

429



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

**“EL TIPO PENAL DEL DELITO DE UTILIZACIÓN
INDEBIDA DE LA VÍA PÚBLICA Y LA AFECTACIÓN
AL PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO
PENAL”.**

T E S I S

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

P R E S E N T A :

NOEMÍ ADRIANA SAMPEDRO GOMEZ

2001

ASESOR:

LIC. JUAN JESÚS JUÁREZ ROJAS



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI DIOS PADRE.

El saber que estas conmigo en los momentos mas difíciles, el darme el don de la vida y la fortaleza de luchar contra los obstáculos que encuentro en el camino que me lleva a donde tú me designes, proporcionándome la guía para continuar, al cruzar esta pequeña meta y mirar atrás me hace comprender que no existe el fin de lo maravilloso, dejándome estar con las personas que amo y que necesito para vivir. Gracias Flaquito.

*A MI ABUELA
FLAVIA GONZALEZ DOMINGUEZ
= IN MEMORIAM =*

Bien lo decía abuelita, cada uno es el propio arquitecto de su destino, pero Usted es y será siempre Couch en mi vida, mi inspiración para llegar hasta donde queremos llegar, todo esto es por usted, este donde este, mis logros están inspirados en su esencia, ahora vital en mi.

A MIS PADRES

A quien les doy este regalo, con muestra del infinito amor y respeto que les profeso.

JNG. ANGEL ANTONJO
SAMPEDRO JIMENEZ

Quiero darte las gracias por darme la herencia mas bella, mi profesión, la oportunidad de ser alguien útil y enseñarme a ser una persona independiente y capaz de realizar todo lo que brinda la vida; Gracias por tu ejemplo excepcional como padre y amigo, y haberme dado la oportunidad de ser parte de ti, y haber hecho de nuestra familia, el mayor de mis orgullos, Gracias por creer en mi, Te amo Daddy.

A MI MADRE
FRANJA GUADALUPE GOMEZ
GONZALEZ.

Por todos los momentos juntas, eres la mujer mas grandiosa de este mundo, gracias por ser la primera en creer en mi, por darme la vida mami y por no dejarme nunca desistir, por tu amistad y comprensión como hija y como amiga, hoy gracias a ti soy lo que soy y nunca olvides que esto lo hemos logrado juntas, Mil Gracias Mami.

A MIS HERMANOS

ANTONIO SAMPEDRO GOMEZ

Por ser mi inspiración para seguir adelante, gracias por darme la oportunidad de compartir la etapa mas bella de mi vida, estando en todo momento junto a mi, el haberte conocido al llenarla de alegría y travesuras, espero que esta sea una de las bases para que algún día tengas la culminación de tu realización profesional, Te quiero y Gracias Hermano.

ELIZABETH SAMPEDRO GOMEZ

Llegaste en el momento preciso, para completar nuestra familia, llena de ternura e inocencia que solo una niña puede tener, espero que esta sea parte e inspiración de muchas metas en tú vida, porque cada día tenemos la oportunidad de ser mejores y luchar por lo que queremos, siempre estas en mi mente, te quiero Mamita, Gracias por tu ayuda incondicional.

A MIS ABUELTOS.

*ADALBERTO GOMEZ VELAZQUEZ
ANGEL SAMPEDRO CLEMENTE
CASARINA JIMENEZ MEJIA*

*Por que desde que nací cuidaron
feruientemente mi bienestar llenándolo de
cariño y comprensión, lo cual es base de
mi esencia para ser alguien feliz en el
camino de la vida, por sus momentos de
amor para conmigo, los llevo siempre en
mi mente y en mi corazón, los quiero
mucho.*

*Mr. HARRY DECKARD
Mrs. CARMEN DECKARD VARGAS*

*Por que cada momento están en mis
pensamientos, Gracias por creer en mi y
ser parte de su futuro, gracias por
darme día a día su ejemplo, y llegar a
ser Un gran futuro, sin límites.*

*LIC. JUAN ANTONJO
MARTINEZ VELAZQUEZ.*

*Por tu apoyo incondicional, por todas
tus palabras de aliento, por ser ante todo
mi amigo y confidente, sabemos que este
es el comienzo de muchos momentos en
los que hoy compartimos alegrías,
tristezas, sueños, metas, que algún día
serán realidad, Gracias por estar en todo
momento conmigo y ver juntos esta
concluido.*

*A MI FAMILIA,
ESPECIALMENTE A:*

MIOS HIJOS

*ELSI VARGAS, ROBERTO GOMEZ,
MARIA LUISA, LUZ VIRGINIA,
CARMEN ARACELI SAMPEDRO
JIMENEZ, SERGIO Y MINERVA
NEGRETE GUTIERREZ.*

*Porque se que esto es también parte de
ustedes, como parte de mi familia, por
verme crecer y llegar hasta este momento,
Gracias por los instantes que
compartimos llenos de alegría, nunca los
olvidare.*

A MI PRIMO

SERGIO NEGRETE SAMPEDRO.

*Gracias por tu amistad, por las alegrías
compartidas, por cuidarme y
entenderme, sabemos que la vida nos
destina diferentes caminos, los cuales
aveces son difíciles de entender, pero
recuerda que siempre hay alguien quien
decide que será lo mejor para nosotros,
Dios. Gracias por convertirte en un
hermano mas.*

A MIS AMIGOS

*C. JUEZ CUARTO DE PAZ PENAL
LIC. EDUARDO HERNANDEZ
FLORES.*

Gracias por todo su apoyo incondicional y por enseñarme, que todo en la vida lleva una congruencia como lo pequeño y lo grande comienza de lo principal de las grandes metas, la esencia de cada momento, culmina con la grandeza de vivir cada día el mejor de los días; por ser un ejemplo a seguir, Gracias por coincidir.

*LIC. ALEJANDRO GRACIA
PACHECO.*

A quien agradezco su amistad, su paciencia, su confianza, así como los consejos que me ha dado por encaminar mis primeros pasos dentro del inmenso mundo del derecho. Gracias Jefe.

JAI ME SANCHEZ CASTILLO.

Gracias por escucharme y darme los consejos mas oportunos a cada momento, Gracias por tu amistad sin limites.

ETE. GABRIELA SALAS GARCIA.

*Porque sin saber me brindó su amistad,
dándome la oportunidad de conocerla
como una gran profesionalista
compartiéndome sus conocimientos en los
momentos precisos, Gracias por su
ayuda incondicional.*

ENRIQUE GARCIA CRUZ.

*Escalar montañas no ha sido fácil,
hasta que encontramos la manera de
llegar a ellas, siempre y cuando no se
pierdan de vista las metas de la vida,
puesto que cuando se quiere se logra,
Gracias por enseñarme a nunca desistir.*

*SANDRA HUESCA, HERENDIRA
SOTELO, VERONICA
VILLANUEVA, OMAR
GUSTERREZ y MICHELESTE
ORTIZ.*

*Por todos los momentos vividos y
experiencias compartidas, inolvidables e
invaluables que irán conmigo siempre y
en mi corazón.*

A ALGUIEN ESPECIAL

*A MI ALMA MATER
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
CAMPUS ARAÇÓN*

*Por la formación profesional impartida,
con profundo agradecimiento, respeto y
orgullo.*

*A MI ASESOR
LIC. JUAN JESUS JUAREZ ROJAS.*

*Por su colaboración en el presente
trabajo, respeto y admiración. Gracias.*

AL HONORABLE JURADO.

**EL TIPO PENAL DEL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA VÍA
PUBLICA Y LA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* DEL
DERECHO PENAL.**

I N D I C E

INTRODUCCION I-IV

CAPITULO PRIMERO

I. LA TEORIA DEL DELITO Y LA TEORIA DEL TIPO

A) LA TEORIA DEL DELITO. 1

1. CONDUCTA Y FALTA DE CONDUCTA 6

2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD..... 9

3. ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION 11

4. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD..... 14

5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD. 16

6. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS..... 19

B) LA TEORIA DEL TIPO...... 22

1. ELEMENTOS OBJETIVOS..... 24

2. ELEMENTOS SUBJETIVOS..... 26

3. ELEMENTOS NORMATIVOS..... 28

CAPITULO SEGUNDO
EL TIPO PENAL DEL DELITO DE UTILIZACÒN INDEBIDA DE LA VÌA
PÚBLICA.

EL TIPO PENAL DEL DELITO DE UTILIZACÒN INDEBIDA DE LA VÌA PÚBLICA.....	31
A) BIEN JURÌDICO CONCEPTO GENERAL.....	32
B) ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.....	36
1. LA VÌA PÚBLICA.....	37
2. SUSTANCIAS ILÌCITAS CALIFICADAS POR LA LEY	
GENERAL DE SALUD.....	39
SUSTANCIAS LICITAS.....	40
3.- CONSUMIR.....	41
4.- DISTRIBUIR.....	43
5. VENDER.....	44
6. INHALAR.....	45
8. EJERCER COMERCIO.....	48

CAPITULO TERCERO

A) AXIOLOGIA JURIDICA.....	53
B) BIENES JURIDICOS TUTELADOS.....	56

C) GARANTIAS DE LIBERTAD.....	59
1. LIBERTAD DE TRABAJO.....	60
2. LIBERTAD DE TRANSITO.....	63
3. LIBRE CONCURRENCIA.....	66
4.- LA ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL.....	69
5.- ANTIJURICIDAD FORMAL.....	69
6.- ANTIJURICIDAD MATERIAL.....	70
7.- RELACION ENTRE LA ANTIJURICIDAD FORMAL Y EL BIEN JURÍDICO.....	72
D) FIN DE LA PENA.	74
1. LA TEORIA DE LA RETRIBUCION.....	75
2. LA TEORIA DE LA PREVENCION.....	79
3. LA TEORIA MIXTA.....	80
E) INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA.....	82
F) MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	84

CAPITULO CUARTO

A) EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA VÍA PÚBLICA.....	87
--	-----------

B) EL ESTADO DE PROTECCION DE LOS BIENES JURÍDICOS.....	90
C) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL.....	92
D) TIPOS DE PREVENCION.....	95
a) PREVENCIÓN A TRAVÉS DE MEDIDAS NO PENALES.....	96
b) PREVENCIÓN A TRAVÉS DE MEDIAS PENALES.....	98
F) EXPOSICION DE MOTIVOS AL ARTICULO 171 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	100
CONCLUSIONES.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	114

EL TIPO PENAL DEL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA VÍA PÚBLICA Y LA AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE *ULTIMA RATIO* DEL DERECHO PENAL.

INTRODUCCIÓN.

En las reformas de octubre de 1999, realizadas al Código Penal para el Distrito Federal, se creó una nueva figura delictiva llamada “utilización indebida de la vía pública”, la cual es ubicada en el Título Quinto bajo el rubro “Delitos en Materia de Vías de Comunicación y Correspondencia”; figura delictiva que establece diversos tipos penales y el cual se encuentra regulado en el artículo 171 BIS, el cual establece en su fracción I “el que utilice la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas o inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin y que produzcan efectos psicotrópicos”; asimismo en la fracción II establece “el que determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente”, conductas las cuales se dicen afectar un bien jurídico tutelado por la norma, siendo la seguridad de la sociedad y el interés de la colectividad.

Los legisladores al crear este tipo penal de utilización indebida de la vía pública, manifestaron en su exposición de motivos presentado ante la Asamblea Legislativa que “[... su intención no es penalizar la pobreza ni saturar las cárceles, sino combatir la venta y distribución de las sustancias lícitas o ilícitas que produzcan efectos psicotrópicos entendidas como el thiner, el cemento el resistol... de dicha iniciativa se desprende que la sanción esta basada en la utilización de sustancias, las cuales no eran punibles anteriormente por algún ordenamiento punitivo y consideraron que se dejaba impune la intoxicación de dichos solventes, las cuales eran consideradas sustancias... comportamientos que se estima no deben de considerarse delictivos...]” toda vez que desde el

punto de vista jurídico, esta tipicidad no contribuye a combatir la inseguridad, toda vez que la función del derecho penal no es preventiva, sino exclusivamente lo es la de sancionar delitos y aplicar penas, de lo anterior consideramos que el Legislador ha omitido examinar políticas criminales y medidas de seguridad para la prevención de esta conducta ahora considerada delito, tipificándola, incriminándola y sancionándola de manera arbitraria, pues no debe olvidarse que la protección jurídica en las normas del derecho penal solo será establecidas atendiendo exclusivamente a la utilidad de las mismas, además es necesario determinar que no existen otros medios suficientes de tutela jurídica que resulten ser menos lesivos, es decir, que las formas de ataque a estas conductas sean merecedoras a la intervención penal, tanto por ser peligrosa como desagradable ante la sociedad, quebrantando de esta manera el principio rector del derecho penal denominado *ultima ratio*, principio protector de bienes jurídicos esenciales que tutelan la norma penal, pues consideramos que el derecho penal debe de limitarse a ofrecer este último recurso cuando los medios de control social resulten insuficientes, es por lo que en el presente estudio examinaremos si realmente esta finalidad es necesaria para recurrir a la tipificación de las conductas descritas en el artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal.

Ahora bien, las insuficiencias educativas, la falta de cultura, la falta de empleos etcétera, son sin duda problemas de la sociedad que obliga a la misma a obtener medios de subsistencia de cualquier índole, incurriendo en vicios, malas costumbres y obviamente manifestándose en problemas de criminalidad, siendo de esta manera, cuando debe de entrar en función el Estado represor de dichas conductas antisociales, mediante los órganos jurisdiccionales encargados de la impartición de justicia, en la realización diligencias y asimismo generando gastos innecesarios los cuales pueden resolverse sin llegar a imponer medidas excesivas o insuficientes para el control de esta nueva conducta típica

considerada delictiva.

Es por lo que la crítica en cuestión, es observar desde el punto de vista del derecho penal, si hay una afectación de la norma penal tutelada, dicho de otra manera, la idea principal es observar si el tipo previsto por la legislación está protegido por el bien jurídico que se establece en el Título Quinto, Capítulo Primero del Código Penal para el Distrito Federal, donde encontramos regulado el delito de utilización indebida de la vía pública.

Para lograr nuestro objetivo, en nuestro primer capítulo establecemos las teorías del delito y especialmente la teoría del tipo; con esto vamos a encontrar que nuestra legislación es bastante drástica, en el sentido de interpretación gramatical y aplicación exacta de los tipos penales a los casos concretos. Asimismo, consideramos importante establecer que la razón de los tipos penales, los cuales no son otra cosa que la necesidad advertida por el Estado para proteger sus intereses, los de las personas y los de la sociedad, son conductas que de alguna manera son exteriorizadas y que demuestran lesiones en la esencia de lo jurídico, mismos comportamientos que deben ser sancionados.

