio de capacidad de pago, la que, generalmente, ha sido medida en base a las rentas y a la riqueza.

En tanto que dicho principio de proporcionalidad tributaria se encuentra consagrado en el artículo 31 fracción IV de la Constitución mexicana, al expresar que: "Son obligaciones de los mexicanos... IV. Contribuir a los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes". La proporcionalidad que nos ocupa para los fines de este trabajo, resulta obtenida de una interpretación histórica y lógica a los artículos 1º, 22 y 136 constitucionales y de la propia interpretación hermenéutica constitucional, que establecen, en favor de los gobernados, barreras a la actividad del Estado y exigen que ésta sea conforme, congruente con sus demás actos en el contexto de un Estado de Derecho.

La congruencia, por definición, exige una adecuación o

ajuste. Por ejemplo, una recompensa congruente es la adecuada al trabajo o al mérito.

Entonces, el congruente proceder del Estado, que le es exigible conforme a dicha interpretación hermenéutica constitucional, exige que, en el plexo de todos sus demás actos del mismo género, previamente realizados, cada uno de los que después ejecute sean adecuados y conformes con la naturaleza del trabajo o mérito, de la falta o del delito, de la necesidad o exigencia atendibles; en suma, debe guardar proporción.

II.2.3. La proporcionalidad en la filosofía griega. A la proporción Platón la denominaba también analogía, en el sentido propio y restringido de igualdad de relaciones: "Como el ser está en el devenir, así la inteligencia está en la opinión, así la ciencia está en la creencia y la diánoia en la conjetura."²⁹

Aristóteles adopta la palabra en el mismo sentido de igualdad de relaciones. Nos dice, pues, que las cosas en acto no son todas iguales entre sí, pero son iguales para la analogía, en el sentido de que tienen todas la misma relación con los términos que funcionan respectivamente como potencias.

²⁹ Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Trad. del italiano por Alfredo N. Galletti. Editorial del F.C.E., México, 1963. p. 214.

Fuera de la metafísica, la más célebre aplicación del concepto de analogía es la que aristóteles hace en la ética, con referencia a la justicia distributiva. esta consiste en dar a cada uno según sus méritos y está, por lo tanto, constituida por proporciones que guardan entre sí las recompensas y los méritos respectivos de las personas a las que se confieren. Se trata, anota Aristóteles, de una proporción geométrica no continua, ya que no sucede nunca que la persona a la cual se atribuye cualquier cosa y la cosa que se le atribuye constituyan un término que se pueda expresar numéricamente como uno.

CAPITULO III

PENOLOGIA Y CONSTITUCIONALIDAD

CAPITULO III

PENOLOGIA Y CONSTITUCIONALIDAD

III.1. Concepto de Penología.

La penología está estrictamente ligada al problema de la pena y de las medidas de seguridad. El problema no deriva de la fijación de una pena, sino de su aplicación, y si esta aplicación tiene efectos resocializadores, reeducativos, readaptatorios y preventivos.

La palabra penología fue utilizada por primera vez por Francis Lieber en 1834, definiéndola como "la rama de la ciencia criminal que trata (o debe tratar) del castigo del delincuente".³⁰

A su vez la penología la ha definido como el estudio de los diversos medios de lucha contra el delito, tanto el de las penas propiamente dichas, como el de las medidas de seguridad.³¹

Rodríguez Manzanera, nos dice que la Penología es el estudio de la reacción social contra personas o conductas que son

³⁰ Citado por Del Font, Luis Marco; Penología y Sistemas Carcelarios. Editorial De Palma, B. A., Arg., 1983, Tomo I, p. 131.

³¹ Idem. p. 2.

captadas por la colectividad (o por una parte de ella) como dañinas, peligrosas o antisociales.³²

Para otros autores, la consideran definir como "la disciplina autónoma, integrante de la enciclopedia de las ciencias penales, que estudia los medios directos de represión y prevención del delito (penas y medidas de seguridad) y, primordialmente, sus métodos de ejecución.

Si observamos el antiguo derecho de punir, podemos decir que aquí nace el concepto moderno de castigar, que está en manos del Estado. Ya que la penología se encarga del estudio de las penas, la palabra pena deriva del latín *poena*, que denota el dolor físico y moral que se impone al transgresor de una ley; por lo tanto, la pena no es sino la sanción característica de aquella transgresión llamada delito.

La penología debe analizar la eficacia de las penas, que sean adecuadas e idóneas; conocer el enfoque real de la reacción al crimen.

Por lo tanto, en resumen, podemos decir que la penología es el estudio minucioso de las consecuencias, fines, aplicación, resultado y reacción de las penas (reacciones jurídicas, sociales, religiosas, morales etc.).

³² Rodríguez Manzanera, Luis; *Criminología*, Editorial Ferrás, México, 1986, p. 74.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, en sus artículos del 24 al 50, establece los siguientes tipos de penas y medidas de seguridad:

- a) Prisión.
- b) Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- c) Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- d) Confinamiento.
- e) Prohibición de ir a lugar determinado.
- f) Sanción pecuniaria.
- g) Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- h) Amonestación.
- i) Apercibimiento.
- j) Caución de no ofender.
- k) Suspensión o privación de derechos.
- l) Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- m) Publicación especial de sentencia.
- n) Vigilancia de la autoridad.
- o) Suspensión o disolución de sociedades.

p) Medidas tutelares para menores.

q) Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Para los efectos de este trabajo, basta definir a la prisión, como lo hace el artículo 24 del Código Penal citado. De acuerdo con dicho precepto, consiste en la privación de la libertad; no puede ser menor de tres días ni mayor de 50 años, y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales.

Cabe precisar que, tratándose de los que tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico, bajo la supervisión de aquella, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido.

En ningún caso la medida de tratamiento excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

III.1.1. El por qué de las penas. Un hecho innegable que en toda agrupación social existe, es el conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de los órganos colectivos, como las relaciones de los miembros del agregado social y las de éstos con los órganos colectivos. Por su naturaleza los seres humanos son constantes transgresores del orden jurídico establecido, y por ello junto al derecho constitutivo, figura el sancionador o derecho penal, por ello y porque la importancia del bien jurídico lo reclama, el Estado se ve en la necesidad de acudir a formas coactivas más enérgicas, y la pena se impone.

El origen histórico de la pena emana de la venganza privada, cuyo objeto era el resarcimiento del alma y la divinidad, con respecto al ofendido; después al constituirse el Estado, la venganza ya no es en contra del particular, sino contra la sociedad, y es aquí cuando nace el concepto moderno de castigar, que está en manos del Estado. Se quiere, asimismo que la pena no consista en un dolor corporal causado por azotes u otros medios de tormenta y muerte; se quiere terminar de esta forma con los inhumanos y repulsivos métodos represivos de la antigüedad.

La sociedad tiene el derecho de reprimir ciertos actos que dañan o pueden dañar su existencia, apareciendo así la pena como una función necesaria de defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público.

Para la mayoría de los autores, ya sean penalistas o penólogos, la pena es esencialmente un mal, porque significa la privación a la persona, que infringe una ley, de algo de lo cual goza; este mal es impuesto por el Estado y consiste en la pérdida de bienes jurídicos, (siendo un tratamiento del Estado para el reestablecimiento social).

La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal.³³

Actualmente en nuestro Código Penal Federal, a los actos u omisiones que sancionan las leyes penales, se les conoce como delitos; siendo la pena una consecuencia de dicha infracción.

Se considera a la retribución como un mal positivo, conminado al reo, por la comisión de un delito, dentro de las formas legales, para reintegrar el orden jurídico injuriado. La pena tiene como fin la prevención y represión de los delitos, así como la reeducación del delincuente para que exista su verdadera enmienda. (una prevención sobre la represión).

³³ Cuello Calón, Eugenio. *La Moderna Penología, Represión del Delito y Tratamiento...* Editorial Bosch, Barcelona 1958. T. I, p. 16.

Se castiga para que no se delinca más, previniendo futuros actos ilícitos, establecido por la ley en su clase y cuantía, dentro de los límites fijados por la misma, para el mantenimiento del orden jurídico, la protección de la ordenada vida social y realización de la justicia. La pena debe recaer sobre la persona culpable, de modo que nadie sea castigado por el hecho de otro.

El fin de la pena no es la expiación de sentido moral, ni tampoco una expiación jurídica, pues no es devolver mal por mal, ni se castiga porque se ha delinquido, sino para que no se cometan más delitos.³⁴

José M. Rico, por otro lado, nos dice que la amenaza de un castigo es un medio eficaz para intimidar a posibles infractores o para evitar que los que ya cometieron un delito vuelvan a hacerlo.³⁵

Así como en la intimidación, existen límites de la pena, tomando en cuenta qué cantidad de castigo puede considerarse a un delincuente en determinado acto, a diferencia de otro acto delictivo, que ambos sean justos y equitativos; tampoco deben

³⁴ Marco Del Pont, Luis, *Penología y Sistemas Carcelarios*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1974, Tomo I, p. 3-4

³⁵ M. Rico, José, *Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea*, Siglo XXI Editores, México, 1971, p. 13.

aceptarse sanciones consideradas desproporcionadas al acto cometido o al peligro que de él resulte; he aquí la justificación y eficacia del castigo, según las sociedades, los individuos que las forman, los tipos de conducta sobre los que se pretende ejercer la intimidación, la forma de transmitir la amenaza en su aplicabilidad y credibilidad, así como en la pena y sus consecuencias.