Posteriormente hacemos un análisis a la importancia del bien jurídico en las normas protectoras de los intereses de la sociedad, y a todas las conductas que establece el tipo penal del delito de utilización indebida de la vía pública, reguladas en la legislación penal del Distrito Federal.

Y consideramos pertinente establecer dentro del presente estudio a la axiología jurídica desde el punto de vista filosófico, como valor para el derecho tendiendo como objetivo que las normas sean justas, atendemos a su vez a las garantías de libertad como una cualidad inseparable para el ser humano, analizamos antijuricidad toda vez que la misma lleva implícita el juicio valorativo

natural de la norma jurídica, destacamos relevante mencionar el fin de la pena y por supuesto, la importancia de la infracción administrativa, puesto que la consideración principal será el hecho de que este tipo de conductas más que ser delitos, tendrán que ser infracciones administrativas.

Finalmente concluimos con el principio del bien jurídico atendiendo al delito de utilización indebida de la vía pública, asicomo la importancia del Estado protector de bienes jurídicos, el cual consideramos de vital importancia para que el mismo establezca una adecuada política en la conservación de los intereses del hombre en la sociedad, señalamos el principio de legalidad en el derecho penal como exigencia de seguridad jurídica al momento de la impartición de justicia, consideramos de igual manera la importancia de los tipos de prevención que debe de existir para una eficaz política criminal y finalmente la exposición de motivos del artículo 171 BIS del Código Penal.

Una de las hipótesis principales que nos ocupa la presente tesis, es si verdaderamente corresponderá al derecho penal tutelar esta clase de conductas y si es así, veremos si el tipo previsto en el artículo 171 BIS del Código Penal del Distrito Federal, realmente ataca a las vías de comunicación, como trata de proteger el capítulo donde se ha asentado el artículo en análisis.

Finalmente es importante citar el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, el cual establece la aplicación exacta de los tipos penales, esto hace que una conducta que no este prevista en la ley no puede ser delictuosa, garantía conocida como *nullum crime, nulla poena sine lege*, de lo anterior consideramos en principio, que las conductas establecidas en el artículo 171 BIS del Código Penal del Distrito Federal, deben quedar reguladas por la legislación administrativa, siempre y cuando exista una efectiva política criminal y con esto realmente se tenga una verdadera eficacia en el derecho penal.

“EL TIPO PENAL DEL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA VÍA PÚBLICA VIOLENTA EL PRINCIPIO DE LA *ULTIMA RATIO* DEL DERECHO PENAL”.

CAPÍTULO I

I. LA TEORÍA DEL DELITO Y LA TEORÍA DEL TIPO

El objetivo directo de este primer capítulo, es observar desde el punto de vista de la teoría del delito y la teoría del tipo, cuales son los elementos de integración de normas penales, y así elaborar un análisis al artículo 171 BIS del Código Penal para Distrito Federal, el cual establece en su tipo descriptivo asicomo si el bien jurídico es el adecuado para proteger la utilización indebida de la vía pública.

En el capítulo II desglosaremos los elementos del tipo penal que contiene el artículo 171 BIS del Código Penal del Distrito Federal, es importante mencionar primeramente en este capitulo a la teoría del delito, esto para establecer si el hecho realizado por el hombre vulnera las condiciones de existencia y conservación de desarrollo de una sociedad, es decir, cuando ese comportamiento resulta ser típico, antijurídico y culpable, manifestándose a su vez la antijuricidad y culpabilidad; consideramos relevante también estudiar a la teoría del tipo, la cual será decisiva ya que implica una misión esencial dentro de la legislación siendo base para llegar a una interpretación técnica en la ley al precisar figuras delictivas y fijar los elementos que la constituyen, lo anterior para establecer si esta o no debidamente respetado el tipo del artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, el cual contempla diversas conductas que definitivamente atacan otro tipo de situaciones que consideraremos en el presente estudio.

A) LA TEORÍA DEL DELITO.

La Teoría del delito es la parte esencial en el Derecho Penal, forzosamente debe de referirse a esta teoría en cualquier estudio que se efectúe respecto a la materia penal, tenemos que el DELITO deriva del latín "*delinquere*" que significa abandonar el camino marcado por la ley, es decir el quebrantamiento de una norma jurídica.

El principal exponente de la escuela Clásica Francisco Carrara, define al delito como: "*la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre que sea positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso*"¹, de lo dicho por este autor entendemos que el delito es un hecho del hombre que vulnera las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de una sociedad.

Desde un punto de vista generalizado podemos conceptualizar al delito desde dos ángulos principalmente, los cuales son el legal y el doctrinal.

Es importante citar legalmente el contenido de la garantía de seguridad jurídica del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual en su párrafo tercero establece lo siguiente:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata"²

¹.- Carrara Francisco, "Programa del Curso de Derecho Criminal" Italia, 1877 volumen 1 número pág. 21 y 22.

².- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, editorial Sista edición 2000 pág. 6.

Desde este punto de vista es indispensable establecer una aplicación exacta de los tipos penales, esto hace que una conducta que no este prevista por la ley simple y sencillamente no se puede considerar como delictuosa.

El autor Héctor Fix Zamudio, cuando nos explica estas circunstancias, nos dice lo siguiente: ... en efecto, por lo que respecta al proceso penal, el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional prohíbe pena alguna que no este establecida por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate y en realidad es estrictamente, un principio esencial del enjuiciamiento criminal, que se conoce tradicionalmente con el aforismo "no existe pena sin ley."³

La primera situación que debemos de conocer respecto de lo que el delito es y por lo que toca a su definición, no existe ninguna con carácter general, por lo tanto denotaremos únicamente aquella que desde el punto de vista legal, señala el artículo 7° del Código Penal del Distrito Federal, el cual en su primer párrafo dice: **"Delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales..."**⁴

La actitud positiva o negativa del hombre, en el momento en que se exterioriza puede causar algunos daños, si esa actitud es violenta y de alguna manera esa conducta se encuentra descrita en el Código Penal como delito, entonces será acreedora a sanciones de tipo penal que el propio Código establece.

Así tenemos que el delito es una concepción realmente monolítica, no puede dividirse, pero desde el punto de vista doctrinal, vamos a encontrar una

³- Fix Zamudio, Héctor "Comentarios al artículo 14 Constitucional", México, dentro de: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentado"; México UNAM, cuarta edición 1995 pag. 38 y 39.

⁴.- Colección Penal, México ediciones Delma, año 2000 pag. 135.

situación atomizadora, una situación analítica a través de la cual desglosa todos y cada uno de los elementos del delito sin negar la unidad del mismo, y es lo que conocemos como la teoría del delito.

Sobre de este particular, el autor Fernando Castellanos Tena menciona lo siguiente:... "dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito: el unitario o totalizador, y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse ni para su estudio. Los afiliados a esta doctrina, consideran que el delito es un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable. En cambio los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender todo, pues es el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica por supuesto, la negación del delito integra una unidad. Ya Francisco Carrara hablaba del ilícito penal como una disonancia armónica; por ende, el estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad. En cuanto a los elementos integradores del delito no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan como un número otros lo configuran con más elementos, surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc."⁵

La trascendencia de lo dicho por el autor citado, nos lleva a pensar que dentro de la Teoría del delito, vamos a encontrar una actitud de tipo analítico, de tipo atomizador.

De ahí, la variedad de circunstancias que se van fijando, tendrán una repercusión total en el contenido de toda la teoría del delito, de tal naturaleza,

⁵.- Castellanos Tena, Fernando: "Lineamientos elementales de Derecho Penal"; México, editorial Porrúa S.A. Vigésimo Primera edición 1991 pag. 129

que la teoría del delito definitivamente puede dividirse para su estudio, y por supuesto su concepción y definición es totalmente diferente a la monolítica o legalista.

Respecto de lo que es la conceptualización de tipo analítico, el autor Luis Jiménez de Asua nos ofrece la siguiente definición: "El concepto de delito se centra conforme a estos elementos, "acto, típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"; Sin embargo, al definir la infracción punible nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto diré que el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio en suma, las características del delito serían estas actividad; adecuación típica; antijuricidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad"⁶

Evidentemente que la trascendencia jurídica reviste una importancia que hace que el concepto del delito, deba de desglosarse para su estudio.

Así, independientemente de que la idea del tipo la tengamos que separar para poder analizarla profundamente y a la luz de la integración del tipo, hemos considerado un cuadro de la teoría del delito, en base a los elementos del mismo.

⁶- Jiménez de Asua, Luis; "La ley y el delito", Buenos Aires Argentina, editorial Sudamericana Decimoquinta edición 1990 pag. 206 y 207.

1. LA CONDUCTA Y LA FALTA DE CONDUCTA.

Primer elemento del delito y definimos que la conducta u acción, nace de un movimiento corporal voluntario positivo o negativo del ser humano que provoca un daño; la conducta es un hecho que puede cometer el ser humano mediante una actividad o inactividad respectivamente y la cual va encaminada a una finalidad al realizar la acción o la omisión.

Evidentemente que la conducta puede ser de acción u de omisión para la contemplación de la teoría monolítica pero, desde el punto de vista de la teoría analítica, esta conducta puede conllevar la acción por omisión, o la comisión por omisión; esto es una cierta variedad en el hacer humano, que provoca un delito a través de la inactividad de la propia conducta humana, y como consecuencia también de estas circunstancias se ha establecido una idea respecto de los fines de la conducta, de ahí que en términos generales, la conducta es en si la acción u omisión que provoca el ilícito penal.

Ahora bien, encontramos como elemento negativo de la conducta a la **ausencia de la conducta**; ya que existen algunas causas de incriminación que han de resultar de diversos estados en donde la conducta definitivamente no está presente.

Las ideas sobre la teoría de la finalidad de la acción, o de la causalidad como nexo entre la conducta y el resultado, van a darnos el grado de conciencia en que actúa el agente activo del delito y por lo mismo, las observamos al hablar de la culpabilidad y la inculpabilidad.

Las fracciones I y X del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, establecen que el delito se excluye por dos circunstancias:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

Fracción I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

Es decir, existe una *Vis Absoluta* o una fuerza mayor irresistible, que inhíba la conducta del sujeto y no pueda vencerla, es decir, aquella violencia hecha por el cuerpo del agente e impuesta por un tercero, que da por resultado que se ejecute irremediabilmente lo que no se ha querido ejecutar.

Fracción II.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

De esta fracción se desprende lo que conocemos como *Vis Maior* o fuerza de la naturaleza, es decir, aquella fuerza mayor proveniente de la naturaleza que sucede por casualidad; un ejemplo de ello sería aquel conductor que maneja su vehículo automotor con las debidas precauciones pero debido a un terremoto pierde el control del vehículo, lesiona a un transeúnte y con ello provoca la muerte del mismo.

Todo lo que es el estado de embriaguez, de sueño, de sonambulismo, de hipnotismo, son circunstancias que de alguna manera inhiben esa actitud humana y su exteriorización queda totalmente distorsionada, porque no hay una conexión entre la voluntad y los actos del individuo.

Respecto de lo anterior el autor Raúl Carranca y Trujillo dice lo siguiente: "... es causa de inimputabilidad para hacer al inculpado, al cometer la infracción, el trastorno mental o desarrollo intelectual retardo que le impida comprender el carácter del ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa

incapacidad intencional o imprudencial; se advierte desde luego, que existen estados de inconsciencia y tienen muy variado origen, según la amplia información legal que ha quedado establecida podemos resumir dichos estados en los siguientes:

- a) Estado de inconsciencia de los actos producidos por el empleo de las sustancias tóxicas, embriagantes o estupefaciente.
- b) Estado de inconsciencia de los actos producidos por tox infecciones.
- c) Estado de inconsciencia de los actos producidos por trastornos mentales.^{7"}

Dice bien el autor citado al clasificar estas circunstancias como situaciones de inimputabilidad, en donde la capacidad de entendimiento de la persona simple y sencillamente carece de voluntad, razón por la cual, en un momento determinado puede decirse que cuando se desplaza la conducta en base al sueño, al sonambulismo o cualquier otra fuerza física no normal, que haga que la voluntad no pueda manifestarse al exterior, simple y sencillamente estaremos frente a la ausencia de conducta.

⁷.- Carranca y Trujillo, Raúl; "Derecho Penal Mexicano" México editorial Porrúa S.A. decimoséptima edición 1991 pag. 507 y 508.

2. TIPICIDA Y ATIPICIDAD

Una vez que existe determinada conducta considerada delictuosa, está debe de adecuarse a la descripción descrita en la ley, siendo de esta manera que la tipicidad va hacer el encuadramiento de la conducta descrita por la legislación, es decir, la adaptación de ese proceder con la hipótesis delictiva.

El autor Cesar Augusto Osorio y Nieto, quien en el momento en que nos habla sobre el tipo y la tipicidad, nos menciona lo siguiente: "Tipo, es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos penales; la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad es el encuadrar o en enmarcar la conducta al tipo. Podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático, en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica."⁸

Resulta trascendental y evidente, que el hecho exista necesariamente en una descripción hecha desde el punto de vista legislativo para que exista la composición del delito.

En el momento en que la conducta se exterioriza, todos y cada uno de los elementos que están dados en abstracto por el Legislador deben quedar suficientemente satisfechos, dicho en otra forma, la conducta exteriorizada en la realidad llámese de acción o de omisión, debe necesariamente identificarse a los postulados de la descripción de la conducta hecha por el Legislador en forma

⁸.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto: "Síntesis de Derecho Penal"; México, editorial Trillas tercera edición 1994 pág. 57.

abstracta.

Es así como se va formulando un cuadro básico a través del cual se denota por un lado la protección de los bienes que a la sociedad le interesa proteger y por el otro, una situación estática establecida en el Código Penal, que trata de prevenir a la sociedad en su conjunto ha efecto de significar un estorbo de tipo legislativo, y de esta forma se prevengan ciertas conductas ilícitas.

Por consiguiente cuando se exterioriza la conducta, esta debe encuadrar en la descripción legal, debe de agotar todos y cada uno de los elementos que el tipo menciona, ya que de lo contrario estaremos frente a la **atipicidad**, elemento negativo de la tipicidad, siendo la ausencia de la adecuación del hecho a la norma considerada como ilícito, es decir; que la conducta del agente no se adecue al tipo por faltar algunos de los requisitos o elementos que el tipo exige.

Para el caso que nos ocupa, como es el delito de utilización indebida de la vía pública, veremos que la descripción hecha por el Legislador, establece diversas conductas, y por lo tanto al exteriorizarse a la luz de la teoría monolítica, el tipo del delito en estudio, debe por fuerza encuadrarse a la conducta descrita por el Legista en todos sus elementos, ya que de lo contrario existirá la atipicidad.

Situación distinta presenta el contenido de lo que es la **ausencia del tipo**, caso en el que encontramos que no existe una descripción de conductas hechas por el Legislador que puedan considerarse como delictuosas.

En el caso de la **atipicidad**, si se da la exteriorización de una conducta ilícita, pero no se logran integrar todos y cada uno de los elementos descriptivos de la misma, y por consiguiente la conducta no llega a ser delictiva.

3. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Evidentemente el siguiente punto que debemos señalar como un elemento más del delito es la antijuricidad, consideramos trascendental entender la esencia de lo que significa la misma, para ello la dividimos en “anti” que significa contra, y “juricidad” palabra derivada del latín “*juridicitas*” que se traduce en lo jurídico y que significa relativo al derecho.

El autor Sergio Vela Treviño, en el momento en el que considera algunos elementos sobre lo que es la antijuricidad, nos menciona lo siguiente: “La antijuricidad es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado. Conforme a lo anterior, los elementos constructivos de la antijuricidad, conceptualmente entendida son:

- a) Una conducta típica.
- b) Una norma jurídica, incluyendo en ella a la norma de cultura que precede.
- c) Un juicio valorativo objetivo
- d) Un resultado declarativo de contradicción”⁹

Las cuestiones son bastante claras, el efecto antijurídico, es la conducta o el hecho cuando se viola una norma jurídica putativa, prohibitiva, prescriptiva o descriptiva, es decir, la ofensa al bien jurídicamente tutelado por la norma, y que provoca el injusto que el derecho penal sanciona; una conducta que es típica como consecuencia inmediata y además irremediable tiene que ser antijurídica.

⁹.- Vela Treviño, Sergio: “Antijuricidad y Justificación”, México editorial Trillas tercera edición 1990 pag. 130.

Pues bien, lo antijurídico se refiere a lo contrario de lo jurídico, y cuando existe una conducta típica, es por sí antijurídica, pues este concepto queda en algunas ocasiones englobado a conceptualizaciones de la tipicidad; pero desde el punto de vista subjetivo, la actitud antijurídica es aquella que daña el bien jurídico tutelado, es aquella que provoca el resultado injusto que el derecho penal trata de proteger.

Ahora bien, al igual que todos los elementos del delito que hemos observado, la antijuricidad tiene su aspecto negativo del mismo es decir, **las causas de justificación**, las cuales se encuentran reguladas dentro del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, las cuales son aquellas que el Legislador consideró para la exclusión de la antijuricidad, su aparición como lo hemos mencionado elimina a la antijuricidad más no así el acto la conducta o el hecho, siendo situaciones en donde la conducta a pesar de que produce la tipicidad, simple y sencillamente no llega a ser antijurídica puesto que su actuar puede quedar justificado, y esto se presentan a través de algunas figuras como son:

- 1).- La legítima defensa.
- 2).- El estado de necesidad.
- 3).- El ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber.
- 4).- El impedimento legítimo.

1).- En el caso de la legítima defensa, vamos a encontrar que esta cae dentro de las causas de exclusión del carácter delictuoso de la conducta; de tal naturaleza, que la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, la establece considerándola como aquella situación en donde se repele una agresión real, actual e inminente además sin derecho y en protección de bienes jurídicos propios o ajenos.

2).- Por lo que se refiere al estado de necesidad, la fracción V del artículo 15 del ordenamiento legal antes mencionado, hace alusión en el sentido de que el estado de necesidad se produce en el momento se salvaguarde un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o eminente, no ocasionando dolosamente por el agente, y lesionando otro bien de menor o igual jerarquía que el que se esta salvaguardando, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; por ejemplo aquella persona que roba un auto para lograr la huida de un grupo de agresores que atentan contra su integridad; en este caso, no existe el delito de robo del vehículo, ya que estuvo en un estado de necesidad, y sacrificando un bien pudo salvar otro de mayor valía como es el de su integridad física.

3).- Por otro lado el ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, esta exclusión se da siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer un derecho, y que este último no se realice con el propósito de perjudicar a otro; regulada esta exclusión en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, la cual se refiere a una situación de obediencia jerárquica y el hecho de cumplir con la ley, es el caso de las ejecuciones por parte de los Actuarios de los Juzgados cuando tienen que romper cerraduras, tienen que lanzar, tienen que desalojar, tienen que embargar, etcétera y finalmente;

4).- el impedimento legítimo, implica necesariamente el cumplimiento de un deber que abarque conductas omisivas legítimas, es decir, que sea una circunstancia específica que presuponga la propia ley; y en la que guarden los deberes en base al impedimento legítimo, un ejemplo de ello sería el relativo al ejercicio de las profesiones, donde todo profesionista está obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que les confían sus clientes; o en el caso de aquel que es citado para comparecer a una diligencia de carácter judicial y no llega por habersele impedido físicamente su asistencia.

4. IMPUTABILIDAD O INIMPUTABILIDAD

Dentro de este elemento del tipo debemos de mencionar que en los anteriores elementos -- conducta, tipicidad y antijuricidad-- son elementos que constituyen lo objetivo del delito, mientras que la imputabilidad, así como la culpabilidad son lo subjetivo del delito en razón de que van dirigidos exclusivamente hacia el sujeto.

Este elemento es integrante de la culpabilidad, por ende, para que un sujeto pueda ser considerado como culpable en la comisión de un hecho delictuoso, es necesario que el mismo sea imputable.

Debemos entender a la **imputabilidad**, como la capacidad condicionada por la madurez y salud mental de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión, y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.

El autor Raúl Carranca y Trujillo señala "será imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta y concretamente por la ley para desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana."¹⁰

La **inimputabilidad** es el aspecto negativo de la imputabilidad, es la ausencia de capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal, podemos decir, que para que exista inimputabilidad en un sujeto, será por dos circunstancias la primera es porque no ha alcanzado el límite de edad previsto en la ley (18 años de edad) -- artículo 34 fracción I Constitucional-- y la segunda

¹⁰.- Carranca y Trujillo; Raúl "Derecho Penal Mexicano", edit. Porrúa, México, 1980 pág. 415.

porque no reúne las condiciones psíquicas que prevea la norma.

El autor Jiménez de Asua sostiene que: "Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró."¹¹

La ley penal sustantiva en el artículo 15 fracción VII menciona las causas de inimputabilidad conocidas como el trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, siempre y cuando el agente no se hubiere provocado ese estado dolosa o culposamente, de lo contrario responderá del resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

¹¹ .- Jiménez de Asua, Luis "Principios de Derecho Penal". La ley y el delito, tercera edición Sudamericana, Buenos Aires, 1990 p. 339.

5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

Definitivamente estamos llegando a un tema bastante subjetivo, nos referimos a lo que sería la culpabilidad del agente en donde vamos a encontrar inicialmente la idea de la responsabilidad penal y la reprochabilidad de la conducta.

Así encontramos como ese sentido abstracto de la culpabilidad, va a encontrar dos formas de aparición.

1.- de carácter doloso y que distingue la teoría finalista

2.- de carácter imprudencial y que se identifica más que nada a la causalidad de las acciones.

Para explicar estas circunstancias el autor Francisco Pavón Vasconcelos, quien en el momento en que habla sobre este particular, dice lo siguiente: "La culpabilidad en sentido estricto es reprochabilidad, en su sentido amplio la culpabilidad se estima como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica; desde el punto de vista la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad pues el reproche supone necesariamente la libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad... con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad; son dos las causas genéricas de exclusión de culpabilidad.

1.- El error.

2.- La no exigibilidad de otra conducta"¹²

¹².- Pavón Vasconcelos, Francisco; "Manual de Derecho Penal Mexicano", México editorial Porrúa S.A Decimoquinta edición 1991 pag. 159 y 160.

El autor citado nos ha llevado incluso a las situaciones de inculpabilidad; en donde el error y la no-exigibilidad de otra conducta, también están propuestas en el contenido de la fracción IX del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

Así tenemos como la reprochabilidad de una conducta va darse en relación a la expresión finalista de ella, en una forma o naturaleza dolosa, cuando así la conducta se refleja, y por el otro lado una conducta imprudencial, cuando existe básicamente la idea de la causa y el efecto.

Para apreciar estas ideas, citaremos las palabras del autor Hanz Welzel quien sobre la teoría finalista nos dice: "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, según la base de su conocimiento causal, puede proveer en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, esta en condiciones de dirigir en los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hace el objetivo y lo determina así de modo finalista."¹³

Desde el punto de vista doloso, la conducta y la acción de la conducta van a exteriorizarse con querer alcanzar un objetivo específico, estableciendo medios para lograrlo y por supuesto aceptando las consecuencias de su acción.

Diferente a la circunstancia de la causa y el efecto base de la teoría

¹³. - Welzel Hanz, "La teoría de la acción finalista"; México, edit. Greca 1997 pag. 10.

causalista que sostiene básicamente Edmundo Mezger, quien en términos generales considera: "El contenido subjetivo de voluntad es para la acción una sí significación"; el problema del contenido de la conciencia se elimina del concepto de la acción y es solamente de importancia para el problema de la culpa. El concepto objetivo causal de la acción ha constituido el fundamento del sistema del derecho penal, antijuricidad y culpa fueron distribuidos en el efecto de voluntad y el contenido subjetivo de la voluntad; la causa y el efecto la determinación de la comisión sin la cual no resultan en un nexo causal que liga la conducta con el resultado independientemente de la intencionalidad del agente.¹⁴ⁿ

Evidentemente, que dentro de las dos formas en que encontramos la culpabilidad tanto en el tipo doloso como en del tipo imprudencial, estaremos siempre hablando de una reprochabilidad responsable de dicha conducta que nos lleva a que la misma pueda ser sancionable.

Ahora bien, la situación del error en donde el sujeto tiene una concepción equivocada, supone una realidad que no concuerda con la misma, a su vez esta se clasifica en error de hecho y error de derecho, siendo esta última cuando el sujeto creía realizar una conducta lícita, que en realidad no existe y produce un resultado típico; por lo que hace al error de hecho o error de tipo, es aquella conducta que produce otro resultado al deseado, este puede estar determinado a lo que sería el delito, la persona o al golpe; de tal naturaleza que este tipo de aspectos pueden producir la inculpabilidad para destruir los efectos positivos de la culpabilidad.

¹⁴.- citado por: Sánchez Sodi Horacio; "Compilación de Leyes Mexicanas"; México editorial Greca, primera edición 1997 pag. 11.

6. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

La punibilidad estriba en el merecimiento de una pena con respecto a la realización de una cierta y determinada conducta, es la conminación estatal de imposición de sanciones y aplicación fácticas de las penas señaladas en la ley.

La punibilidad, no es considerada como elemento esencial del delito, porque no tiene carácter objetivo ni subjetivo del mismo, sin embargo, es la que precisa cuando una conducta es delictuosa por ser sancionada jurídicamente, toda vez que si retomamos lo que establece el artículo 7° del Código Penal del Distrito Federal, el cual a la letra dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Diversos autores consideran que realmente la punibilidad es una consecuencia; pero si tomamos la idea filosófica, de que una norma debe lograr esa intimidación hacia los particulares y hacer que se respete, vamos a encontrar que toda norma debe necesariamente establecer una sanción para el caso de su incumplimiento, y para el caso de no ser así, se diría que son normas imperfectas.

Así en el derecho penal, la punibilidad es realmente una parte integrante e incluso medular del propio tipo, y por lo mismo de los elementos del delito, en virtud de que dicha punibilidad inclusive sirve para establecer algunas posibilidades de libertad provisional de aumento o de disminución de la pena.

La punibilidad que menciona el delito de utilización indebida de la vía pública es:

ARTICULO 171 BIS.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción I se le impondrá de seis meses a un año de prisión y multa de treinta a sesenta días multa. Cuando la conducta realizada consista en el consumo o inhalación, la pena será de hasta seis meses de tratamiento de desintoxicación o deshabituación que corresponda en el centro de atención para tal efecto.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción II de este artículo, se le impondrá de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa.

El aspecto negativo de la punibilidad son las **excusas absolutorias**, las cuales hacen que un acto que es típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable no tenga pena respectiva por diversas razones, tal es el caso del criterio de utilidad de la pena, es decir, la pena puede ser inútil aunque sea justa cuando por ejemplo se tienen más consecuencias negativas que positivas, es decir el Legislador se ocupo por aplicar medidas de política criminal sin considerar las consecuencias políticas de la imposición de la pena y estas excusas pueden ser en razón de las siguientes:

- 1.- Excusas en razón de los móviles afectivos revelados.
- 2.- Excusas en razón de la copropiedad familiar.
- 3.- Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela.
- 4.- Excusas en razón de la maternidad consiente.

5.- Excusas en razón del interés social preponderante; y

6.- Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada

Consideramos que en el estudio del delito de utilización indebida de la vía pública, podría no ser sancionado dentro del Código Penal, toda vez que si retomamos el principio de utilidad de la pena, la sanción impuesta a este ilícito no concuerda con la misma, pues si bien el derecho penal es represor de conductas ilícitas realizadas por sujetos, el mismo en el caso en particular de este delito presupone aún más consecuencias de carácter social, cultural, pues primeramente, consideramos que no debe ser considerada tan drástica la pena establecida, puesto que existen otros medios administrativos para sancionarla y asimismo salvaguardar aquellas conductas que se mencionan en el artículo 171 BIS de nuestro ordenamiento legal penal.

B) LA TEORÍA DEL TIPO

En la vida diaria, los hombres muchas veces actúan en contraposición con las normas protectoras de los intereses colectivos, y por esto, sus actos caen dentro del campo de lo antijurídico, es decir, dañan la convivencia social y en consecuencia esas conductas deben de ser sancionadas, pero exigiendo una seguridad jurídica, pues si bien, el derecho penal contempla los ataques más sensibles y profundos como lo son el patrimonio, la libertad, el honor, la vida del ser humano entre otros, es por lo que la fundamentación del delito es necesaria para que aparezca de manera determinada, precisa e inequívoca, creándose de esta forma y con claridad, la descripción del tipo.

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta que pueda ser considerada ilícita, no obstante, es la forma de crear leyes para la prevención de los actos delictuosos y para prever nuevos acontecimientos que cada día puedan existir, generándose de igual manera lagunas y deficiencias en la legislación; por una lado en la aplicación de leyes por la simple analogía, mismo que no operar en el derecho penal, en razón del principio de **NULLUM CRIME, NULLUM PONEA SINE LEGE**, regulado por el artículo 14 Constitucional, dando de esta forma un principio de seguridad jurídica, considerada como garantía individual.