La pena debe ser eficaz, adecuada, completa e idónea teniendo en cuenta un mínimo y un máximo; que dentro de esta amplitud o escala quedará a criterio del juzgador, determinar la pena justa, atendiendo a las consideraciones exteriores y personales del sujeto, conforme lo establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal vigente.

Por otro lado podemos decir que dentro de la ciencia criminalológica existen ramas auxiliares, como son la penología, que se encarga de estudiar los medios más adecuados contra la lucha del delito, tanto el de las penas propiamente dichas, como el de las medidas de seguridad y métodos de ejecución. Siendo que la pena castiga o reprime los delitos, las medidas de seguridad los previenen, y su ejecución implica la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles.

III.1.2. Etiología de la conducta típica penal. La conducta viene

a ser para nosotros un acontecimiento natural-real en el mundo de la experiencia, y por consecuencia el elemento primordial y esencial para el resultado de un hecho típico penal, del sistema normativo jurídico-penal. Las conductas deben ajustarse a los verdaderos acontecimientos de la vida, que sean tomados en cuenta para nuestro derecho penal.

La conducta tiene una voluntad, que al exteriorizarla se convierte en una conducta lícita o no, voluntad que es considerada como un acto psíquico y subjetivo, por lo tanto podemos decir que es una conducta dirigida a un fin, a una meta determinada, independientemente del origen y circunstancias internas y externas del actor, ya que el que actúa debe querer siempre algo, y el que omite, no quiere algo.

La conducta no sólo puede ser un movimiento corporal externo con su resultado ulterior, como suceso objetivo producido mediante el acto de voluntad.

Como ya hemos dicho, el hombre es un constante transgresor del orden jurídico establecido, y a través de una larga experiencia histórica, el derecho ha llegado a valorar las diversas conductas humanas que son el punto de partida universal de la observación jurídico-penal, de acuerdo al tiempo y circunstancias, más no las crea, únicamente la describe o individualiza. Se trata de describir una conducta tal, mediante los tipos de ésta, la conducta en sí es lo particular y concreto,

la tipicidad una de las características que la hacen delictiva, esto no afecta en nada su ser de conducta humana. La ley de acuerdo a las costumbres prohíbe determinadas conductas, que van en contra del orden de vida social.

Tradicionalmente han sido buscadas las causas del proceder criminal, mediante diversas disciplinas que, a veces cada una en su campo, pero también de manera conjunta, constituyen todo un ramo diverso consistente en la etiología de la conducta delictuosa.

Así, la criminología, antropología criminal, psicología criminal, sociología, etcétera, son ciencias penales, directamente relacionadas con el estudio de las causas que determinan la conducta delictuosa.

III.1.2.1. Antropología Criminal. Los estudios de César Lombroso, dieron inicialmente partida a la concepción naturalista del delito, la cual sostiene la existencia del delincuente nato, cuya imagen de sí mismo y falta de sensibilidad para los que le rodean, aunado a una base caracterológica de atavismo y epilepsia, dan como resultado la persistencia en acciones anormales. Al delincuente nato, según Lombroso, lo crea la sociedad, pero la sociedad le suministra las condiciones necesarias para cometer delitos.

III.1.2.2. Psicología Criminal. Desde el punto de vista de la psicología criminal, hay quienes sostienen que el crimen es un producto de la interacción de las tendencias delictivas de la persona, de su resistencia psíquica y de la situación particular en que se encuentra... El delito se presenta entonces, como un problema de personalidad, situación y tiempo, así como de geografía. ³⁶

En la etiología del crimen juegan un papel importante los complejos. El de Edipo, se considera decisivo por los psicólogos ortodoxos. No debe desdarse tampoco el complejo de castración. Pero es en el sentimiento de culpabilidad, que acarrea el deseo del castigo, donde los freudianos hallan la raíz del crimen. El sentimiento de culpabilidad, que también viene a través de la filogénesis, existe por el escondido remordimiento de haber dado muerte al padre (en la orda paterna) y por haber deseado a la madre. Parricidio e Incesto son los crímenes más antiguos de la humanidad. De la interpretación que los psicoanalistas han hecho y expuesto de los autores de delitos, ha surgido una propuesta de variados extremos sobre el tratado de los delincuentes, y sobre todo del "neuróticamente condicionado", por métodos psicoanalíticos, que se abona con la correspondiente

³⁶ Jiménez de Asúa, Luis; Op. Cit. p. 142

casuística.³⁷

III.1.2.3. Sociología Criminal. La palabra sociología criminal la usó Ferri desde 1892, en su libro "*Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*". No obstante tiene mayor relevancia en su desarrollo la llamada Escuela de Lyon, para explicar el delito y la función causal de los distintos factores que lo ocasionan. Afirma esta escuela que lo mismo que una enfermedad infecciosa necesita el microbio y el medio propicio, así la delincuencia precisa, no sólo la propensión personal, sino también el estímulo exterior. Gabriel Tarde, más exitosamente consideraba que los estigmas del delincuente que profesó el delito no son otra cosa que el hábito, lo mismo que adquieren un tipo propio el militar o el sacerdote por oficio. El medio predomina pues, sobre lo endógeno.

Otra escuela sociológica, la francesa de Franz von Liszt, dio importancia a los factores sociales, especialmente económicos, pues afirmaba que: la observación nos enseña que cada delito particular resulta de la cooperación de dos grupos de condiciones: de una parte de la naturaleza individual del delin

³⁷ Jiménez de Asúa. Luis. Op. Cit. 144

cuenta, de otra parte, de las condiciones exteriores, físicas y sociales, sobre todo económicas, que le rodean.

III.1.3. Los factores reales de poder. El reclamo social para la protección específica de un bien jurídico por el Estado, en cierto momento histórico, suele ser determinada por sectores cuya presencia en la sociedad los traduce en verdaderos factores reales de poder.

Como ya se ha dicho, el Estado debe ser el resumen de la voluntad popular y por ello debe responder a las solicitudes de sus principales sectores, si es que pretende mantener su autoridad política y moral. La iglesia, los partidos políticos, las grandes agrupaciones populares, de campesinos, trabajadores, de empresarios, la clase estudiantil toda, las asociaciones más representativas de padres de familia, etc., son algunos ejemplos de los señalados sectores cuya manifestación tiene fuerza de opinión y puede determinar la actitud del Estado.

La suma de los factores reales de poder, no es otra cosa que la Constitución real de un Estado y la coincidencia entre ellos y los principios que sustentan el documento constitucional, aunado al estado de derecho, justifican toda actividad estatal, jurídica y políticamente. Así lo ha sostenido Ferdinand Lassalle cuando afirma que los factores reales de poder que existen en cada sociedad son esa fuerza activa y efectiva que condiciona a

todas las leyes y disposiciones jurídicas de esta sociedad.³⁸

En síntesis, resulta evidente que el temperamento de la acción estatal, muchas veces reflejado en ciertas disposiciones legales, depende de la presión que ejercen sectores internos de la sociedad, que reclaman la protección de bienes o valores que estiman deben ser preservados a toda costa, dadas las circunstancias, costumbres, tradiciones, etc., adoptados por esa sociedad.

III.1.4. El bien jurídico tutelado. El bien jurídico es el objeto de protección de las normas de derecho. En una teoría positiva -en el sentido de no tomar en cuenta el derecho natural el bien jurídico es arbitrariamente fijado por el legislador de acuerdo a su propio criterio. En la teoría kelseniana determinar el bien jurídico es labor del legislador, más no del científico del derecho.

El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuáles son los objetos a proteger. Puede determinar que sean: la vida, la libertad, la seguridad, la

³⁸ Ferdinand Lassalle. ¿Qué es una Constitución. Editorial Hispánicas, México, 1987. p. 37.

honra, la propiedad, etc. La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que puede ser civil o penal. Así, el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra (la vida, la libertad, la seguridad, etc.) le será aplicada una sanción que consiste en irrogar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.).

El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuáles tienen más valor que otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación. Doctrinalmente esta jerarquización es utilizada en algunas figuras jurídicas, especialmente en el derecho penal.

La Constitución mexicana consigna bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos. Así, el artículo 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia Constitución prescribe. El artículo 16 también consigna bienes jurídicos que hay que proteger. En realidad, se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el Código Penal protege un bien jurídico.³⁹

³⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. S.A. México 1992. p. 338.

La primera condición que se requiere para que una conducta humana sea valorada de antijurídica, es la de que lesione o ponga en peligro un interés tutelado por el derecho, esto es, un bien jurídico.

Sin lesión o peligro de lesión para un interés de la vida humana, individual o colectivo, jurídicamente tutelado, falta la primera condición requerida para la integración de la esencia propia de lo antijurídico; pues si lo antijurídico es lo que contradice el derecho y este ontológicamente tiene por objeto proteger y regular los intereses de la vida humana, la conducta que no lesiona ni pone en peligro un bien jurídico no puede ser valorada como ilícita.

Lesionan sustancialmente intereses jurídicos, las conductas que destruyen o disminuyen sus esencias, esto es, que extinguen o en forma perjudicial alteran el estado o situación natural o material en que se hayaban las personas o las cosas antes de la conducta. Lesionan potencialmente los bienes e intereses jurídicos las conductas que las ponen en peligro por llevar en sí la probabilidad de destruirlas o dañarlas. El peligro implica también una alteración desfavorable de la situación en que se hayan las personas y las cosas, que no por ser pasajera o momentánea deja de ser trascendente en la vida de relación.

Señala Carnelutti, que "la ley castiga ciertos actos no

tanto por el daño que producen, cuanto por el que pueden producir... : se trata, en sustancia, de una *defensa avanzada contra el daño*; diríamos que la ley no espera a que el daño se verifique para castigar al que obra para producirlo".