El autor Eugenio Raúl Zaffaroni, al respecto dice: "el tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes; el tipo pertenece a la ley. Es en la ley donde hallamos los tipos penales en la parte especial; el tipo es lógicamente necesario porque sin el tipo no podríamos averiguar la antijuricidad y la culpabilidad de una

conducta en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna.”¹⁵

De lo anterior, consideramos de suma importancia la existencia de la teoría del tipo, toda vez que de la misma se desprenderán las conductas ilícitas descritas y fundamentales para el derecho penal, y de esta manera sancionarlas en sus términos; hemos de considerar la teoría del tipo, para distinguir cada uno de sus elementos y así analizarlos.

¹⁵.- Zaffaroni Eugenio Raúl; “Manual de Derecho Penal”; México Cargas editores distribuidor, tercera edición 1993 pag. 391.

1. ELEMENTOS OBJETIVOS.

Respecto de los elementos objetivos del tipo debemos entender lo referido a las conductas delictivas apreciables en el mundo físico, al conjunto de condiciones externas y jurídicas de naturaleza objetiva, actividades y situaciones apreciables sensorialmente por los sentidos del ser humano.

Desde el punto de vista objetivo, el tipo debe referirse a la acción que constituye al sujeto; dicho de otra manera, desde el punto de vista de la descripción objetiva se debe encontrar un núcleo de determinación que caracterice la descripción del ilícito, un ejemplo de ello es la vida y su privación en el caso del homicidio, o las cosas materiales en el delito de robo.

Para que se den estos elementos objetivos, como actos que debe realizar el sujeto para ser autor de un delito, es decir, esa hipótesis delictiva, con existencia material en el mundo físico percibiéndose tales elementos por el ser humano.

El autor Gregorio Romero Tequextle, nos aclara esta idea y dice lo siguiente: "Afirmamos que los elementos objetivos del tipo podemos clasificarlos de la siguiente forma:

a) en cuanto al sujeto activo, el tipo exige algunas veces que se señale con precisión su calidad por ejemplo, si se trata de un servidor público, un militar, de un conductor que se trate de un mexicano.

b) en cuanto al sujeto pasivo, a veces el tipo requiere que se precise determinada edad, o bien un parentesco.

c) en cuanto al lugar el tipo exige como en el delito de asalto, lugar despoblado o paraje solitario; en cuanto a determinados robos a casa habitación etc.

d) en cuanto al tiempo hay delitos que como en el infanticidio se requiere que la muerte del niño acontezca durante las primeras 72 horas de vida (actualmente esta figura ha sido derogada).

e) en cuanto al objeto, por ejemplo en el delito de robo, el tipo exige que sea cosa mueble; en el despojo que se trata de bienes inmuebles.

f) en cuanto a los medios de comisión, el tipo exige que se utilicen ciertos medios de ejecución: como la violencia en el delito de violación; el incendio, la explosión o inundación en los delitos de daño en propiedad ajena, las armas en determinados robos calificados etc."¹⁶

Las características objetivas del tipo, deberán entenderse en lo sucesivo a las circunstancias que determinan la manifestación externa del hecho, características que pueden ser descriptivas o normativas y deben de referirse al hecho o al autor, formando así las características objetivas, la descripción del sujeto, el objeto, la ejecución del mismo, incluyendo a veces las formas de realización, los medios o modalidades del acto. En el tipo también se acredita la producción de un resultado y también una característica no descrita nunca en el aspecto objetivo del tipo, pero que deberá incluirse la relación causal existente entre la acción y resultado

¹⁶.- Romero Tequextle Gregorio: "Cuerpo del delito o elementos del tipo"; México, eags editores S.A. de C.V. tercera edición 2000, pág. 49 y 50.

2. ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Los elementos subjetivos consisten en la finalidad, animo conductual, el propósito o tendencia del sujeto en su yo interno que lo impulsan a la realización del delito, es decir, el conjunto de condiciones relativas a la intención y tendencia del sujeto activo, que dote de significación personal a la realización de los elementos objetivos del tipo por el autor.

Son elementos descritos que componen la figura establecida por el Legislador, y los cuales se encuentran en la imputación o culpabilidad del autor, su propio animo de autor, siendo conductas de manera dolosa o culposa.

Los elementos subjetivos del tipo, consisten en la marcada intervención, modalidad, o falta de cuidado que debe de observar el sujeto activo, de alguna circunstancia personal, o de derecho, que tenga el agente para realizar la conducta, no solo debe de entenderse como la referencia de determinados motivos o fines de la conducta, sino a todos aquellos estados anímicos del sujeto activo, conteniendo expresa o tácitamente en la definición típica y sin cuya concurrencia no se da el tipo, un ejemplo de ello es el engañar en el caso del fraude, el causar deshonra, descrédito, o el que desee perjudicar (dolo) o aquel que obra imprudencialmente sin reflexión (culposo).

Desde el punto de vista subjetivo, el autor Eugenio Raúl Zaffaroni menciona lo siguiente: "dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo guiada para el conocimiento de este en el caso concreto; es el saber y querer la realización del tipo. Dolo como mera resolución es penalmente irrelevante, debe manifestarse o exteriorizarse en una conducta. Una voluntad sin manifestación no es dolo y tampoco hay voluntad sin manifestación que corresponda a un acto de acción. Podrá corresponder a un acto de pensamiento, pero no a un acto de

acción y los actos de pensamiento están fuera de los tipos penales. Por ende la mera resolución es un acto de pensamiento que no puede llamarse dolo. El dolo comienza existir cuando se manifiesta.¹⁷»

Entrar al elemento subjetivo es entrar a los elementos subjetivos del animo de la acción, pues si bien es un conjunto de actitudes psíquicas, anímicas o de tendencia personal hacia la realización del comportamiento y actuación de la conducta típica, hecha por el autor del injusto penal.

Así tenemos que la realización del resultado, a través de la manifestación determinante de la voluntad, nos dará en si un grado de culpabilidad del tipo subjetivo que de alguna manera el tipo puede llegar a prevenir o establecer descriptivamente.

En el caso de la culpa, como elemento subjetivo del tipo, por lo regular la conducta se ve atenuada; en virtud de que la causalidad, ese actuar de resultado delictuoso, no esta profundamente sancionado por la ley penal ya que todos nosotros por la falta de cuidado, por la falta de reflexión, por la falta de pericia en muchas de las ocasiones cometemos algún delito y por lo mismo la legislación penal a través de su tipología considera ciertas circunstancias y de esta forma las penas pueden ser atenuadas.

¹⁷.- Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Derecho penal"; México, editora Nacional décimo novena edición, 1992..

3. ELEMENTOS NORMATIVOS.

Los elementos normativos, son aquellas situaciones o conceptos complementarios impuestos en los tipos, mismos que requieren de una valoración cognoscitiva, jurídica cultural o social.

Frente a los elementos normativos podemos considerar que es la actividad del Juez, no es como los elementos descriptivos o bien objetivos, es decir, se establece dentro del tipo un mecanismo de subsumición a otro tipo legal; se trata de una actividad de carácter valorativo la cual debe de realizarse desde el punto de vista subjetivo del Juez y con criterio objetivo, es decir, según la conciencia normativa contenida en los tipos legales. Así tenemos como los verdaderos elementos normativos son aquellos que por tener desvalor jurídico destacan específicamente la antijuricidad.

El autor Luis Jiménez de Asua, establece lo siguiente: "cada vez que el tipo penal contenga una especial alusión a la antijuricidad de la conducta descrita en él, incluirá una específica referencia del mundo normativo en el que la juridicidad se basa; no es placentero que haya elementos normativos porque abre una peligrosa facultad discrecional del Juez al apreciar esos elementos normativos al apreciar esos elementos, ampliando sus potestades ordinarias, lo cual en un régimen no muy liberal puede presentarse a abusos del poder."¹⁸

Desde el punto de vista normativo las situaciones del tipo están inmersas en el concepto que la sociedad tiene del bien jurídico que tutela la norma. Así tenemos que el patrimonio por ejemplo esta tutelado desde el punto de vista civil, esta tutelado desde el punto de vista penal, e incluso desde otros puntos de vista

¹⁸.- Jiménez de Asua, Luis op. cita. pág. 51.

el patrimonio sigue estando tutelado por las normas.

Para poder explicar esta circunstancia, es necesario conocer cual es el concepto del bien jurídico protegido por la norma; para esto el autor Raúl Goldstein, menciona lo siguiente: "La tutela del bien jurídico es común a todo el ámbito del derecho; pero adquiere especial importancia en el ámbito penal por su particular forma de otorgar esa protección, utilizando la amenaza y la pena y también es su función específica la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos, al punto de que se dice que el derecho penal es el protector de los demás derechos.

El bien jurídico puede presentarse como objeto de protección de la ley o como de objeto de ataque contra el que se dirige el delito, por lo cual no debe de confundirse con el objeto de la acción que pertenece al mundo sensible, aclarando el concepto de bien jurídico, se define como el interés jurídico protegido, se señala que el bien jurídico no es un bien del derecho, sino un bien de los hombres reconocidos y protegidos por el derecho."¹⁹

Los elementos normativos que de alguna manera deben de estar tomados en cuenta por el tipo, van a trascender a un bien o valor que los hombres, que la sociedad necesita deban de ser protegidos.

De esta manera, la trascendencia que podemos considerar, es el hecho de que todo el concepto contexto sistemático que se forma a través de la descripción tipología, va a tener que respetar la otra legislación como sería la Constitucional, la Fiscal, la Civil y más aún, se dice que el propio derecho penal es tutelador de los demás derechos; por esta razón, el hecho de que sea

¹⁹.- Goldstein, Raúl "Derecho Penal y Criminología"; Buenos Aires Argentina editorial Astrea cuarta edición, 1993, pag. 85.

requisito indispensable que se describa una conducta delictuosa para que exista el delito, será sin lugar a dudas la mayor garantía de que el bien jurídico tutelado que normativamente protege el derecho penal, tendrá un estorbo político de tipo legislativo hacia la acción del delincuente.

De tal naturaleza que con todo lo que hasta este momento hemos dicho, vamos a encontrar que en el tipo que establece el artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, debe necesariamente contener todos y cada uno de estos elementos que acabamos de analizar.

En la aplicación de estos elementos normativos del tipo, el Legislador ha introducido conceptos jurídicos indeterminados en los cuales puede salvaguardarse el requisito de vinculación del Juez a la ley, basando la apreciación en conceptos valorativos generalmente admitidos.

Puede que existan que un tipo delictivo que solo contenga elementos objetivos, pero habrá otros tipos que además contengan elementos normativos y subjetivos, la formulación de un tipo en concreto no se limita a solo los elementos objetivos o materiales, para acreditar su corporeidad deben quedar plenamente demostrados todos los que se encuentren contenidos expresa y tácitamente en la definición legal.

Finalmente podemos concluir que los elementos típicos subjetivos y objetivos, se refieren a aquellas partes integrantes del tipo penal fijadas por el Legislador descriptivamente con determinados estados y procesos corporales o anímicos, y en todo caso son valorados por el Juez mediante la situación del hecho en concreto y cognoscitivamente en los elementos normativos, y los cuales deben de considerarse todos los conceptos jurídicos como conceptos de valor tipificados.

CAPÍTULO II

EL TIPO PENAL DEL DELITO DE UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA VÍA PÚBLICA

Para este capítulo, vamos a tomar todos y cada uno de los elementos que conforma el artículo 171 BIS del Código Penal del Distrito Federal, a fin de aplicar la teoría del delito y la teoría del tipo, las cuales referimos en el capítulo anterior, esto para tener en mente cuales son los elementos que contiene el tipo que investigamos, de tal manera se tenga una visión amplia para comentarlos a partir de este capítulo.

Resulta indispensable hacer el análisis del cuerpo del delito establecido en el artículo 171 BIS del Código Penal del Distrito Federal, a efecto de entender cada uno de sus elementos, y el cual a la letra dice:

ARTICULO. 171 BIS. *Comete el delito de Utilización Indebida de la Vía Pública:*

I.- El que utilice la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas o para inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin y que produzcan efectos psicotrópicos, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos jurídicos; para los efectos de este artículo, son sustancias ilícitas las así calificadas por la Ley General de Salud; y

II.- El que determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente obteniendo algún beneficio o lucro para sí o para un tercero.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción I se le impondrá de seis meses a un año de prisión y multa de treinta a sesenta días multa. Cuando la conducta realizada consista en el consumo o inhalación, la pena será de hasta seis meses de tratamiento de desintoxicación o deshabitación que corresponda en el centro de atención para tal efecto.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción II de este artículo, se le impondrá de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa.

En este primer contacto que tenemos respecto de lo que es el tipo penal que encierra este nuevo artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, observamos sus elementos y hacia donde va dirigido este tipo penal, de tal naturaleza que para poder considerar suficientemente lo que de alguna manera es en si la protección que debe de brindar para la sociedad, es necesario abrir el siguiente inciso.

A) BIEN JURÍDICO CONCEPTO GENERAL.

El bien jurídico constituye la base de lo que es la hipótesis delictiva, es toda utilidad del individuo o de la sociedad que protege la ley penal, reconocido por el derecho penal, para ello el Legislador es el que busca las condiciones más favorables para las personas, cosas y situaciones, las cuales deben ser reconocidas como objetos de protección de bienes jurídicos y de esta manera mantener un equilibrio dentro de la sociedad.

Consideramos que el concepto de bien jurídico resulta ser muy amplio, toda vez que el mismo se dirige a proteger diferentes comportamientos que necesitan una tutela penal, más sin embargo para comprender su significado debemos de entender primeramente la naturaleza del mismo.

Estimamos trascendental que el Legislador al observar la realidad social y su ideología, debe determinar cuales son los objetos a proteger, en este caso pueden ser: la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc.: la forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el Legislador es mediante el uso de la sanción civil o penal, dependiendo de la conducta y el grado de afectación de la misma.

Así, el Legislador debe de mantener el orden jurídico y la conservación de la tranquilidad que deba ser protegido por una norma es así como establece cuando una persona comete un acto ilícito que consiste en violar los bienes jurídicos de otra (la vida, la libertad, la seguridad, etc.), y por resultado le será aplicada una sanción que consiste en irrogar coactivamente un mal, es decir privarlo de un bien (de su libertad, de su propiedad ó de un derecho).

En este orden de ideas el bien jurídico debe de limitar al Legislador al momento de elaborar tipos penales y la sanción penal correspondiente a esos comportamientos; además el mismo debe de basarse en buscar bienes jurídicos que no estén fuera de la realidad natural, ni de la realidad moral sino exclusivamente en el daño que pueda causar a la sociedad, y así recurrir a la pena, debe de jerarquizar los bienes jurídicos determinando cuales tienen más valor sobre otros, y en consecuencia; cuales prevalecen en caso de confrontación, está jerarquización es utilizada precisamente en el derecho penal.

Es así como toda norma jurídica incriminadora surge para proteger bienes jurídicos, creando una relación con interés, sea en cualquier lugar, tiempo, signo político o cualquier índole de interés social, pues si bien la norma incriminadora nace para proteger un interés que resulte preservado.

Para el autor Raúl Goldstein como lo mencionamos en el capítulo anterior no puede existir un tipo penal sin que se salvaguarde un bien jurídico, entendiéndose de tal forma como un interés vital del hombre y de la sociedad que protege en este caso el derecho penal.

Evidentemente todo tipo de norma llámese penal, civil, laboral o de cualquier rama del derecho, siempre estará dirigida a la protección de algún valor personal o de la sociedad, esto es lo que en términos generales se le ha llamado la tutela penal.

En este contexto el derecho penal tiene fines específicos, que se refieren más que nada a la protección de valores de la sociedad y que considera merecedores de dicha tutela, como la que lleva a cabo el derecho penal, a través de sanciones que consisten en imponer una pena en caso de adecuar su conducta previamente establecida al ilícito penal.

Para el autor Raúl Carranca y Trujillo, quien al explicar los fines que persigue el derecho penal señala lo siguiente: " El fin del derecho en general es la protección de los intereses de la persona, osea de los bienes jurídicos; pero no corresponde al derecho penal tutelarlos todos, sino solo aquellos intereses merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía que se le otorga por medio de la amenaza y ejecución de la pena; es decir, aquellos intereses que requieren una defensa más enérgica. De aquí arranca una distinción entre dos campos, el civil y el penal, correspondiendo al primero la reparación de las

violaciones por medios que no son penales, medios pecuniarios indemnizantes y según el empleo de los penales conforme al límite del poder coercitivo del Estado y ligando ese empleo a la defensa social frente a un daño, no solo individual, sino también social; y la reparación particular de la ofensa de característica valoración y de especial jerarquía, como es la vida, la integridad corporal, el honor, la libertad sexual etc., lo que no puede obtenerse por los medios que el civil adopta y que tampoco puede lograrse por el mismo ofendido sin mengua del orden público".²⁰

Es así como podemos concluir acertadamente que el Legislador al crear normas jurídicas jerarquiza bienes jurídicos, siendo de esta forma como él legislador lo que pretende proteger en el caso que nos ocupa, es la seguridad de las personas, toda vez que el artículo se encuentra regulado dentro de los delitos que atentan a las vías de comunicación y correspondencia, lo anterior debemos de enfatizarlo en virtud de que el artículo 171 BIS corresponde al Capítulo I del Título Quinto del Código Penal para el Distrito Federal.

De lo anterior podríamos pensar porque el legislador en la fracción I, hace alusión a aquellas personas que inhalan en la vía pública sustancias tóxicas y psicotrópicas que básicamente podrían considerarse como delitos contra la salud, más sin embargo respecto a este interesante punto, lo aclararemos en párrafos posteriores.

Evidentemente podríamos concluir que la fracción I del artículo 171 BIS sale del contexto del bien jurídico tutelado como es la seguridad de la sociedad y el interés de la colectividad, en las vías de comunicación a través del libre tránsito que debe darse, y a que se refiere el Título Quinto del Código Penal en

²⁰.- Carranca y Trujillo, Raúl op. cit. pág. 26 y 27.

comento y por lo que hace a la inhalación y consumo de psicotrópicos, en la vía pública será nuestra primera observación, ya que consideramos no es exactamente el lugar para establecer como delictuosa esta conducta, ya que la misma puede considerarse como infracción.

B) ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Con el fin de tener una mejor amplitud en nuestro estudio observemos los elementos que el Legislador ha incluido en nuestra legislación penal en el delito de Utilización indebida de la vía pública, regulado en el artículo 171 BIS son:

- 1).- La vía pública**
- 2).- Sustancias ilícitas calificadas por la ley general de salud y las sustancias lícitas**
- 3).- Consumir**
- 4).- Distribuir**
- 5).- Vender**
- 6).- Inhalar**
- 7).- Ejercer comercio**

1. LA VÍA PÚBLICA

Primer elemento del artículo 171 BIS es el contexto de la vía pública, este se considera el punto medular del delito, ya que si la conducta no se comete en la vía pública sencillamente no se encuadra la conducta al tipo descrito por el delito de utilización indebida de la vía pública.

La vía pública es la calle, plaza, camino, de cualquier especie el cual se encuentra abierto al libre tránsito de personas y vehículos sin más limitaciones que las impuestas por los reglamentos dictados para su uso; de acuerdo a la definición que nos da el reglamento de Tránsito para el Distrito Federal, se desprende variados usos, siendo fundamental el libre tránsito que se hace de ella, llevando con ello la comunicación entre los usuarios para satisfacer sus necesidades, trasladándose de un lugar a otro sin mayor problema.

Pero como acertadamente establece al asentar limitantes al mencionar a los reglamentos o leyes estipulen para el uso de la vía pública, ya que al ser la vía pública de uso común se utiliza dentro del contexto legal, siendo evidente por consecuencia, que aquellas personas que den uso adecuado delimitado por la mayoría de la población y que este no vulnere los derechos de los demás, lo cual se estará actuando dentro del Estado de derecho bajo el cual nos encontramos supeditados.

Más sin embargo cuando estas vías de comunicación son transgredidas se vuelven incómodas e inseguras, generando de esta manera que las mismas sean utilizadas para cometer ilícitos que dañen a la sociedad, tal es el caso y como lo menciona el artículo 171 BIS al señalarnos las diferentes conductas tales como ejercer comercio en la vía pública, o el que de consuma, venda, inhale, distribuya sustancias tóxicas y de esta forma atentan contra de la

sociedad.

Desde otro ángulo, es menester establecer que dicho elemento normativo establece que la conducta debe exteriorizarse en el lugar específico, es decir en la vía pública para que el tipo pueda darse, el consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas o para inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin y que produzcan efectos psicotrópicos, o el hecho de determinar a otros a ejercer comercio.

En cuanto a su forma de exteriorización de la conducta hay una cierta clasificación en relación con el lugar en que el delito se comete, y que tiene por fuerza el ser el libre tránsito, la calle, el arroyo, las plazas, avenidas, esas vías de comunicación que pueden ser utilizadas por cualquier persona.

Ya que este tipo penal va enfocado a la forma que se van a utilizar dichas sustancias, resulta trascendental mencionar cuáles son las sustancias lícitas o sustancias ilícitas que menciona el artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal.

2. SUSTANCIAS ILÍCITAS CALIFICADAS POR LA LEY GENERAL DE SALUD.

Primeramente debemos de entender que es "sustancia" entendiéndola como: "... cuerpo, elemento, materia, lo que subsisten por sí, aparte de todo accidente; sustancias espiritual, corporal, lo mejor, lo esencial: la sustancias de un escrito. Jugo: la sustancia de la gallina. Juicio de madurez hombre sin sustancia: En sustancia, m. Adv. En compendio"²¹

La Ley General de Salud vigente publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 7 de febrero de 1984, cuya vigencia es del primero de julio del mismo año hasta la fecha, no existe artículo expreso que mencione cuales son las sustancias ilícitas; de tal manera que dentro del Título décimo segundo bajo el rubro de "Control Sanitario de Productos y Servicios y de su importación y exportación" en el Capítulo V; en el artículo 234 menciona un listado de las sustancias consideradas como estupefaciente así mismo en el entendido que los estupefacientes son aquellos que producen entorpecimiento en la facultades mentales.

²¹ .- Pequeño Larousse en Color. Editorial Larouse. Buenos Aires, 1985 pág. 843.

SUSTANCIAS LÍCITAS.

El artículo 244 de la Ley General de Salud, al referirse a las sustancias psicotrópicas las clasifica en cinco grupos:

I.- Las que tienen valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública.

II.- Las que tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un problema grave para la sociedad.

III.- Las que tienen valor terapéutico, pero constituyen un problema para la salud pública.

IV.- Las que tienen amplios usos terapéuticos y constituyen un problema menor para la salud pública.

V.- Las que carecen de valor terapéutico y se utilizan corrientemente en el industria, mismas que se determinan en las disposiciones reglamentarias correspondientes..

Las sustancias psicotrópicas, son aquellas que producen un cambio o modificación en la mente del individuo, podemos apreciar que los precursores químicos esenciales, son todas aquellas sustancias lícitas en atención a que van dirigidas a la industria, pero en ningún momento esta destinadas para ser inhaladas, para producir dependencia y efectos psicotrópicos que alteren severamente la salud del ser humano.

Para este caso consideramos que el Legislador no estableció correctamente la idea en la creación de esta nueva figura y retoma a las sustancias lícitas, tal es el caso de que las tipifica penalmente al mencionar que cualquier individuo que las inhale, las consuma, distribuya o venda en ese

momento se consideran sustancias ilícitas, de lo cual podría desprenderse lagunas en dicho artículo, pues que sucedería con aquellas industrias de solventes que tienen objetivos lícitos, ¿acaso el Legislador considero desaparecer a las mismas?.

3. CONSUMIR.

Este primer concepto referente al consumo que señala el artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, debemos entenderlo como aquella utilización de los bienes y servicios producidos, para el caso del delito en estudio este consumo se refiere a las sustancias lícitas o ilícitas.

En el momento en que una persona se convierte en consumidora, se estará frente aquel individuo que obtiene un producto que esta en el mercado y mediante el cual satisface sus necesidades, en el caso del análisis en cuestión consideramos que es una necesidad de adicción viciosa, toda vez que como el tipo refiere en la fracción I, al decir " El que utilice la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas ó inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin..."

Sobre de este particular el autor Jorge Witker nos comenta lo siguiente: "El consumidor es la persona que disfruta del uso consuntivo de un bien, o un servicio económico; el consumo es el empleo consuntivo de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas."²²

La satisfacción de una necesidad, es en si el momento a través del cual se agota el producto; esto es, cuando una persona destapa un producto y lo

²² .- Witker Jorge "Derecho económico"; México editorial Harla tercera edición 1990 Pág. 64.

consume, lo esta agotando para satisfacer sus necesidades.

De tal naturaleza, que el verbo "consumir", esta relacionado con lo que son las sustancias ilícitas o para inhalar las sustancias licitas no destinadas a la inhalación; además el tipo menciona una preposición "y" que quiere decir además de que consuma sustancias licitas no destinadas a ese fin; además dicha sustancia tiene por fuerza que producir un efecto psicotrópico, de ahí que el hecho de consumir una sustancia lícita esta última sustancia también esta regulada en el ordenamiento de salud respectivo y por consiguiente la misma tendrá el efecto de producir un estado psicotrópico; de esta naturaleza, se deducen como consecuencias poner en peligro las vías generales de comunicación.

Finalmente podríamos pensar que la conducta descrita en el aludido artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto a la hipótesis de consumo de sustancias licitas, en forma alguna puede entenderse que actualiza un conjunto aparente de normas con las diversas o alguna de las modalidades del delito contra la salud previsto por el Código Penal Federal, porque aún cuando en ambos delitos el objeto material recae sobre estupefacientes o psicotrópicos, el núcleo o verbo del tipo es radicalmente distinto, pues en el primero, la hipótesis que se analiza prohíbe su consumo en la vía pública en tanto que el aludido al delito federal se refiere a la posesión comercio, tráfico, entre otras modalidades, pero no al consumo de sustancias ilícitas en la vía pública, por lo que no podría materializarse un concurso aparente de normas, en cuanto a este aspecto se refiere.

4. DISTRIBUIR

En este orden de ideas resulta importante comprender el termino distribuir, a efecto de entender todos y cada uno de los elementos que integran el tipo penal en estudio; para lo cual debemos de entender a la distribución como la acción de repartir la disposición de algo, o la difusión de un producto comercial.

Es así como el Legislador al establecer como un elemento integrante del tipo "distribuir" las sustancias licitas o ilícitas también resulta de vital importancia, el sancionar al que distribuya dichas sustancias, entendiendo por distribución el conjunto de operaciones a través de las cuales las mencionadas sustancias llegan a los diversos consumidores y puedan ser repartidas en la vía pública para su consumo o inhalación.

El autor Alfonso Aguilar Álvarez de Alba respecto a la distribución menciona: "se ha definido a los canales de distribución como los conductos que cada empresa escoge para la distribución más compleja eficiente, económica de sus servicios, de manera que el consumidor pueda adquirirlos con el menor esfuerzo posible".²³

En la exposición de motivos de este artículo 171 BIS, el Legislador al crear esta figura típica como lo menciona en el mismo, no pretende penalizar ni saturar las cárceles sino por el contrario combatir la venta y **distribución** de estas sustancias no destinadas a su inhalación y consumo; remitiéndonos de esta forma a la Ley General de Salud, la cual establece aquellas sustancias que no siendo utilizadas adecuadamente provocan en el individuo un estado

²³ - Aguilar, Álvarez de Alba Alfonso; "Elementos de la mercadotecnia, México compañía editorial Continental; Vigésima reimpresión México Pág. 79.

psicotrópico, es decir, un cambio o modificación en la mente del individuo, en el entendido de aquel sujeto que distribuye en la vía pública sustancias tales como thiner, activo, resistol, cemento para su consumo e inhalación.

5. VENDER.

Un elemento más que integra el tipo penal del delito de utilización indebida de la vía pública es referente a "la venta", definida como la acción de vender, cesión mediante un precio convenido, contrato de venta, esta puede ser al contado, cuando se paga la mercancía en el momento de tomarla, a crédito cuando el precio se paga con posterioridad a la adquisición; a plazos cuando el pago se fracciona en varias entregas sucesivas.

Evidentemente el resultado final de la distribución será la venta; y para el caso que nos ocupa, en cuanto al tipo penal delito utilización indebida de la vía pública, se refiere a aquellos muchachos que van a la tlapalería y compran el llamado activo, thiner o cemento, mismas sustancias que tienen propiedades de hacer una reacción psicotrópicas, aquí definitivamente el tipo va a ir mucho más allá de las circunstancias, ya que la persona que vende para su uso, puede presuponer la venta de buena fe, pero si estas sustancias son vendidas en la vía pública entonces estarían dentro de uno de los elementos que integrarían el delito; esto es aquí el Agente del Ministerio Público para poder encuadrar seguramente el delito hacia aquel que vende la sustancia debe de demostrar la intencionalidad y el fin o destino que se le debe dar a dicha sustancia.

De tal naturaleza que el hecho de vender este tipo de sustancias ilícitas, simple y sencillamente estará dirigida a las sustancias psicotrópicas que menciona la Ley General de Salud.

Es necesario señalar un punto importante que el artículo 171 BIS del ordenamiento legal multicitado, hace mención a lo que son únicamente las sustancias ilícitas y que produzcan efectos psicotrópicos mismas que hemos descrito anteriormente y a mayor abundamiento debemos entender que la sustancia se define como un líquido que se extrae de ciertas materias o caldo que con ellas se hace verbigracia, es decir, en este caso el cemento, el resistol o el thinner.