En la idea de bien o interés tutelado esta siempre latente la imagen del ser individual o del ente social, a quién la conducta típica directamente afecta. Las figuras típicas tutelan penalmente bienes o intereses jurídicos de los individuos, de los entes sociales, del Estado, de la comunidad internacional y del género humano. El titular de ese interés o bien jurídico es el sujeto pasivo del delito.

Los bienes o intereses tutelados pueden pertenecer a una persona física, a un organismo colectivo con personalidad jurídica conforme al Derecho público o a un ente colectivo desprovisto de personalidad jurídica. No obstante de que se ha puesto en tela de juicio si los entes colectivos pueden ser titulares de bienes e intereses y, por ende sujetos pasivos de delitos, resulta incontrovertible que la comunidad social que constituye el pueblo de una nación, aunque desprovista como tal de personalidad jurídica y de capacidad para ejercitar derechos subjetivos, es portadora o titular de intereses y bienes jurídicos que cubren necesidades y fines comunes; intereses y bienes jurídicos que son lesionados o puestos en peligro por determinados delitos. Esto acontece, por ejemplo, en los delitos

contra la seguridad pública (título IV), contra la salud (título VII), contra la moral pública (título VIII), contra la economía pública (título XIV), etc. Finalmente la comunidad internacional, o mejor dicho el género humano, es también portador de bienes e intereses jurídicos, a pesar de carecer de personalidad jurídica y de no poder invocar formalmente derechos subjetivos.⁴⁰

III.1.5. La capacidad readaptadora del Estado. Adaptar es acomodar, ajustar una cosa a otra; dicho de personas significa acomodarse, avenirse a circunstancias, condiciones, etc.

Readaptarse socialmente, significa volver a hacer apto para vivir en sociedad, al sujeto que se desadaptó y que por esta razón violó la ley penal.

Es, pues, la acción y efecto de volver a adaptar a su vez derivada de las raíces ad aptare, significa la acción de acomodar o ajustar una cosa a otra o realizar las acciones necesarias para que una determinada situación sea acorde con la regularidad de casos de la misma naturaleza. Por readaptación social, luego entonces, debe entenderse la acción y el efecto tendientes a

⁴⁰ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., México 1965, 5ª EDICION, Tomo I, p. 227 y sigtes.

lograr que un individuo vuelva a ser una persona bien adaptada o adecuada al grupo social al cual habrá de ser reintegrado físicamente.

La reacción social jurídicamente organizada en forma penal, persigue, según los autores clásicos, tres finalidades: prevención general, prevención especial y retribución. Esta última es cada vez menos tomada en cuenta, salvo como un límite de punición.

La prevención especial va dirigida al individuo que violó la ley, y tiene lugar, básicamente, en la fase ejecutiva del drama penal. Su objetivo es, en principio, que el delincuente no reincida; sin embargo, este puro enfoque podría justificar la pena de muerte, o alguna otra sanción bárbara, por lo que se ha considerado que hay "algo más", y esto es la readaptación social.

En este orden de ideas, las penas que no hagan factible la readaptación social deben desaparecer del catálogo legal.

La readaptación social implica entonces hacer al sujeto apto para lograr vivir en sociedad sin entrar en conflicto con ella. La readaptación se intenta por medio de la capacitación laboral y cultural del individuo, instrumentándolo para su normal desarrollo. Además, se ponen en acción todos los recursos terapéuticos, interpretando a la persona como una entidad

biosicosocial.⁴¹

Son cuatro, en definitiva, los fines posibles de la pena: retribuir mal con mal, razón moral y jurídica, sustrato del talión, el más lógico, a la verdad de los sistemas de castigo; expiar la culpa, en una suerte de purificación o rescate, enlazada a motivos éticos y religiosos, que refuerzan, obviamente, el carácter doloroso de la reacción jurídica frente al delito: poner ejemplo a malhechores futuros y probables o, más todavía, posibles, de donde resulta un ejemplo universal, pues todos lo somos, y una forma más o menos eficiente de prevención: la prevención general; y corregir al delincuente, es decir, modificarlo hasta transformarlo, alterarlo. Es ésta, con la corriente expiacionista, una modalidad química de la sanción, porque modifica al sancionado; los restantes criterios prefieren, en cambio, actuar física, mecánicamente, sin procurar la reforma del penado.

A la política criminal deben interesar todos los propósitos, mas en muy diversa medida. Ante todo le importa el ejemplar, y menos justo, por cierto, dado que no hay justicia en castigar para intimidar a los demás, porque su éxito supondría la

⁴¹ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. editorial Porrúa. S.A. Tomo IV. p. 2663

terminación de la delincuencia. Mas la ejemplaridad dista mucho de ser consecuencia cierta de la imposición de penas; mucho menos lo es de la severidad de éstas. El trído y llevado caso de la pena de muerte basta a avalar estas afirmaciones.

En segundo término, principalísimo también, importa la prevención especial, la corrección, que es la idea hoy en boga. Se trate, en fin de cuentas, de una razón preventiva: modificar para impedir la reincidencia. Pero a esta razón negativa se asocia la positiva: modificar para promover la construcción social, al través de un nuevo participante idóneo, de donde resulta que la pena es, a un tiempo, disuasión (por supresión o neutralización de los factores del delito) y recreación (por dotación de instrumentos para la vida social, en amplio sentido).

La política criminal no podría perder de vista la purificación, y ni siquiera ignorar la eficacia que el expansionismo, solamente ético o también religioso, tiene para la convivencia social. Esto, porque, como hemos dicho, hay un propósito químico, transformador en la sanción. Quizá la teoría de la purificación por el castigo sirva, en alguno de sus momentos (no así cuando olvida la acción profunda y se contrae en una especie de purificación formal, pues entonces se mecaniza), a los mismo fines que la prevención especial. Si el procedimiento

y el propósito difieren, los resultados pueden ser idénticos.⁴² El régimen penitenciario actual es el tratamiento progresivo técnico. La idea de tratamiento obsesiona todos los actos, todas las estructuras del sistema. Del régimen anterior ha tomado la idea de progresión, porque no podría alcanzarse de un solo golpe el propósito del internamiento.⁴³

Que esté en crisis la prisión no tiene mayor importancia, si se piensa en la cantidad de instituciones humanas que sufren análogo fenómeno. Pero ocurre que esta crisis de la prisión no se debe a la acción de factores externos, sino a su propia organización y a sus métodos tradicionales. Es, por lo tanto, una crisis específica. La prisión, pena relativamente reciente en el sentido estricto, se ha contaminado en todos los defectos de las penas del pasado y no ha acogido una sola de las ventajas que pudiera ofrecerle el progreso de los estudios penales, como una verdadera penal del futuro; es decir, ha ahondado cuanto lograra deshumanizarla y ha desdeñado cualquier corriente humanista que tratara de vigorizarla y de ennoblecerla.

Efectivamente, la crisis de la prisión es tan notable, que en todos lados se intentan medios para cambiar su imagen; así,

⁴² García Ramírez, Sergio. *La Prisión*. Fondo de Cultura Económica México 1975. p. 57

⁴³ García Ramírez, Sergio. *ob. cit.* 60

se incluyen salidas transitorias para trabajar y estudiar, franquicias o salidas especiales, centros de tratamiento comunitario, hogares de transición (*Halfway house*), tratamiento especial y separado para drogadictos, tratamiento diferencial, manejo de casos, programas de pre-libertad, etc.

A pesar de todo, el Derecho Penal está enfermo de pena de prisión, así, "la prisión constituye hoy en día el núcleo de los sistemas penales del mundo, constituye el criterio sancionador del hombre corriente, ocupa el centro de todos los sistemas actuales de Derecho Penal. Sin embargo, sus orígenes fueron provisionales, su funcionamiento es insatisfactorio y su futuro poco prometedor.

El notorio abuso de la penal de prisión ha causado un franco deterioro en todo el sistema penal, las esperanzas que alguna vez se depositaron en ella se han desvanecido, y estamos con Carrancá y Rivas en que "la prisión no es desde luego, expiativa y redentora en el grado extremo en que la han imaginado sus apasionados defensores. Incluso las mejores cárceles puede decirse que son criminógenas, que corrompen en un índice alarmante y preparan a la reincidencia".

La prisión, cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora, con régimen de silencio disocia y embrutece, con trabajos forzados aniquila físicamente, y sin trabajo destroza moralmente.

En casi todas sus formas es altamente neurotizante, disuelve el núcleo familiar y lo daña seriamente, convirtiéndose en una pena altamente trascendente, pues lleva un agudo sufrimiento a aquellos que quieren al recluso.

Es además una pena cara y antieconómica; cara en cuanto la inversión de instalaciones, mantenimiento, manutención y personal; antieconómica porque el sujeto deja de ser productivo y deja en el abandono material a la familia.

Tan sólo para un delito (homicidio), Quiroz Cuarón ha calculado un costo para 1965, de 68 millones de pesos (5.440,00 US-Dls.), exclusivamente en lo referente a rehabilitación penitenciaria; actualmente puede ser más del doble.

Otros efectos indeseables de la prisión son la prisionalización y la estigmatización. Por prisionalización se entiende una adaptación a la prisión, al adoptar las costumbres, el lenguaje, en una palabra, la subcultura carcelaria, efectivamente algunos investigadores descubrieron que existe una curva de variación de la conformidad a la vida institucional, que partiendo de un alto grado de ella, volvía al mismo punto poco antes de la liberación, pasando por un notable descenso en la fase intermedia.

La prisionalización se inicia desde el momento en que la persona ingresa a la cárcel, y se va desarrollando, cambiando al sujeto su concepto temporo-espacial, sometiéndolo a una continua

situación de stress, obligándolo a adaptarse con rapidez a la prisión, y llegando a serios deterioros mentales.

El ser expresidiario, o ex convicto, es equivalente a estar "etiquetado" socialmente, lo que dificultará al sujeto su correcta adaptación al medio en libertad, corriendo el peligro de desviar su conducta de acuerdo a la etiqueta que se le ha impuesto.

Capítulo aparte merece el tema de la violencia en las prisiones que se ha convertido en uno de los problemas más lacerantes en materia penitenciaria.

Es ya común designar a las prisiones como "universidades del crimen", ya que es patente el contagio criminal por el contacto permanente con otros delincuentes que son habituales, profesionales o de elevada peligrosidad. En esta forma, el que no era delincuente se convierte en tal, y el que lo era se perfecciona. La prisión es el lugar ideal de agrupación de delincuentes, grandes asociaciones criminales han nacido en la cárcel.

Además, cabe recordar que la prisión y la sociedad son entidades diferentes y aún contradictorias, ya Radbruch ha señalado la paradoja de que "para hacer sociales a los antisociales se les debe disociar de la comunidad cívica y asociarlos con otros antisociales".

Se puede llegar a la conclusión de que las sentencias de

cárcel apenas consiguen su objetivo a última instancia, ha saber, la rehabilitación social, y de que, por lo general, pueden agravar aún más el problema de la delincuencia. Por lo tanto, constituyen una respuesta social y jurídica inadecuada, no funcional y extraordinariamente costosa al problema de la delincuencia. Además el argumento según el cual la reclusión "protege a la población" de los delincuentes parece ignorar el carácter momentáneo de esta protección y el mayor peligro social que suponen los reclusos liberados. En definitiva se trata de la ilusión de que recluyendo a una parte de la población, se garantiza la seguridad pública, cuando los hechos demuestran que, la inmensa mayoría de los delincuentes reales, y especialmente los potenciales, permanece en la sociedad.⁴⁴

III. 2. Constitucionalidad.

III.2.1. Generalidades sobre la normatividad constitucional en materia penal. Es evidente la elevada jerarquía del Derecho constitucional; en éste están salvaguardados derechos referentes a la vida, a la libertad, la seguridad y la propiedad del individuo, entre otros.

⁴⁴ Rodríguez Manzanera: *La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión*. Ed. del INACIPE. Cano. 13. México 1984. p. 11.

Para el estudio de las penas, son fundamentalmente los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de nuestra Carta Magna, ya que proconizan las garantías en materia penal; sin que deba desconocerse la existencia de otros preceptos, como el 102 de la propia Constitución, que organiza al Ministerio Público como órgano persecutor de los delitos.

El artículo 14 contiene garantías relativas a seguridad jurídica que, por un lado, dispone la exacta aplicación de la Ley Penal y por otro, impide la aplicación retroactiva de las normas de esta índole, en perjuicio de los individuos. Está íntimamente vinculado con el artículo 16 que establece la garantía genérica de audiencia y, en especie, el previo juicio, la fundamentación y motivación, antes de ser molestado en la persona, familia, domicilio, papeles, propiedad o posesiones; y, sobre todo en la libertad, ya que para ser privado de ella es preciso un mandamiento escrito de autoridad judicial competente, salvo flagrancia, en las condiciones que el propio artículo 16 previene.

El sistema penal mexicano, que erradica la venganza privada, se halla contenida en el artículo 17 de la Constitución Política, en tanto establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Al efecto, toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para

impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Por su parte, el artículo 19, que guarda estrecha relación con los numerales 14 y 16, prohíbe detenciones mayores a tres días, si no se justifican con auto de formal prisión que especifique el delito que se imputa al acusado, los elementos que lo constituyen, lugar tiempo y circunstancias de ejecución del hecho, según lo establezca la averiguación previa. Además, que todo proceso deberá seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en dicho auto de formal prisión; amén de que tratándose de la aprehensión y prisión preventiva, toda molestia inferida sin motivo legal; toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que deberán ser corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Asimismo, el artículo 20 es el que más amplio compendia los derechos de los procesados sujetos a un juicio criminal: destaca, p. ej., la prohibición de ser compelido a declarar en su contra y, por ende, toda incomunicación u otro medio que tienda a ese objeto; ser juzgado en audiencia pública; ser liberado provisionalmente, mediante caución, bajo las condiciones previstas en el numeral en comento.

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la

autoridad judicial (art. 21 constitucional). La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público; las sanciones por infracción a disposiciones gubernativas y de policía sólo pueden consistir en multa y arresto hasta por treinta y seis horas.

Por último, el artículo 23 constitucional completa la garantía genérica de seguridad jurídica, propalada por los numerales 14 y 16, al establecer que ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias; que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene; prohíbe la práctica de absolver de la instancia, es decir, de que los tribunales o demás órganos de decisión en un procedimiento, omitan resolver en congruencia con lo solicitado.

No es ocioso mencionar lo dispuesto por el artículo 73, fracción XVI, constitucional, que establece la facultad del Congreso para dictar leyes sobre la salubridad general de la República. Tales leyes, son, por tanto, de carácter federal, y su aplicación está a cargo de las autoridades de este fuero. Los delitos tipificados serán también, por tanto, de la competencia de la justicia federal.

III.2.2. El artículo 22 constitucional. El artículo 22 de la Constitución de 1917 figura, al igual que los demás preceptos que

otorgan a la persona humana derechos frente al poder público, en el Capítulo I, Título Primero, dedicado a lo que la propia Constitución denomina "Garantías Individuales".

Se refiere el artículo a la más relevante y típica consecuencia jurídica del delito: la pena.

En su primer párrafo esta norma constitucional, reconociendo un ser humano tanto en el delincuente sentenciado como en el individuo sujeto a proceso, prohíbe las inútiles, bárbaras e inhumanas sanciones que en la antigüedad fueron comúnmente aplicadas: la mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas ya en desuso por el derecho penal moderno (inusitadas), o que afecten a personas diversas del sentenciado (trascendentales). También proscribire el tormento de cualquier clase, al que durante siglos se recurrió como medio prutal para obtener la confesión del acusado.

El segundo párrafo, complementando el anterior que prohíbe la pena consistente en adjudicar al fisco los bienes de una persona sin que medie indemnización, establece que no se entenderá como tal la aplicación de bienes hecha por la autoridad judicial para el pago de impuestos o multas o para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito. En esta forma se dejan a salvo los derechos del ofendido para obtener la reparación del daño y los de quienes puedan reclamar

la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, y se evita que el contribuyente moroso arguya que el cobro coactivo de sus obligaciones fiscales constituye confiscación.

Finalmente, el artículo 22 limita la aplicación de la pena de muerte: la proscribire cuando se trata de delitos políticos y permite su imposición sólo en los casos que el propio precepto enumera.

El artículo 22 se encuentra estrechamente vinculado con los artículos 14, tercer párrafo; 18, 19, tercer párrafo; 20, fracción II; y 21, que también otorgan derechos al inculcado y al delincuente. Además, se halla relacionado con el artículo 31, fracción IV, que obliga a los mexicanos a contribuir para los gastos públicos.

III.2.3. Nociones de constitucionalidad, inconstitucionalidad y anticonstitucionalidad. Es preciso distinguir las diferencias entre cada uno de estos términos

Para comprender los términos constitucionalidad, y su contrario la anticonstitucionalidad habrá que partir del conocimiento del primado de la Norma Suprema sobre las demás leyes que de ella se derivan.

Del primero deberá entenderse ante todo el precepto al que se le hace referencia. Pero además, el jurista, intérprete o ejecutor del derecho puede captar la idealidad que anima el

denominado espíritu de una Constitución.

La inconstitucionalidad está en consonancia con esta última aseveración. Se trata de algo quizá no concreto pero que está ahí, en la captación de los rasgos peculiares e idiosioncráticos del pueblo de un Estado.

Mientras que la anticonstitucionalidad ha de estar referida a un precepto concreto y determinado. Así, las leyes ordinarias u orgánicas no pueden, desde el punto de vista formal, ser anticonstitucionales; es más, ni siquiera inconstitucionales; es decir, no pueden ser contrarias ni a precepto ni a la voluntad del legislador (pueblo). No han de contradecir a los lineamientos concretos, específicos y, en su caso, al significado del contenido constitucional.

Consideramos que quien o quienes van a declarar la constitucionalidad de un precepto van a ser distintos instrumentos de defensa.

Puede resultar que el apego a la Constitución implique, en su caso concreto, el señalamiento de algo caduco. Sin embargo, mientras el precepto esté vigente habrá que respetarlo, aun cuando deba promoverse su modificación posterior por la vía conducente. Máxime, si el punto controvertido, o impugnado, implica un valor jerárquicamente superior, aunque normalmente la axiología jurídica recogida en la norma ha de coincidir con el valor bien común expresado en el precepto ético.

Si bien en el principio de las relaciones humanas fueron el rechazo y la oposición, dos grandes móviles políticos, surgió el precepto constitucional de la unión para dirimir el problema.

En México es el poder judicial federal el encargado de resolver sobre la constitucionalidad de una ley mediante el juicio de amparo. Así, existe un denominado recurso de inconstitucionalidad que viene a abordar en México el formal equívoco entre el amparo como recurso propiamente dicho (habeas corpus) de los artículos 14 y 16 constitucionales y el juicio directo contra leyes (afectabilidad de una ley a un caso concreto promovida por parte afectada y que en su día puede llegar a crear jurisprudencias) que corresponde al de los artículos 103 y 107 (cuya ley orgánica es la del Amparo, procedimiento pesado que podría agilizarse con la creación de un Tribunal Constitucional(43).