6. INHALAR

Un punto importante dentro de la descripción del tipo es el de **inhalar** sustancias lícitas no destinadas a ese fin y produzcan efectos psicotrópicos, es por lo que el legislador al considerar la acción de inhalar debemos entender a la misma como la acción de aspirar gas o vapor, inhalar thinner éter, siempre y cuando se realice en la vía pública.

Y por otro lado el inhalar sustancias ilícitas no destinadas a ese fin, parece ser la situación específica a que se refiere la ley, pero con el efecto de inhalar sustancias lícitas hace que exista otro medio adecuado para introducir las al sistema, el tipo se desvirtúa.

Ahora bien retomando la conducta de inhalar como elemento del tipo penal del delito en comento también encontramos un punto interesante; el hecho de que el sujeto inhale sustancias no destinadas a ese fin y que produzcan **solo** efectos psicotrópicos hace que esta conducta se tipifique, siempre y cuando el mismo se encuentre en la vía de pública, es decir, el Legislador en la exposición de motivos del artículo, considera a esta conducta "delictiva", toda vez que la misma la encuadra dentro de nuestro Código Penal, y manifiesta que pone en peligro la sociedad, siendo el bien jurídico que protege el delito de utilización

indebida de la vía pública; y por consiguiente sanciona la conducta puesto que pone en peligro a la sociedad, además considera que si una persona que se encuentra en la vía pública inhalando, o como lo mencionaremos más adelante consumiendo una sustancia lícitas o ilícita el sujeto será susceptible a cometer otros ilícitos; pero pensemos que el sujeto se encuentra dentro de un inmueble e inhala una sustancias lícitas no destinada a ese fin y que produzcan efectos psicotrópicos como describe el tipo en cuestión y este sujeto después de inhalar o consumir sale a la calle; consideramos que sencillamente faltaría un elemento importante que el Legislador considero para la tipificación de esta conducta, es decir, que se encuentre en la vía publica; en consecuencia no existirían todos los elementos para integrar el ilícito penal; pero consideramos que los resultados de inhalar o consumir ya sea en la vía pública, o en el caso de que el sujeto se encuentra dentro de un inmueble tendrán el mismo resultado.

De lo anterior resulta discutible otra situación que necesariamente debemos considerar y que resulta contradictorio; hemos mencionado hasta este momento lo que el Legislador ha contemplado al crear esta figura delictiva al salvaguardar un bien jurídico, que en esta caso lo es la sociedad., esto nos lleva a establecer una similitud de la conducta, misma que la encontramos contemplada dentro de la Ley de Justicia Cívica, anteriormente denominada Reglamento Gubernativo de Justicia y buen Gobierno y para lo cual retomemos a la misma acerca de las infracciones cívicas, por lo que haremos solo mención a la conducta materia de este estudio:

ARTICULO 8°. En términos del artículo anterior, son infracciones cívicas las siguientes:

Fracción XIII. Consumir, inhalar, aspirar estupefacientes o psicotrópicos o enervantes o sustancias tóxicas.

Por consiguiente el legislador ha retomado estas conductas en dos ordenamientos que si bien no son de igual jerarquía, pero una conducta la ha considerado típica y la establece en el ordenamiento penal y la misma conducta igualmente se encuentra descrita en la Ley de Justicia Cívica.

En conclusión, podemos establecer que la fracción I del artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, no va encaminado con el fin que persigue el derecho penal, pues si bien el mismo no ha agotado todas esas instancias para prevenir, y de alguna manera sancionar esas conductas que dañan a la sociedad, por consiguiente; consideramos que el mismo no va acorde con el principio de ***ultima razón del derecho penal.***

7. EJERCER COMERCIO

La fracción II del artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, señala que la conducta típica y antijurídica será:

Artículo 171 BIS.

Fracción II. El que determine a otros a ejercer comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente obteniendo algún lucro o beneficio para sí o para un tercero.

La conducta típica, va encaminada a aquel sujeto que se aprovecha de la vía pública sin autorización de la autoridad competente y que su intención es obtener un lucro para sí o para un tercero.

El artículo 5° Constitucional establece: **“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión o industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial...”**

Debemos entender que en la referida fracción II lo que se pretende es condenar al agente que utiliza a las personas que venden en vía pública, es decir; a aquellos “líderes” que de manera ilícita se han enriquecido a costa de los

ambulantes y de la gente que verdaderamente tienen necesidad y por lo tanto inciten o induzcan a ejercer el comercio en la vía pública, sin el permiso de la autoridad competente para darlo.

A mayor abundamiento, respecto a este elemento del tipo penal del ilícito en cuestión podemos destacar circunstancias relevantes dentro de la exposición de motivos respecto a este punto de ejercer comercio en la vía pública, haciendo un breve análisis al Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, celebrado en su tercer periodo extraordinario de sesiones del segundo año, de fecha 02 de septiembre de 1999, fungiendo como Presidente el C. Diputado Alfredo Hernández Raigosa, y en uso de la palabra el C. Diputado Jose Alfonso Rivera Domínguez, por lo que hace a este punto en cuestión manifestó:

"[...Ahora vean nada más la cuestión tan delicada que tiene esta situación: El que instigue a otro a ejercer comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente. A contrario sensu y contra todo lo que ahorita puede existir en la polémica sobre este tema, se obliga o debe de haber comercio en la vía pública ni más ni menos.

Repito, al que instigue o compela a otro a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente. A contrario sensu, compañeros, es que evidentemente se ejerza el comercio en la vía pública y lo más peligroso, lo más riesgoso, es que personas humildes como estas personas que peyorativamente son denominadas como "marías", ¿van a ser sujetas a esta responsabilidad penal por instigar a sus hijos a ejercer comercio en la vía pública y vender chicles o vender otro tipo de mercancías en las vías públicas?. Eso es lo que está diciendo: Aquí no hay ningún tipo de precisión...]"

En esta misma fecha y en uso de la palabra de C. Diputada María de los Angeles Correa de Lucio, respecto al elemento de ejercer comercio en la vía pública manifestó:

“Así mismo en la fracción III, que pasa a ser fracción II, se propone que se especifique que para la actualización del delito las conductas señaladas deben de realizarse de manera reiterada siempre y cuando el autor obtenga para sí o para un tercero.

Tenemos en cuenta que el comercio en la vía pública es en gran parte consecuencia de la situación económica del país, por lo que no se pretende castigar a las personas que tienen que recurrir a él para subsistir, sino aquellos líderes que hace de esta situación un modus vivendi que les reditúa grandes beneficios generalmente apoyados en la extorsión y en el abuso...”

Consideramos por lo que se refiere a la fracción II, a nuestro particular punto de vista este tipo debe quedar solo como una infracción que consideramos no amerita una trascendencia jurídica y la cual tenga que ser consignada a nuestros Organos jurisdiccionales, en el momento en que se lleva a cabo el comercio ambulante la idea en este tipo penal es consignar aquellas personas que siendo “líderes” obtienen un lucro para sí o para tercero y por lo que hace al peatón, este es el que utiliza la vía pública construida con sus propias contribuciones o impuestos.

Sobre esto el autor Raúl Eduardo Avendaño López comenta lo siguiente: “La libertad de tránsito es otro de los derechos que requerimos para desarrollarnos completamente desde todos los puntos de vista de tal forma que el mismo derecho humano lo protege a través de la diversas convenciones tales como es el caso de la declaración universal de los derechos humanos misma que en su artículo 13 establece lo siguiente:

1.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y elegir su residencia dentro del territorio de un Estado.

2.- Toda persona tiene derecho de salir de un país e incluso del propio y regresar a su país".²⁴

Aparentemente la afectación a la circulación, o al tránsito será una de las principales cuestiones a criticar, pero debido a que la fracción II del artículo 171 BIS, va a sancionar exclusivamente a las personas que determina a otra, sencillamente la persona que se dedica al comercio ambulante a pesar de que estorbe y verdaderamente afecte el bien jurídico tutelado establecido en el título en donde se encuentra el artículo 171 BIS, no se comete delito alguno; puesto que el tipo solamente sanciona a aquellos que determinen a otros a ejercer el comercio ambulante; por lo que resulta inoperante desde cualquier otro punto de vista.

Tenemos en principio que los indigentes los niños o jóvenes de la calle, aquellos que viven en las coladeras mismos que deambulan totalmente drogados en la calle, y sin llegar a trastocar en el bien jurídico tutelado, como es la seguridad de las personas.

Otro ejemplo, lo podemos retomar de las marchas, los plantones, o mítines en los que definitivamente la garantía de expresión y de asociación que previenen los artículos 6° y 9° de nuestra Carta Magna deberían de ser limitados puesto que afectan ya a una garantía colectiva como lo es la de libre tránsito y ataca a las vías de comunicación.

²⁴. Avendaño, López Raúl Eduardo "La constitución explicada México, editorial Pac Primera edición 1995 pág. 76.

Pero estas personas de las que hablamos primeramente que van caminando en la acera, realmente no estorban la vías de comunicación, ni mucho menos las bloquean, por otro lado el vendedor ambulante si bloquea en muchas de las ocasiones las vías de comunicación, pero es el caso de que nuevamente el tipo descrito en la fracción II del artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, se refiriere a una tercera persona, es decir "al que determine a otro al comercio ambulante", esta estableciendo el tipo directamente al propio comerciante ambulante "líder" que determina a otro, pues en el caso de que sea solo el ambulante directo, en este caso no habrá delito que perseguir, aún a pesar de que dicho comerciante ataque a la libertad de las vías de comunicación con lo que definitivamente al parecer estas circunstancias que se manejan sobre del particular no tuvieran la óptica suficiente para lograr la protección del bien jurídico tutelado por la norma previniendo completamente la conducta antijurídica.

CAPITULO III

AXIOLOGÍA JURÍDICA.

Desde el punto de vista filosófico, la ontología y la axiología han de analizar la razón del ser, desde su composición y su situación frente a la relación intersocial.

Debemos de entender por Axiología jurídica a la ciencia que estudia y analiza los problemas sociales sobre la valoración jurídica, así como la ontología es la que analiza al ser desde su parte más interna, es decir la naturaleza del objeto o del ente mientras que la axiología encontrara los datos necesarios que rodean la normalización de la conducta del hombre dentro de su sociedad, es decir el campo del deber ser o de los valores.

El autor Rafael Preciado Hernández nos explica lo siguiente: " Aplicando al derecho la división de las disciplinas filosóficas que hacen la filosofía moderna a base de los dos conceptos fundamentales. del ser, y del deber ser (objetos respectivamente de la ontología y de la axiología) la filosofía del derecho se ha dividido igualmente en ontología jurídica, que tiene por objeto el estudio del ser del derecho, su determinación conceptual y sus alcances; mientras que la axiología jurídica comprende el estudio de los valores supremos del derecho; la determinación de lo que se llama la idea del derecho o noción de lo justo".²⁵

Las circunstancias entre el ser y él deber ser del derecho, estarán íntimamente relacionadas con lo que sería el derecho positivo.

Ese derecho justo y natural que se conceptúa relación en la justicia, el

²⁵.- Preciado Hernández Rafael "Lecciones de filosofía del derecho"; México editorial. Ius Vigésimoprimer edición 1998 pág. 38.

bien común y la seguridad jurídica de la que hablamos anteriormente dará al deber ser una normatividad que trata de que sea justa la relación en el momento en que se lleva a cabo dentro de la comunidad.

Ahora bien desde el punto de vista de la justicia y como la ha definido continuamente Ulpiano, Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo, es uno de los principales objetivos de la norma justa.

Esta axiología o teoría de valores cuenta con dos posturas:

- 1).- Subjetiva; que entiende el valor como la cualidad que reviste una cosa al ser más o menos apreciada (como valor de uso)
- 2).- Objetiva; que entiende el valor como el carácter que tiene una cosa por el que se satisface cierto fin.

Pero en la axiología la situación todavía exige la llamada justicia conmutativa y la justa distributiva de las cuales Javier Hervada dice: "La relación entre personas la justicia conmutativa, es la relación de deuda entre las personas, que surge por el intercambio de bien o por la lesión o apoderamiento de las lesiones del otro; en el ámbito de esta relación las acciones pueden reducirse a tres clases:

- A. Intercambio de las cosas (por ejemplo compra venta y arrendamiento).
- B. La traslación de la cosa. (Comodato, préstamo gratuito y el deposito) que genera el deber de devolución.
- C. El respeto al derecho ajeno a lo que se opone el daño el cual genera la restitución subsidiariamente; la compensación. Lo justo de las relaciones, se mide por la identidad o la igualdad en la cualidad o valor de las cosas; esto es; por lo que Aristóteles llamo igualdad aritmética...".

Lo debido por la colectividad al individuo es la justicia distributiva, la vida social es solo un entremano de relaciones entre individuos, si no que también comprende también el fenómeno de la colectividad asociación, empresa comunidad, lo cual son las mismas expresiones conocidas como es el Estado y la comunidad internacional. En el interior y una colectividad se dan relaciones de justicia entre ellas y los individuos que la comprenden siendo estas relaciones en dos clases relación de la colectividad respecto de sus componentes (justicia distributiva) y relaciones al individuo al respecto de la colectividad a la que pertenece (justicia legal)."²⁶

La axiología tiene relación con la capacidad estimativa del ser humano, el cual va a buscar y a otorgar distintos valores a cada ente, buscando la ubicación de estos en el campo del beneficio humano, dentro de este campo surge no solo un aspecto interno o inmaterial como el ético por ejemplo; si no también el valor material que se reduce a la utilidad.

De lo anterior se desprende que el conocimiento valioso llamado también conocimiento científico por sus características y fines debe de considerar no solo aspectos lógicos o analíticos sino axiológicos o de valor. Esto implica que para la humanidad, todo conocimiento adquirido debe de ir encaminado a la realización del bien racional (superación integral humana) superación de la persona y de toda la humanidad.

²⁶.- Hervada, Javier "Introducción crítica al Derecho Natural", México editora de Revistas tercera edición 1995, pág. 53 y 54

B) BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

El rubro en que se encuentra regulado el delito en cuestión podemos mencionar que el bien jurídico al que hacemos mención, es **“la seguridad de la sociedad y el interés de la colectividad”**, es decir esa libertad que dan las vías de comunicación para las cuales fueron construidas y las que serán uno de los principales objetivos que todo lo que el capítulo respectivo a delitos en materia de vías de comunicación del Código Penal para el Distrito Federal debe de proteger.