Dicho tribunal, y otros controles operativos, requieren de un poder judicial independiente con sus escalafones administrativos específicos, incompatibles con el sistema constitucional presidencial de plena potestad legal dados los artículos 71 fracción I (de la iniciativa de ley del ejecutivo) y 72, incisos c), d) y e) (del veto presidencial).

III.2.4. Constitución y legalidad. De la Constitución se derivan la legalidad, constitucionalidad, o ilegalidad e

inconstitucionalidad, de las leyes ordinarias. Máxime si se trata de constituciones rígidas, en sus diversas modalidades, cuyo apego debe evitar la contradicción de un pretendido poder constituyente permanente, en principio rechazable, y cuyo abuso puede transformarlo en flotador de reformas circunstanciales, de proyección derogable. De aquí el acierto de la concisión y generalidad de los preceptos constitucionales propiciadores de la estabilidad y fijeza constitucional. Deberá recurrirse a las leyes orgánicas para su adaptación a las nuevas necesidades sociales. Cuanto mayor sea la vigencia del articulado constitucional, más fuerte será su validez, y demostrabilidad. Sin embargo, es convincente el poder revisor que se desprende del artículo 135 (Congreso y legislaturas locales).

En México no existen tribunales específicamente constitucionales, ni figuras como el Ombudsman, o el "Defensor del pueblo", etc., necesariamente conoce sobre la constitucionalidad de las leyes la Corte Suprema por juicio directo de amparo. Según la jurisprudencia "la autoridad administrativa no puede examinar la constitucionalidad de una ley.

CAPITULO IV

**DELITOS CONTRA LA SALUD Y ANALISIS DE LOS
ELEMENTOS DEL TIPO PREVISTO POR LA
FRACCION V DEL ARTICULO 197 DEL
CODIGO PENAL FEDERAL**

CAPITULO IV
DELITOS CONTRA LA SALUD Y ANALISIS DE LOS ELEMENTOS
DEL TIPO PREVISTO POR LA FRACCION V DEL
ARTICULO 197 DEL CODIGO PENAL FEDERAL

IV.1. Los delitos contra la salud en el Código Penal Federal.

El Código Penal Federal es la principal norma sustantiva que previene las conductas típicas delictuosas. Sin embargo, este propio Ordenamiento establece en su artículo 6º, que cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero de dicho Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo; y, cuando una materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

La conducta humana lesiva de la salud pública, bien jurídico tutelado a través del castigo de los delitos relativos a la misma, tiene antecedentes muy remotos.

En Japón, por ejemplo, el consumo de opio, resultante de procesar la flor de amapola, se utilizaba comunmente en ritos paganos y estaba limitado a personajes sobresalientes del grupo; posteriormente, se difundió, inclusive en el Medio Oriente y todavía en el siglo XIX, era consumido de manera furtiva por

muchos adictos a esa sustancia.

En diversas culturas el uso de drogas, de alcaloides se sigue utilizando con fines terapéuticos; no obstante, la realidad actual nos obliga a reparar en el hecho de que se hace abuso y el consumo de drogas se ha constituido en factor real de poder económico en diversas naciones e inclusive a nivel internacional; el poder del Estado ha contemplado un fenómeno interno: la existencia de otro poder dentro del mismo, el cual, también en muchas ocasiones ha rebasado al estatal y dejó atrás el combate contra la mafia tradicional de principios de este siglo.

En el Derecho Penal mexicano, el Título Séptimo, denominado "Delitos Contra la Salud" contiene en su Capítulo I "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos" los artículos 194, 195, 196, 197 y 198 del Código Federal Punitivo, que establecen las conductas delictuosas que pueden cometerse en diversas hipótesis, a saber: posesión *-simple* de marihuana, *privilegiada*, y de riesgo extremo-, venta, preparación, acondicionamiento, suministro, tráfico, transportación, cultivo, siembra, exportación, introducción ilegal al país, etc., respecto de los vegetales y sustancias enumerados por el artículo 193 del mismo Código Penal Federal.

La Ley General de Salud, por su parte establece en los artículos 455 a 472, diversas figuras especiales, relativas a

similares conductas, respecto de sustancias inhalantes y algunos vegetales: esto destacadamente de lo previsto por el Código Penal. Además de tales disposiciones, no existen en nuestro sistema jurídico nacional, otros dispositivos legales que tipifiquen conductas delictuosas relacionadas con estupefacientes y psicotrópicos.

IV.1.2. Breve reseña de las reformas al Código Penal Federal. La reforma penal ha abarcado también a la Constitución mexicana, desde 1957, ya que el texto primigenio no es idéntico al vigente de la de 1917. Tales preceptos antes enunciados han sufrido diversas reformas que no es el caso comentar, basta remitirnos al resultado de la investigación realizada por los secretarios de estudio y cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la evolución del articulado constitucional.

El artículo 193, con el que inicia el capítulo de referencia, fue reformado por decreto de 12 de noviembre de 1947, publicado en el "Diario Oficial" de 14 del mismo mes, después por el Artículo Quinto del Decreto de 2 de enero de 1968, publicado en el D. O. de 8 de marzo del mismo año, y después, por el Artículo Cuarto del Decreto de 28 de diciembre de 1974, publicado en el D.O. de 31 del mismo mes, y por último, por el artículo 1 del decreto de 29 de diciembre de 1984, publicado en D.O. de 14 de enero de 1985, en vigor 30 días después, para quedar en los

términos vigentes.

Por otro lado, el artículo 194, contiene reformas por decreto de 12 de noviembre de 1947, 2 de enero de 1968, 28 de diciembre de 1974; además, por el de 28 de noviembre de 1978, publicado el 8 de diciembre del mismo año, en vigor al día siguiente. Y las más recientes, publicadas en el "Diario Oficial" de 28 de diciembre de 1991, en vigor 30 días después.

El artículo 195 fue reformado en las ocasiones en que recayó reforma al artículo 193 y, además, por decreto de 30 de diciembre de 1988, publicado en el D.O. de 3 de enero de 1989, en vigor el día 12 de febrero de 1989. Así como la última reforma, de 1991, que también lo afectó.

Por lo que toca al artículo 196, también le han recaído las reformas ya citadas respecto del artículo 193, mismas que también han afectado a los artículos 197 y 198 cuyo estudio nos ocupa. En lo relativo a la legislación conexas en materia de salubridad pública, cabe señalar que el original Código Sanitario fue publicado en el D.O. del 20 de julio de 1934 y fe de erratas en D.O. de 27 de agosto del mismo año. Este mantuvo su vigencia hasta 1991, en que fue derogado por la actual Ley General de Salud publicada en el D.O. de 14 de junio de 1991, vigente a los 90 días naturales de dicha publicación (ver Art. Primer Transitorio de la Ley).

IV.2. Análisis de los elementos del tipo previsto por la fracción V del artículo 197 del Código Penal Federal, y su aspecto negativo.

Se exponen a continuación algunas notas doctrinarias sobre los elementos considerados por la teoría del delito, agregando a continuación alguna referencia con relación a la hipótesis penal del artículo 197, ya señalada.

IV.2.1. Concepto de delito.

Para iniciar el análisis de los elementos del tipo en los ilícitos que ocupan a este capítulo, conviene definir brevemente al delito.

La mayoría de los estudiosos están de acuerdo en definirlo como la acción u omisión ilícita, típica, culpable y que describe la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal.

De lo anterior se desprende que los elementos del delito, según se han puesto de acuerdo la mayoría de los tratadistas, son los siguientes:

- Conducta,
- Tipicidad,
- Antijuridicidad,
- Imputabilidad,
- Culpabilidad, y
- Punibilidad.

IV.2.2. Conducta y ausencia de conducta. Indientemente de cuáles y cuántos sean los elementos del delito, es indiscutible que cuando la descripción típica sea de una mera conducta o de un hecho, estos son el primer elemento del delito dentro de la prelación lógica con relación a los demás elementos del mismo.

En tanto que los tipos son descripciones abstractas de la conducta, se entiende que ésta es lo particular y concreto y la tipicidad, una de las características que la hacen delictiva.

En efecto, lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana.⁴⁵ La conducta consiste en un hecho materia, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. La conducta consiste, pues, en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa).

Dentro del término conducta quedan comprendidas la acción (hacer) y la omisión (no hacer). La conducta puede asumir, entonces, dos formas diversas: una positiva y una negativa. En el primer caso, tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo, la omisión (llamada igualmente acción negativa).

Ahora bien, el aspecto negativo de éste elemento del delito, es la ausencia de conducta, que impide la formación de

⁴⁵ Carranón y Trujillo y Carranón y Rivas. Derecho Penal Mexicano Ed. Porrúa, México, 1991, p. 242.

las figuras delictivas; una de dichas causas es la llamada vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, ocurrida cuando el sujeto se haya compelido por una fuerza de determinadas características. Otras causas consisten en la vis maior, los movimientos reflejos, el sueño, el imotismo y el sonambulismo, ya que en ellos el sujeto carece de conciencia, e impiden que se integre el delito, siempre que no sea el caso de que el sujeto deliberadamente haya previsto la situaciones que las generan.⁴⁶

Es el caso de la hipótesis prevista por la fracción V del artículo 197 del Código Penal Federal, se contempla la realización de un hecho positivo: la posesión de alguno de los vegetales o sustancias señalados en el artículo 193 del mismo Código Penal.