De tal naturaleza y analizando las fracciones I y II del artículo 171 BIS del Código Penal del Distrito Federal, realmente no llegan a tener como principal objetivo el hecho de proteger esa libertad las vías de comunicación; si no por el contrario, sanciona en primer lugar a las personas que consumen, distribuyen, venden e inhalan solventes u tóxicos en la vía pública, y por cuanto hace a la fracción II vemos como sanciona a aquellas personas que determinan a otras a comerciar en la vía pública; es por lo que, observamos como esta disposición va a contraponerse jerárquicamente a nuestra Carta Magna, en virtud de que existen garantías individuales misma a la que hacemos referencia, debido a la naturaleza de las mismas, esto no sin antes decir que la obligación de todo gobierno llámese local, municipal, o federal es el de estar obligado cien por ciento a respetar a todas y cada una de las garantías que se consagran en nuestra Constitución.

En este orden de ideas tenemos como la ley suprema en el artículo 133 fija su jerarquía de aplicación.

Artículo 133: Esta Constitución las leyes del Congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados

que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Los autores Emilio Rabasa y Gloria Caballero comentan lo siguiente: "El poder constituyente una vez otorgada la Constitución desapareció y surgió lo que la ley suprema establece órganos creados, por eso la Constitución es la base de nuestra organización política, jurídica y económica y todas las leyes y actos que dicten las autoridades deben de estar en consonancia con ella. Dos principios de gran importancia contiene este artículo:

- 1).- La Constitución Federal es la primaria y fundamental.
- 2).- Todas las demás disposiciones, leyes federales o tratados constitucionales o leyes locales en su expedición y aplicación deben ajustarse a esa norma fundamental, es decir, deben ser constitucionales. En otras palabras para que nazca o viva cualquier ley federal para que cualquier disposición o acuerdo administrativo tenga plena validez para que los actos y resoluciones judiciales sean legales, tienen antes y sobre todo que encontrar su fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."²⁷

Las consideraciones de los autores antes mencionados han citado, van a redundar en el sentido de que los preceptos que a continuación citaremos serán las normas mínimas que el ciudadano tiene y que no se expresan como derechos, ni como normas si quiera, sino que se da en un ámbito de garantía

²⁷ .- Rabasa, Emilio y Caballero Gloria " Mexicano esta tú Constitución"; México, Miguel Ángel Porrúa grupo editores octava edición 1993 Pág. 350 y 351

Constitucional o pacto social entre la población mexicana, y esto le permite que de alguna manera esa población tenga en si y para si la soberanía o el poder público de ordenar y mandar lo que convenga a la población misma; dicho de otra manera, la propia Constitución establece garantías de legalidad para que el gobierno se sujete a dichas garantías en la relación del gobernado, gobernante y en su situación orgánica interior, esto es que desde el punto de vista de la administración pública esta también tiene manuales de operación que son las leyes o normas orgánicas que deben de respetar forzosamente.

C) GARANTIAS DE LIBERTAD

La libertad en términos genéricos, es la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir fines y de escoger los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular; por ende cada persona es libre para proponer los fines que más le convengan para el desarrollo de su propia personalidad. La libertad es esa potestad o facultad propia de la persona humana de elegir fines y medios vitales y se presentan en dos aspectos.

- a).- La libertad individual o psicológica; esta obedece únicamente a cuestiones internas del propio gobernado esto es, solo a su intelecto de la persona sin trascendencia objetiva.
- b).- La libertad social; es más objetiva y tiene una manifestación de carácter externo, frente a la sociedad, trasciende en la realidad, traducida en aquella facultad que tiene el individuo de objetivar sus fines vitales mediante la practica real de los medios idóneos, es la libertad que le importa al derecho.

De lo anterior se desprende que una vez que exista una convivencia humana y como lo mencionamos en párrafos anteriores esas garantías que son inherentes al gobernado deben de estar supeditadas a un orden, pues de lo contrario existiría un caos en la vida social. De este orden social creado por el derecho será el mismo que va a fijar limitaciones por diversas causas a la libertad social del hombre, pues si bien, “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro” Esas limitaciones de la libertad social del hombre la establecerá cada libertad específica que la reconozca.

Por consiguiente en nuestro estudio consideramos que va enfocado a esas libertades sociales del hombre que señalaremos más adelante y veremos si este

tipo penal violenta o no alguna garantía individual al gobernante para lo cual señalaremos tres garantías específicas:

- 1) La libertad de trabajo
- 2) La Libertad de tránsito
- 3) La libre concurrencia

1) LA LIBERTAD DE TRABAJO.

ARTICULO 5° A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de está libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado de su trabajo, sino por resolución judicial..."

Cuando una actividad es lícita, no hay impedimento alguno para opacarla, o bien, para privarle a la persona de su derecho al desarrollo, el hecho de que tengamos que recurrir al Gobierno para solicitar una licencia de uso del suelo, declara la apertura y establece un requisito o padrón de comerciantes y de contribuyentes, y hace que esta garantía tenga que estar supeditada a un medio de control; no quiere decir que el gobierno nos de un permiso, sino que la actividad no debe de estar sujeta al capricho del gobernado, esta sujeta, a que

la actividad sea lícita, y por consiguiente si llena los requerimientos reglamentarios, sencillamente no puede prohibirse que se realice la actividad que corresponde a uno de sus derechos humanos naturales, como es el derecho al desarrollo, ya que el Estado tiene el deber de establecer condiciones propicias para que esto se haga realidad.

Así mismo el Número 1 del artículo 3 de la declaración al derecho al desarrollo que dice lo siguiente:

ARTICULO 3.

Número 1. Los Estados tienen el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo²⁸

Tenemos así como consecuencia de lo anterior, la fracción II del artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, ya que la misma resulta ser anticonstitucional, en virtud de que sencillamente el comercio es una actividad lícita, y por lo tanto no puede impedirse que el lugar para desarrollarla sea la vía pública, aunque definitivamente, tendría de estar reglamentado la libertad de la vía de comunicación situación que la fracción II no intenta hacer, ya que lo sanciona básicamente la fracción II es: *"el que determine a otro a ejercer comercio en la vía pública"*.

Así el hecho de que una persona determine a otra a vender en la vía pública simplemente establece una actitud prevista en la Constitución, y significa un delito de violación de garantías constitucionales previsto y sancionado en el

²⁸ Bicentenario de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; México, Secretaria de Gobernación, edición 1993 pág. 154.

artículo 364 fracción II del Código Penal Federal el cual dispone lo siguiente:

Artículo 364. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticuatro a cien días multa:

Fracción II. Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República a favor de las personas.²⁹

Para tener una visión más amplia, al respecto citaremos las palabras del autor Ignacio Burgoa quien menciona sobre algunas limitaciones a la libertad de trabajo; “[... Otra limitación consiste en que la libertad de trabajo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen derechos de tercero, más bien se trata de una posibilidad de limitación la cual se actualiza por la determinación de la sentencia judicial recaída en un proceso previo en que se cumplan los requisitos previos contenidos en el artículo 14 Constitucional a favor de a quien se pretende privar de ese derecho liberatorio...; una limitación más a la libertad de trabajo que el propio artículo 5° establece consiste en que el ejercicio de la misma solo podrá vedarse por resolución gubernativa dictada en los términos que marquen las leyes cuando se ofendan los derechos de la sociedad; desde luego la autoridad administrativa esta facultada para restringir el ejercicio de dicha libertad, siempre y cuando se dicte una resolución conforme a una ley limitativa correspondiente y la cual tenga en cuenta el perjuicio que la sociedad pudiese resentir por el desempeño de tal derecho....; otra limitación corresponde a la obligación en el desempeño de los servicios y funciones publicas que enumera el párrafo quinto y se justifica plenamente...]”. En efecto si se analiza cada uno de dichos servicios y funciones, se llegara a la conclusión de que su

²⁹ .- Código Penal Federal; ediciones Berbera pág. 129 México D.F. 2001.

ejercicio tiene un gran interés nacional o al menos social, al cual ningún miembro del conglomerado debe ser ajeno. Dicho interés esta colocado sobre la voluntad de los particulares por lo que toda persona debe contribuir en la medida de sus posibilidades y capacidades a servirlo y protegerlo sobre todo en defensa de su país”³⁰

La circunstancia bajo la cual podemos tomar las limitaciones antes mencionadas y utilizarlas en relación a la critica que estamos haciendo al artículo respectivo, estarán inmersas a que el artículo que analizamos más que nada es reglamentario de las limitaciones del artículo 5° Constitucional.

2. LA LIBERTAD DE TRANSITO.

Otra de las garantías de libertad que evidentemente debemos de señalar es la que se encuentra en el artículo 11° de la Constitución el cual a la letra dice:

ARTICULO 11° Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar su residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal, o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

³⁰ Burgoa Ignacio; “Las garantías individuales”;; México editorial Porrúa S.A. Décimo sexta edición 1994 pág 334, 335, 342 y 343.

La libertad de tránsito resulta ser en sí, una de las libertades primordiales que el hombre tiene para llevar a cabo la comunicación.

Desde el punto de vista de la fracción I del artículo en cuestión podríamos decir que el hecho de utilizar la vía pública para inhalar, consumir sustancias lícitas o para distribuir o vender, se está ejercitando una garantía individual como lo es el hecho de poder transitar libremente; estos sujetos que incurren en este ilícito suelen ser aquellos que viven deambulando en las calles, sin tener un domicilio fijo, un trabajo o una educación ni mucho menos donde estar, es el medio que escogen para subsistir y consideramos que la sanción impuesta resulta ser un exceso del legislador y podría ser fácilmente perjudicial a los intereses de la Administración Pública del Estado.

Así mismo consideramos que por lo que se refiere a la fracción II, a nuestro particular punto de vista este tipo debe quedar solo como una infracción que consideramos no amerita una trascendencia jurídica y la cual que tenga que ser consignada a nuestros Organos jurisdiccionales, en el momento en que se lleva a cabo el comercio ambulante la idea en este tipo penal es consignar aquellas personas que siendo "líderes" obtienen un lucro para sí o para tercero y por lo que hace al peatón, este es el que utiliza la vía pública construida con sus propias contribuciones o impuestos.

Sobre esto el autor Raúl Eduardo Avendaño López comenta lo siguiente: "La libertad de tránsito es otro de los derechos que requerimos para desarrollarnos completamente desde todos los puntos de vista de tal forma que el mismo derecho humano lo protege a través de la diversas convenciones tales como es el caso de la declaración universal de los derechos humanos misma que en su artículo 13 establece lo siguiente:

1.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y elegir su residencia dentro del territorio de un Estado.

2.- Toda persona tiene derecho de salir de un país e incluso del propio y regresar a su país".³¹

Aparentemente la afectación a la circulación, o al tránsito será una de las principales cuestiones a criticar, pero debido a que la fracción II del artículo 171 BIS, va a sancionar exclusivamente a las personas que determina a otra, sencillamente la personas que se dedica al comercio ambulante a pesar de que estorbe y verdaderamente afecte el bien jurídico tutelado establecido el título en donde se encuentra el artículo 171 BIS, no se comete delito alguno; puesto que el tipo solamente sanciona a aquellos que **determinen** a otros a ejercer el comercio ambulante; por lo que resulta inoperante desde cualquier otro punto de vista.

Tenemos en principio que los indigentes los niños o jóvenes de la calle, aquellos que viven en las coladeras pueden deambular totalmente drogados en la calle sin llegar a trastocar en el bien jurídico tutelado, como es la seguridad de las personas.

Otro ejemplo lo podemos retomar son de las marchas los plantones, mítines en los que definitivamente la garantía de expresión y de asociación que previenen los artículos 6° y 9° de nuestra Carta Magna debiera de ser limitado puesto que afecta ya a una garantía colectiva como lo es la de libre tránsito y ataca a las vías de comunicación.

Pero estas personas sencillamente van caminando en la acera y realmente no estorban la vía de comunicación ni mucho menos la bloquea por otro lado el

³¹. Avendaño, López Raúl Eduardo "La constitución explicada México, editorial Pac Primera edición 1995 pág. 76.

vendedor ambulante si bloquea en muchas de las ocasiones la vía de comunicación pero es el caso de que nuevamente el tipo descrito en la fracción II del artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, se refiriere a una tercera persona "a la que determine a otro a ejercer, comercio ambulante, sencillamente esta estableciendo que el propio comerciante ambulante esta **"determinado"** pues no habrá una conducta típica que perseguir aun a pesar de que dicho comerciante realice la conducta propiamente y sin estar determinado por otro y ataque a la libertad de las vías de comunicación con lo que definitivamente al parecer estas circunstancias que se manejan; sobre del particular no se tuvo la óptica suficiente para lograr un enfoque al tipo penal de este delito, toda vez que el echo de tipificar esta conducta y quien la realice obtenga el título de "delincuente" por haber cometido el hecho típico para la sociedad hace que el derecho penal pierda eficacia y credibilidad jurídica para la sociedad por medio de nuestros organismos estatales de impartición de justicia, los cuales el legislador tipifica conducta mínimas y las sanciona consecuentemente, engrosa nuestro ordenamiento punitivo sin ninguna relevancia para la sociedad.

3. LA LIBRE CONCURRENCIA

Otra de las circunstancias que constitucionalmente estan protegidas a través de la garantía respectiva, es la libre concurrencia.

Primeramente debemos señalar que la libre concurrencia es un fenómeno económico en virtud del cual todo individuo puede dedicarse a la misma actividad, de un determinado ramo, y que aquella cuyo desempeño se entregan otras personas.

El desarrollo de que exista una competencia leal entre el comercio y se

lleva a cabo un respeto de posibilidades para todos y cada uno de las personas que se dedican al comercio.

Así tenemos como el contenido del artículo 28 Constitucional en sus primeros dos párrafos establece lo siguiente:

ARTICULO 28° En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de la protección a la industria.”

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de precios; todo de acuerdo; a un procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre competencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en consecuencia,, todo lo que incluya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

De este artículo Constitucional varían no solamente las diversas legislaciones nacionales industriales, sino también la ley de competencia económica, la misma ley de protección al consumidor, diversos delitos contra el

consumo y las riquezas nacionales, siendo que todavía hasta la fecha el permitir monopolios y facilitar la competencia desleal, ha sido una de las actividades propias de las grandes industrias transnacionales que han impulsado la globalización económica en todo el mundo.

Así mismo tenemos por lo que respecta a la libre competencia, queremos pensar con ello que el legislador dentro de la fracción segunda tipifica el que ejerza el comercio en la vía pública; significa que aquella persona que ofrece sus productos sin tener un establecimiento para ello y utiliza la vía pública para venderlo esta conducta no retribuye al estado por medio de impuesto, es decir, consideramos que el hecho que utilice la vía pública para vender, y el hecho de no tener los medios económicos, hace que la sociedad caiga en estas conductas, que de ninguna manera son ilícitas, mas sin embargo el hecho "determinar" esta, se refiere a tercera persona; pensemos que "el líder de comerciantes" que no obtiene un permiso lícito, por razones administrativas, será el mismo que dará empleo a aquellas personas (vendedores ambulantes) y de esta manera dará empleo, el cual es beneficio para el momento económico en el que vivimos.