Poseer, en este sentido, pareciera constituir, para algunos, un concepto distinto del hecho de la posesión civil; no obstante, en ambos casos se requiere del *animus* y del *corpus*, con la precisión, en el caso de la conducta tipificante de delito, que la posesión que detenta el sujeto activo se entiende tal cuando la cosa se encuentra dentro de su radio de acción directa y bajo su control personal (lo que sería equivalente al *corpus*);

⁴⁶ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal. Ed. Porrúa. México, 1971. p. 149 a 152.

y, por otra parte, quedan implícitos un elemento subjetivo del injusto penal, consistente en el conocimiento de que se posee y la voluntad de detentar efectivamente el vegetal o substancia.

Lo anterior tiene importancia relevante para determinar si se configura o no el tipo penal, según se verá a continuación.

IV.2.3. Tipicidad y su aspecto negativo. El tipo constituye un presupuesto general del delito, su contenido puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, o bien, objetivo y subjetivo. De tal manera que el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hechos descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva, obteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos dice que el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena. En diversa ejecutoria ha establecido que el tipo, en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos, es inconcuso que el tipo

penal no llega a configurarse.

El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad. Es indudable que para dar el concepto del aspecto negativo de la tipicidad, es obligado tener en cuenta el concepto de tipo. Por tanto, si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito en la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exiga más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo, pero no a todos los que requiere.

Para precisar exhaustivamente las causas de atipicidad, puede acudirse a la exposición de circunstancias conforme a las cuales es de antemano imposible la realización del tipo del delito, a saber:

- a) Cuando falte el sujeto que la ley exige.
- b) Cuando falte el objeto previsto por la ley.
- c) Cuando falte el medio de ejecución exigido por la ley.
- d) Cuando falte la referencia local o espacial exigida específicamente por la ley.
- e) Cuando falte la referencia temporal especialmente exigida por la ley.
- f) Cuando falte una referencia de otra índole, exigida especialmente por la ley.

Las consecuencias de la atipicidad, acarrearán la no integración del tipo, la traslación y de un tipo a otro, o bien la existencia de un delito imposible.⁴⁷

Más concretamente, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado, cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hechos delictuosos, según lo determina la ley penal. Además como una regla específica para la comprobación de los elementos típicos, el artículo 178 del señalado Código Adjetivo Federal, previene que en el caso de posesión de una droga, sustancia, semilla o planta enervante, siempre que no haya sido posible comprobar el cuerpo del delito en los términos del artículo 168, se tendrá por comprobado con la simple demostración del hecho material de que el inculpado los tenga o haya tenido en su poder sin llenar los requisitos que señalan las leyes y demás disposiciones sanitarias, ya sea guardadas en cualquier lugar o trayéndolas consigo, aun cuando las abandone o las oculte o guarde en otro sitio.

Con base en lo anterior, podemos decir que el delito de posesión de vegetales o sustancias, conforme con lo previsto por

⁴⁷ Forte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Ed. Jurídica Mexicana. México, 1969. pp. 475 a 476.

el artículo 197, fracción V del Código Penal Federal, se configura cuando:

a) Una persona posee vegetales o sustancias señalados en el artículo 193 del mismo Código Penal; y

b) Que tal detentación sea antijurídica, es decir, sin la autorización sanitaria correspondiente.

No pasa inadvertida la naturaleza excluyente de esta norma, respecto de los otros casos de posesión previstos por los artículos 194 a 196 del Código Penal.

El primer elemento de la definición legal, supone la concurrencia del dato subjetivo, anímico, al que se hizo referencia en párrafos anteriores; en tanto que el segundo elemento, requiere que concurra un elemento normativo, consistente en la carencia de autorización legalmente expedida, que pudiera justificar dicha posesión.

La descripción legal tipificante, tiene la desventaja de no introducir más elementos que permitan distinguir con claridad la diferencia entre la posesión allí prevista, con la que tipifica diversos delitos, que merecen penas mucho menores, de acuerdo con el artículos 194 del mismo Código Penal Federal.

IV.2.4. Antijuridicidad y las causas de justificación. En todas las leyes se advierten dos grandes grupos: las físicas y las culturales. Las primeras expresan condiciones del ser, su

cualidad es la permanencia, por lo que el hombre no puede sustraerse a ellas. Las culturales expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan sólo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspiran tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana; son reglas de conducta denominadas "normas", para diferenciarlas de la leyes físicas; su finalidad específica es la comunidad humana y son obligatorias por exigencia de la vida.

Entendemos que la antijuricidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Se la denomina también "ilicitud", palabra que también comprende el ámbito de la ética; "ilegalidad", palabra que tiene una restringida referencia a la ley; "entuerto", palabra puesta en circulación por los tratadistas italianos y que en español constituye un arcaísmo; e "injusto", preferida por los alemanes para significar lo contrario al Derecho, equivalente a lo antijurídico.⁴⁸ Es, en suma, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado.

Entendido el delito como disvalor jurídico, la conducta humana no significa oposición o infracción a la ley positiva, ya que esta ni manda ni prohíbe.

⁴⁸ Sarranés y Trujillo y Sarranés Rivas, op. cit., p. 353.

Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuridicidad, o sea, la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito.

Para ser inculpa la acción ha de ser antijurídica. Normativamente considerado el delito es la conducta antijurídica por cuanto contradice una norma o ley cultural establecida para regular la vida en la comunidad de hombres libres. Sólo es antijurídica la acción que lesiona normas de cultura, reconocidas por el Estado. Este último concepto puede ampliarse más: la lesión o riesgo de un bien jurídico, solo sera materialmente contrario al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regulan la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legítimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana. De aquí la profunda distinción entre lo legítimo y lo legal, así como la justificación en algunos casos de acciones típicamente penales, por ejemplo, la legítima defensa.

En el supuesto de que la conducta típica este en aparente oposición al derecho, puede que, no obstante, no sea antijurídica, por mediar alguna causa de justificación. Las causas de justificación son aquellas condiciones que excluyen la

antijuridicidad de una conducta típica.

No deben ser confundidas las causas de justificación con otras eximentes, pues las que nos ocupan son objetivas, referidas al hecho e impersonales, en tanto que las eximentes de culpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva; las primeras con efectos más generales respecto de todos los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica.

En efecto, como puede advertirse de lo previsto por el artículo 197, fracción V, que nos ocupa, destacadamente contiene como uno de sus elementos típicos la circunstancia de que la posesión de sustancias o vegetales aludida carezca de la autorización legal, expedida por la autoridad sanitaria competente; lo que también constituye un elemento normativo explícito.

IV.2.5. Imputabilidad e inimputabilidad. Imputabilidad significa la capacidad de cometer ciertos hechos punibles. La ley presupone la existencia de esta capacidad en los adultos, pero determina ciertas circunstancias en virtud de las cuales no existe esta capacidad "normal". De ahí se deducen situaciones exactamente delimitadas de la "inimputabilidad". Dado que éstas se relacionan con la total estructura de la personalidad del autor, la teoría de la imputabilidad jurídico-penal se ha convertido, desde hace

tiempo, en la puerta de entrada de la investigación moderna de la personalidad en el derecho penal.

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

En la doctrina penal mexicana y en nuestro sistema penal, se ha denominado a la imputabilidad como una capacidad de entender y de querer, y, en consecuencia, la inimputabilidad es esa carencia de capacidad para querer y entender la "conducta" desarrollada.

Las causas de inimputabilidad más frecuentes, consisten en los estados de inconciencia, miedo grave, sordomudez y el caso de los menores ante el derecho penal, pues en todos ellos se entiende que no existe realmente la capacidad de entender y de querer.⁴⁹

IV.2.6. Culpabilidad e inculpabilidad. Hasta aquí hemos tratado de exponer lo que, inclusive doctrinalmente, se requiere

⁴⁹ Castellanos Tena, op. cit., p. 205 y sigtes.

para que una acción sea contraria al orden jurídico. No obstante, para completar el concepto de delito falta otro aspecto importante. El derecho penal no sanciona porque una conducta típica sea contraria al orden jurídico, sino que requiere que, además, le sea reprochable a su autor.

El hombre es persona y por lo tanto el concepto de la culpabilidad presupone un determinado concepto o idea del hombre, una concepción antropológica que se funda en la responsabilidad que le puede ser atribuida.

La culpabilidad, según Welzel, es la capacidad de imputación y conciencia de lo injusto, es una característica general de todos los delitos.⁵⁰

En el campo penal no existe un criterio acerca de lo que debe entenderse por culpabilidad. En el concepto de culpabilidad se manejan varios otros conceptos que a veces son considerados elementos, límites, componentes, reguladores, sinónimos, etc., siendo los fundamentales la reprochabilidad, la disposición interna contraria a la norma, la posibilidad de realizar otra conducta, la posibilidad de motivarse en la norma, la exigibili -

⁵⁰ Welzel, Hans. Derecho Penal. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 62.

dad y el ámbito de libertad.⁵¹

Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía no realizarlo. De allí que cuando no hay injusto no hay reproche jurídico-penal. La posibilidad exigible que el auto tuvo de actuar conforme a derecho es el fundamento del reproche, su razón de ser.

"Reprochabilidad" no es el "reproche" (juicio de desvalor) mismo, sino el conjunto de características que la ley requiere para reprochar una conducta.

En resumen, dejando a salvo las conclusiones de las distintas doctrinas sobre la culpabilidad, podemos decir de ésta, en el más amplio sentido, que es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. O como lo ha definido Porte Petit: el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto -concepción válida para la culpabilidad a título doloso pero, sin comprender a los delitos culposos o no intencionales-.

En el mismo orden del plan prefijado, corresponde ahora establecer el aspecto negativo de la culpabilidad, consistente precisamente en la inculpabilidad, es decir, ausencia de aquella y que opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la

⁵¹ Favón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Ed. Ferrua, México, 1979, p. 247.

culpabilidad, esto es, *conocimiento y voluntad*.

La doctrina tradicionalmente coincide en señalar, como causas de inculpabilidad, el error y la ignorancia, el error accidental, la obediencia jerárquica, las eximentes putativas, la legítima defensa putativa, unilateral, recíproca o real contra la putativa, estado de necesidad putativo, la no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado, encubrimiento de parientes y allegados, y, el estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.

No obstante, pareciera que el legislador ha decidido estrechar al máximo toda eximente de culpabilidad, cuando se trata del delito contra la salud, aludido en el artículo 197, fracción V, del Código Penal Federal; esto, justificado en parte por la naturaleza de la conducta, constitutiva de un delito de peligro y no de resultado, no se justifica, sin embargo, en cuanto a la tendencia clara de encausar y castigar con especial rigor a los acusados por este tipo de delitos.

El delito es de peligro, toda vez que pone en riesgo a la salud pública, bien jurídico tutelado por la norma; la culpabilidad se actualiza entonces con la intención (mecanismo psicológico del sujeto) y la posesión ilícita efectiva (resultado), que una vez actualizada se traduce en el peligro reprochable.

IV.2.7. Punibilidad y excusas absolutorias. La punibilidad es: 1) Merecimiento de penas; 2) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y 3) Aplicación efectiva de las penas señaladas en la ley.

En materia penal el Estado reacciona mucho más enérgicamente que tratándose de infracciones civiles o de otro tipo; es más drástico al advertir que ante la ejecución de determinados comportamientos, se aplicarán ciertas penas.

Puesto que la pena se impone por razón del delito, y como la causa de imputar el delito es política, del mismo modo debe también ser política la razón de infligir las penas. Pero toda indagación política gira en torno de lo que es el derecho natural sino también al rededor de la índole de las pasiones humanas.

Afirma Carmignani que los hombres son por naturaleza más contrarios al dolor y se ven atraídos con menos fuerza por el placer.⁵² De aquí que el argumento del dolor fue escogido como el más eficaz entre las causas para alejar el delito. De consiguiente, las leyes criminales, para garantizar el objeto de la sociedad, no solo declaran qué acciones deben ser imputadas como delictivas, sino que, además, para hacer a los ciudadanos lo

⁵² Carmignani, Giovanni. Elementos de Derecho Criminal. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1979, p. 118.

suficientemente temible la imputación de la ley, conminan con penas y dolores aquellos que al delinquir menosprecian dicha imputación.

Se ha discutido si en el llamado estado natural de los hombres existe algún derecho de castigar. Pero como tal estado, propiamente hablando, no es más que una abstracción de la mente, en la que los hombres son tenidos únicamente como seres racionales, por ello no reconoce ninguna otra regla de conducta humana sino la sola razón natural.

El delito, considerado en su totalidad y unidad, además de presentarse como hecho típico por estar descrito en una norma jurídica, y como hecho ilícito, por estar en oposición con los preceptos del ordenamiento jurídico, se presenta como hecho punible, porque la norma que lo prevé le agrega la amenaza de una pena, en sentido estricto.

La punibilidad, como característica del delito, se distingue de la tipicidad y la ilicitud, por cuanto, mientras aquella es propia del acto jurídico y a esta se reduce todo acto ilícito, la punibilidad es el carácter específico del delito mismo. Por tanto así como la tipicidad se distingue de la ilicitud, ya que puede existir sin esta, así también la punibilidad se distingue tanto de la tipicidad como de la ilicitud, ya que puede haber tipicidad, y aún ilicitud o antijuridicidad, sin punibilidad.

El requisito de la amenaza penal como elemento constitutivo del concepto de delito ha sido criticado porque, si la pena es consecuencia del delito, no puede constituir elemento integrante de él, pues todo lo que se hace es dar al delito un sello externo y distintivo de las demás acciones.

La pena imponible al autor de una conducta culpable esta establecida en el propio precepto descriptivo de la figura típica o en otro precepto que directa e inequívocamente se ensambla a dicha figura; lo mismo ocurre en tratándose de la sanción a la tentativa de delito. La punibilidad de los delitos cometidos por imprudencia suele estar prevista de un modo global.

Por último, la punibilidad desaparece en ciertos casos que la ley considera, por razón de las personas y de la utilidad social de la impunidad, como no sancionables. Tales son los casos de excusas absolutorias, que son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. En presencia de una excusa absoluta, el Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, a pesar de que en ellas los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

Algunas especies de estas excusas absolutorias, son las que se dan en razón de la conservación del núcleo familiar, de la

mínima temibilidad, de la maternidad conciente, entre otras.

En tratándose del caso específico del delito contra la salud, en su modalidad de posesión de sustancias y vegetales, el legislador ha reconocido la necesidad de eximir de sanción solamente en aquellos casos de posesión simple de medicamentos cuya venta al público esté supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento médico de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.

Fuera de ello, sólo vale comentar que es especial el rigor con que se sanciona a los delitos contra la salud, uno de ellos, de los que merecen penas mayores, es el previsto por el artículo 197, fracción V, que nos ocupa y cuya justificación punitiva del Estado se analiza en este trabajo.

COMENTARIOS FINALES

Es evidente que la desobediencia, la conducta infractora, el delito, en fin, son características connaturales de la conducta humana. El hombre por regla general tiende al orden y a la perfección, pero también generalmente es proclive a la realización de actos lesivos de intereses particulares y colectivos.

Sea cual fuere la explicación que pretenda dársele a las causas que generan la conducta infractora, desde puntos de vista tales como de la Antropología Criminal, Psicología Criminal o Sociología Criminal, entre otras ciencias penales; lo cierto es que: querer existir, querer ser y tener ser, parecen ser los rasgos comunes de los que deriva toda conducta criminal, que no podrían desvirtuar quienes se acogen a una sola tendencia (antropológica, psicológica, sociológica, etc.), porque el hombre es un ente que siempre busca cumplir fines, altruistas o perjudiciales a sus congéneres.

La vida en sociedad reclama, de unos frente a otros de sus semejantes, que existan normas que regulen la conducta de las personas en general y, desde luego, que contribuyan a la prevención genérica de conductas delictuosas. La realización de este fin que tiende a garantizar el bien común, es a cargo del Estado, producto social, cultural y jurídico de las sociedades

modernas y civilizadas.

El Estado moderno, existe como síntesis jurídica de la voluntad social, plasmada previamente en una Norma Suprema, como es la Constitución Política de nuestro país, y en su devenir cotidiano está obligado a cumplir cabalmente dicha Ley Fundamental.

Nuestra Constitución Política es el resumen del acontecer histórico nacional y, a través de sus reformas, se mantiene actual, para dar respuesta a todos los sectores de la sociedad mexicana a quienes el Estado debe dar cuenta; estos sectores, como los partidos políticos, las principales asociaciones populares, de obreros, de patronos, de campesinos, de educadores, la Iglesia, los medios de comunicación masiva, padres de familia, estudiantado universitario, por ejemplo, son los que, con su presencia en la vida política nacional, constituyen los factores reales de poder.

Con todo lo anterior, debe resaltarse la existencia innegable de principios fundamentales que animan, es decir, que son el *substratum*, el espíritu de los postulados básicos de la Carta Constitucional. Desde luego, varios de estos principios cobran presencia especial en la parte dogmática, relativa a las garantías de los gobernados frente al Estado.

Un principio pocas veces nominado en la doctrina política y constitucional mexicanas, es el principio de proporcionalidad,

conforme a éste, que es muy semejante, pero esencialmente distinto de los de equidad e igualdad, el Estado debe mantener la congruencia de sus actos, precisamente para no lesionar a posteriori tales equidad e igualdad, entre otras. Desde luego no se hace alusión aquí al llamado principio de "proporcionalidad" en materia fiscal; el sentido que nos ocupa es el más identificado con la filosofía política que atañe a la labor del Estado. Pero, para una más fácil aproximación de dicho principio, en la forma aquí aludida, suponemos que el Estado debe actuar con los mismos elementos de revisión en un aeropuerto o en un reclusorio, pues no hacerlo significa una incongruencia que deriva en un trato desigual de ciudadanos con los mismos derechos; no son extrañas a los principales funcionarios judiciales, las normas que, ante controversia de valores o de bienes jurídicos tutelados de forma semejante, disponen atenerse a la equidad, buena fe y a evitar perjuicios, más que a reeditar beneficios, lo que sin duda también implica proporcionalidad en el actuar; finalmente, en otro ámbito, el Estado está obligado, a través de los órganos que cumplen su función de ejecutar leyes, a guardar proporción estricta entre normas de la misma naturaleza, esto por citar algunos ejemplos.

En este último sentido, de su labor normativa, es claro que al ejercer la función punitiva que le esta reservada, el Estado debe proporcionar un catálogo de delitos y penas

congruentes entre sí, en vista de su naturaleza y del bien jurídico que salvaguardan y, desde luego, para cumplir la disposición constitucional expresa de readaptar, y no extirpar, a aquellos miembros de la sociedad que cometen delitos.

El sistema penal, instaurado por el Estado mexicano, adolece de proporcionalidad y congruencia en dos vertientes muy claras: a) Porque en el catálogo de delitos y de penas, los que salvaguardan a la salud pública, contra conductas relacionadas a estupefacientes y psicotrópicos, ha respondido más a presiones externas que a las peculiaridades del país, dando como consecuencia la previsión imprecisa de delitos y la fijación de sanciones excesivas e inadecuadas, en perjuicio de los nacionales; y b) Porque la crisis de la prisión, que es la pena más frecuente y severa aplicable en nuestro régimen jurídico positivo, no garantiza la readaptación social de quienes, acusados de delitos contra la salud y la mayoría de las veces sujetos a las elevadas sanciones impuestas, ingresan a los centros de reclusión preventiva y purgatoria, antes bien, ingresan a verdaderas escuelas del crimen en las que agravan su situación personal, contribuyendo a la desintegración social y, muchas veces, a males mayores de los que pretenden remediarse.

Concretamente, nuestro sistema penal sanciona excesivamente la posesión de substancias y vegetales, bajo la presunción de que pudiera estar destinada a cometer algún

ilícito.

Lo anterior es contrario al espíritu del artículo 22 constitucional, interpretado por mayoría de razón, en tanto que prohibiendo la aplicación de ciertas penas, como los palos, azotes, tormento, penas infamantes o trascendentes, la multa excesiva, y la confiscación de bienes; resulta admisible entender que la Constitución prohíbe las penas excesivas y, si lo hace respecto de una pecuniaria, con mayor razón sustentable que están prohibida las penas excesivas de tipo corporal.

Más cierto es lo anterior, cuanto que las penas excesivas y prolongadas, están en mayor riesgo de incumplir los alcances del artículo 18 constitucional, para la auténtica readaptación de los detenidos.

CONCLUSIONES

Primera. Por las razones expuestas anteriormente, resulta inconstitucional la fracción V del artículo 197, del Código Penal Federal, ya que dicho precepto no guarda congruencia con lo previsto por el artículo 18 constitucional y se aleja del principio de proporcionalidad que rige la actividad del Estado.

Segunda. Deben considerarse, en todo caso, las condiciones particulares del agente del delito, pues si bien para el caso de la simple posesión, prevista por el penúltimo párrafo del artículo 194, fracción IV del Código Penal Federal, se señala una pena atenuada de sólo 2 a 8 años de prisión, ésta, no obstante, se establece únicamente respecto de cannabis o marihuana, y excluye sin razón válida a hipotéticos poseedores de otro tipo de vegetales o sustancias, que también se podrían ver beneficiados con esta figura típica atenuada.

Tercera. No existe congruencia entre la sanción imponible a una persona, bajo las circunstancias hipotéticas del artículo 194, fracción IV, penúltimo párrafo, que poseía marihuana (2 a 8 años) y aquella otra que bajo las mismas circunstancias, pero en posesión de peyote, amapola o psicotrópicos, será sujeta a prisión de 7 a 25 años, según el artículo 197, fracción V del

Código Penal Federal. En ambos casos el bien jurídico puesto en peligro es el mismo.

Cuarta. En ninguno de los casos de penas cortas o prolongadas se cumplen actualmente los fines de la pena; menos aún cuando, entratándose de delitos contra la salud, el criterio que estableció la pena de prisión para la posesión de vegetales o substancias, está equivocado ya que se trata de adictos en su mayoría o de personas que requieren tratamiento especial y no de auténticos delincuentes, los que resultan acusados. Esto trae como consecuencia que el sistema de readaptación, ya de por sí en crisis, fracase al pretender readaptar con prisión a los acusados de este tipo de delitos.

Quinta. La legislación penal mexicana no desconoce del todo lo anterior y, por ello, en los artículos 27 del Código Penal Federal y 523 a 527 del Código Federal de Procedimientos Penales previene, respectivamente, como pena el tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad, y un incidente para atención de los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Esto es lo que realmente se ajusta a lo previsto por el artículo 18 constitucional y no contraviene el 22 de la propia

Carta Magna. Por tanto es lo que debe aplicarse y no el artículo 197, fracción V.

Sexta. Por otro lado, deben adecuarse los sistemas de readaptación, en libertad o en semilibertad, distintos de la prisión, como penas que contribuyan a la verdadera resocialización de los acusados de delitos contra la salud, pero en función también de su padecimiento concreto.

Séptima. Finalmente, por inadecuada y por contravenir principios básicos que sustentan a normas constitucionales, debe plantearse la reforma legal correspondiente y, mientras tanto, hacer valer el juicio de amparo ante la Primera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, contra actos de la autoridad legisladora y, si es el caso, las que intervienen en la aplicación del artículo 197, fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

B I B L I O G R A F I A

1. Basave Fernández del Valle, Agustín; Teoría del Estado. Editorial Jus, México, 1985.
2. Bidart Campos, Germán J.; Teoría General de los Derechos Humanos; UNAM, México, 1985.
3. Calzada Padrón, Feliciano. Derecho Constitucional; Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1990.
4. Carmignani, Giovanni; Elementos de Derecho Criminal, Editorial Temis, Bogotá, 1979.
5. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl; Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1991.
6. Caso, Antonio; Sociología; Ediciones Cultura, Ciencia y Tecnología al alcance de todos; México, 1976.
7. Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derechos Penal; Editorial Porrúa, México, 1971.
8. Cuello Calón, Eugenio; La Moderna Penología; Editorial Bosh Urgel; Barcelona; 1958; Tomo I.

9. De Ladizárbal y Uribe, Manuel; Discurso Sobre Las Penas; Editorial Porrúa; México, 1982.
10. Del Palacio, Alejandro; Del Estado de Derecho al Derecho del Estado; Ediciones Omnibus; México, 1988.
11. Del Pont, Luis Marco; Penología y Sistemas Carcelarios; Ediciones De Palma; Buenos Aires, 1982; Tomo I.
12. Freud, Sigmund; Tótem y Tabú; Circulo de Lectores; Colombia, 1984.
13. García Ramírez, Sergio; La Prisión; Fondo de Cultura Económica; México, 1975.
14. García Ramírez, Sergio; Justicia Penal. Editorial Porrúa, México, 1982.
15. Gil Robles, José María; Por un Estado de Derecho; Ediciones Ariel; España, 1969.
16. Heller, Herman; Teoría del Estado; Editorial Fondo de Cultura Económica; México, 1987.
17. Herrera Figueroa, Miguel; Estimativa Iuspolítica; Cárdenas Editor, México 1988.

18. Jiménez de Asúa, Luis; Tratado de Derecho Penal; Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1964. Tomo I.
19. Kaplan, Marcos; El Estado Latinoamericano y el Narcotráfico; Editorial Porrúa y UNAM, México, 1991.
20. Kelsen, Hans; Teoría General del Derecho y del Estado, Traducción de Eduardo García Maynez; Imprenta Universitaria, México, 1949.
21. Landrove Díaz, Gerardo; Las Consecuencias Jurídicas del Delito; Editorial Bosh, Barcelona, 1984.
22. Lassalle, Ferdinand; ¿Qué es una Constitución?; Ediciones Hispánicas, México, 1987.
23. Madden, J. S.; Alcoholismo y Farmacodependencia; Editorial El Manual Moderno; México, 1986.
24. Maggiore, G.; Derecho Penal, el Delito y la Pena; Editorial Temis, Bogotá, 1985. Tomo II.
25. Pavón, Vasconcelos; Derecho Penal Mexicano; Editorial Porrúa, México, 1978.

26. Preciado Hernández, Rafael; Lecciones de Filosofía del Derecho; UNAM; México, 1986.
27. Porte Petit, Celestino; Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal; Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969.
28. Ranieri, Silvio; Manual del Derecho Penal; Editorial Temis; Bogotá, 1975, Tomos I y II.
29. Rico, José M.; Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea; Siglo XXI Editores; México, 1979.
30. Rodríguez Manzanera, Luis; Criminología; Editorial Porrúa; México, 1986.
31. Rodríguez Manzanera, Luis; La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1984, número 13.
32. Sánchez Galindo, Antonio; Criminología y Derecho de Ejecución Penal; Editora Córdova, 1985.
33. Tabío, Eugenio; Contenido de la Criminología; Ediciones Cuadernos Criminalia; México, 1952.

34. Villoro Toranzo, Miguel; Metodología del Trabajo Jurídico; Ediciones Limusa, México, 1988.
35. V. Oñativia, Oscar; Antropología de la Conducta; Editorial Guadalupe, Buenos Aires, 1978.
36. Welzel, Hans; Derecho Penal. Parte General; traducción del doctor Carlos Fontán Balestra; Editorial De Palma, Buenos Aires, 1956.
37. XLVI Legislatura del Congreso de la Unión; Derechos del Pueblo Mexicano -México a través de sus Constituciones-, Ediciones de la Cámara de Diputados. México, 1967, Tomos III y IV.
38. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Teoría General del Delito; Editorial Ediar, Buenos Aires, 1975.
39. Zaffaroni, Eugenio Raúl; En busca de las penas perdidas; Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990.

Diccionarios.

40. Diccionario Jurídico Mexicano; Editorial Porrúa; México, 1992, Tomos I a IV.

LEYES.

41. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Edición comentada por Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero; Editorial Miguel Angel Porrúa; México, 1993.
42. Ley General de Salud, Editorial Sista, México, 1992.
43. Código Penal Federal; Ediciones Andrade, S.A., México, 1992.
44. Código Federal de Procedimientos Penales; Ediciones Andrade; México, 1992.
45. Diario "Oficial", 28 de diciembre de 1992. Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal; y de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados.
46. Diario "Oficial", 3 de octubre de 1993. Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.