Es por lo que consideramos que este tipo de escrito por cuanto hace la fracción II, debe de considerarse una falta administrativa, solo en el caso en que se viole un derecho del ciudadano, que pretende realizar esta conducta y no atender a la sanción segunda que impone el derecho penal.

4. LA ANTIJURICIDAD FORMAL Y ANTIJURICIDAD MATERIAL

Resulta trascendental establecer las definiciones de la antijuricidad desde el punto de vista formal como material, para el presente estudio, dentro del Capítulo Primero en lo que respecta a la antijuricidad señalamos que la misma, resultado del un juicio *valorativo* de naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado, es decir, lo antijurídico se refiere a lo contrario a lo jurídico.

5. ANTIJURICIDAD FORMAL.

La antijuricidad formal es aquella que viola una norma estatal, un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico; es formal por la contradicción entre el hecho y la norma, o entre la conducta del sujeto activo y el mandato que contiene la norma.

La situación objetiva de la antijuridicidad, va a resaltar la formalidad de la misma. Sobre de este particular Luis Jiménez de Asúa, nos menciona lo siguiente: "Lo que es igual se trata de una simple tautológica que no responde a los requerimientos del diario acontecer, sobre todo cuando el contenido de la norma aparente o realmente contradicha no esta expresado con claridad por ello se reconoce que siendo verdad la enunciación formal hay que penetrar más hondamente en el concepto para encontrar la verdadera materia esencial de la antijuridicidad, a través, desde luego, del injusto determinado por ello, el avance de la doctrina ha llegado hasta un grado que se confirma una caracterización o precisión al conjunto de datos que son: que únicamente puede ser punible la conducta antijurídica que contradice la norma de derecho (antijuridicidad formal)

que no esta cubierta en una de las llamadas causas de justificación.”³²

Existe una tónica formal respecto de lo que seria la antijuricidad en la conducta, en el delito en que nos ocupa la formalidad del mismo debió necesariamente haber sido la libertad de las vías de comunicación.

Esa tónica generalizada que formalmente debió estar protegida por el tipo, al parecer es un tanto más cuanto desvirtuada por elementos propios del tipo que miran hacia otros objetivos o más bien bienes jurídicos a tutelar con las normas que también son dignos de protección.

6.- ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.

La antijuricidad material debemos de entenderla aquella socialmente dañosa integrada por la lesión o peligro de los bienes jurídicos; en la antijuricidad no es suficiente con la simple contradicción entre el hecho y la norma, sino que es necesario se vulneren los intereses tutelados.

Desde el punto de vista material, la lesión el reproche forma parte de esa conducta antijurídica que esta sujeta a la reprochabilidad de la culpabilidad.

El autor Sergio Vela Treviño nos explica: “No basta la simple posición de la conducta con el orden jurídico sino se requiere que la misma pueda reprocharse a su autor por implicar una lesión a las normas de determinación que son impuestas en cuanto súbdito del derecho es esto significa una reunión de los conceptos de la antijuricidad y culpabilidad ante la imposibilidad de estudiar lo injusto de una conducta determinada sin incluir en su estudio lo

³². - Jiménez de Asua, Luis “La ley y el delito” Buenos Aires Argentina, editorial Sudamericana decimotercera edición 1994 pág. 458.

relativo a la culpabilidad de que el autor de ella, ya que es sabido para llegar a la reprochabilidad debe de entrarse definitivamente en el campo de lo subjetivo, que en materia de elementos del delito equivale a decir la culpabilidad.”³³

De lo anterior, después de haber hecho el breve estudio de la antijuricidad formal y material podemos resaltar que ambas se relacionan entre sí, pues es evidente que de una antijuricidad formal, al violar una norma creada en el ordenamiento jurídico por el Estado y una material al poner en peligro el bien jurídico tutelado, el cual como ya fue precisado lo constituye la seguridad y la tranquilidad pacífica convivencia en la vía pública.

Desde lo que es la configuración del artículo estudiado, el grado de culpabilidad material que en un momento determinado se tiene por parte del sujeto activo podría incluso encontrar una cierta clase de causa de justificación por ejemplo los niños de la calle; marginados siendo estos una subcultura, sin posibilidad de tener un desarrollo de progreso social y siendo rechazados por la sociedad en su conjunto no tienen otro camino para poder desahogarse y tener una cierta fuga en la satisfacción de sus anhelos más íntimos como el cariño de una familia; el respeto de la sociedad la necesidad de preparación de una escuela pues sencillamente cae en un estado de necesidad y los impulsa a la drogadicción.

Por otro lado, el que determina a otro a ejercer el comercio ambulante a este definitivamente le corresponde otro tipo de sanción, por cuanto hace a la gravedad del ilícito.

De tal naturaleza que desde el punto de vista de la antijuricidad material la

³³.- Vela Treviño, Sergio: “Antijuricidad y Justificación”. México editorial Trillas, Tercera edición 1990 pág. 93

idea de la culpabilidad ha de desarrollarse a título de dolo, esto es en un título intencional por parte del activo que quiere y acepta el resultado de su conducta

7. RELACION ENTRE LA ANTIJURICIDAD FORMAL Y BIEN JURÍDICO.

Ya habíamos dicho algo de lo que sería la antijuricidad formal en los diversos delitos que prevén los ataques a las vías de comunicación, y opinábamos que realmente ninguna de las dos fracciones llega a garantizar suficientemente esa posibilidad completa de que la vía de comunicación quede definitivamente libre y a través de esta se permita el libre tránsito de las personas.

Tenemos en principio que los indigentes aquellos que viven en las coladeras pueden deambular totalmente drogados en la calle sin llegar a trastocar en el bien jurídico tutelado, como es la seguridad de las personas.

Podemos señalar otro ejemplo, como las marchas los plantones mítines en los que definitivamente la garantía de expresión y de asociación que previenen los artículos 6° y 9° de nuestra Carta Magna el cual debiera de ser limitado puesto que afecta ya a una garantía colectiva como lo es la de libre tránsito y ataca a las vías de comunicación.

Pero estas personas sencillamente van caminando en la acera y realmente no estorban la vía de comunicación ni mucho menos la bloquea por otro lado el vendedor ambulante si bloquea en muchas de las ocasiones la vía de comunicación pero es el caso de que el tipo se esta refiriendo a una tercera persona al que determine a otro al comercio ambulante y sencillamente esta estableciendo el propio comerciante ambulante esta determinado pues no habrá delito que perseguir aun a pesar de que dicho comerciante ataque a la libertad

de las vías de comunicación.

Ahora bien consideramos mencionar algunas de las posiciones que en el Diario de Debates se del distrito Federal menciona, que el día 12 de septiembre de 1999 respecto de este nuevo artículo se dijo: "...con este tipo penal no se pretende penalizar la pobreza ni saturar las cárceles sino por el contrario el combatir venta y distribución de estas sustancias por la razón por la cual en el penúltimo párrafo solo se impone una sanción para el consumo de estas sustancias nocivas para la salud el tratamiento que corresponda en lo que se da respuesta a un grave problema social y así hacer más seguras nuestras calles..."

Desde este punto de vista que se propuso la fracción II debemos de decir que si se trataba de penalizar la conducta de los líderes y de aquellos que fomentan el comercio ambulante, el concepto de determinar a otro esta fuera de contexto; consideramos que se hubiese especificado en el tipo penal a aquel que cobre u obtenga un lucro o algún beneficio representando a otro ante las Autoridades para que este último pueda ejercer el comercio ambulante, pero el hecho de que se diga de la persona que determina a otro a convertirse en comerciante ambulante, esto hace definitivamente las situaciones parezcan una extorsión o una explotación, de quien lleve a cabo dicha conducta.

E. FIN DE LA PENA.

El fin de la pena es una de las principales funciones del derecho penal, ya que la misma depende de la función que se asigne a la pena y a la medida de seguridad la cual mencionaremos más adelante; son los medios más característicos de intervención del derecho penal, es por lo que resulta trascendental analizar a las teorías de la pena así como la medida de seguridad y la infracción administrativa.

Primeramente debemos de entender a la **PENA** como el castigo que el Estado impone, al sujeto responsable de un delito, mediante la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Es un mal con el que amenaza el derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como un delito.

La pena, no se imponen para que el reo sufra; sino se imponen para que este se rehabilite, es un mal con el que amenaza el derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como un delito.

Ya desde el Siglo XVIII el Márquez de Beccaria captaba esta circunstancia, y opinaba sobre el fin de las penas lo siguiente: "El fin de las penas no es otro que impedir al reo causando nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos del los hombres y los menos dolorosas sobre el cuerpo del reo."³⁴

³⁴ .- Bonesanos, Cesar Marqués de Beccaria "Tratado de los delitos y de las penas"; México editorial Porrúa cuarta edición 1990 pág. 45.

Como consecuencia de lo dicho por el autor citado, vamos a encontrar que el fin de la pena básicamente será ejemplificar la sanción a una conducta delictuosa. Pero en esta circunstancia pudiésemos encontrar situaciones de retribución esa conducta, y desde el punto de vista en el momento en el que el tipo señala una sanción en la descripción que hace el Legislador en todo el Código Penal, va a establecer un estorbo político, va a establecer una forma de intimidar la conducta con lo que estaremos frente a una prevención, como el acto y efecto de anticiparse a proceder antes de preceder.

Para analizar esta circunstancia es necesario realizar un breve estudio acerca de la teoría de la pena. Manifestándose de tres formas:

1. La teoría de la retribución
2. La teoría de la prevención
3. La teoría mixta

1. LA TEORIA DE LA RETRIBUCIÓN.

La retribución de la pena, no ha sido seguida en sus términos estrictos ni por la ciencia penal, ni por las legislaciones, que casi siempre han atribuido a la pena fines sociales de prevención trascendentes, a la sola función de realización de la justicia misma.

La concepción tradicional de esta teoría, responde a que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido, esta teoría se ha fundado en diferentes puntos de vista.

a) Desde el punto de vista religioso, el cristianismo como otras religiones ha

dado lugar a fundamentaciones tradicionales de la función retributiva de la pena. Así el mensaje del Papa Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho penal contenía el siguiente pasaje ... pero el Juez supremo, en su juicio final aplica únicamente el principio de la retribución. Este ha de poseer pues, un valor que no cabe desconocer...

- b)** La fundamentación ética de la retribución más absoluta se debe al filósofo alemán Kant, según este autor el hombre es un fin en sí mismo se debe basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia: la ley penal se presenta como un imperativo categorico, es decir, como una exigencia incondicional de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras (según esta, la pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad), matar al delincuente.
- c)** más jurídica es la fundamentación de la teoría retribucionista que propuso Hegel, para este el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigilancia de la voluntad general representada por el orden jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente si la voluntad general es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general.

El autor Eugenio Cuello Calón quien nos explica de la misma lo siguiente “La pena es el sufrimiento impuesto por el Estado en la ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal de esta noción se desprende los siguientes caracteres de la pena.

- 1.- Es un sufrimiento o sentida por el penado como un sufrimiento.
- 2.- Es impuesto por el Estado.
- 3.- La pena debe de ser impuesta por los Tribunales de Justicia como consecuencia de un juicio penal.
- 4.- Debe de ser personal debe recaer solamente sobre el penado de modo que nadie debe de ser castigado por hechos de otros.
- 5.- Debe ser legal establecida por la ley y dentro de los limites por ella fijados.

De tal naturaleza que a la luz de la retribución el Estado en ejercicio del *ius Punendi*, tomara por si la venganza de la sociedad devolviendo un sufrimiento impuesto después de un juicio en donde el reo haya sido totalmente oído en su defensa.”³⁵

La trascendencia jurídica que establece la idea que el autor citado nos ha comentado, va a estar en función de que una cierta justicia retributiva, esto es que en momento en que se le otorga a cada quien su derecho también se le retribuye esa actitud injusta que ha provocado una conducta del tipo antijurídica, de tal naturaleza, que desde el punto de vista la proporción en la justa medida de la pena, también debemos de tomar en cuenta que la misma sea correcta.

Y como lo dijo Beccaria debe de establecerse un método y una forma de imponerla que hagan una impresión sobre el sujeto activo y este retrotraiga su conducta y ahora se acople a las normas de conducta de la sociedad.

Sin lugar a dudas las circunstancias sobre la teoría de la retribución, no quedan definitivamente satisfechas con las sanciones que impone el artículo 171 BIS del Código Penal en virtud de que en la fracción primera, la sanción no

³⁵ .- Cuello, Calón Eugenio, “Derecho Penal”; México editorial Nacional decimonovena edición 1990 pág. 580.

podría darle al activo la oportunidad de profesionalizarse en el delito toda vez que la sanción no es severa, pues si bien una verdadera retribución a la conducta en la aplicación de los delitos, es aquella que contiene una utilidad y eficacia y la cual debe de agotar las primeras instancias para restablecer al individuo en sociedad.

Consideramos que el tipo de utilización indebida de la vía pública establecido por el Legislador no va a tener ninguna eficacia, toda vez que no debemos de olvidar que el derecho penal no tiene una función preventiva en la comisión de los delitos, sino su función es exclusivamente el sancionar delitos y aplicar penas como ultimo recurso para la permanencia del orden social y por lo que hace a la fracción II esa persona que determina a otra a ejercer comercio en la vía pública, más que nada debe de someterse a disposiciones administrativas, digamos que el hecho que un sujeto determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública, no merece la categoría de delincuente.

Ahora bien, un ejemplo de una verdadera retribución sería la desintoxicación que previene el penúltimo párrafo del artículo 171 BIS; pero volvemos a insistir, el hecho de que todavía esas personas se les someta a una averiguación previa y de esta forma entren en función los Organos Jurisdiccionales para establecer la sanción correspondiente a este delito, definitivamente no es la forma para dejar impune esta conducta, ni mucho menos podemos considerar que esta sea la mejor opción de salvaguardar un bien jurídico protegido en el derecho penal.

2. LA TEORIA DE LA PREVENCION

La teoría de la prevención asigna a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales.

Esta teoría trata una función utilitaria, que no se funda en postulados religiosos, morales, o en cualquier caso idealistas, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes sociales, la pena no se justificaría como mero castigo de un mal, como pura respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino como un instrumento dirigido a prevenir delitos futuros; podemos señalar que mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

La mayoría de las normas contienen una gran característica de prevención, esto es que para lograr que la organización social siga adelante y no tenga tropiezos, se ha de requerir invariablemente que la propia norma señale una sanción, y en caso de que sea infraccionada la norma pueda ser aplicable dicha sanción. Esto quiere decir que el derecho penal va a tener un carácter preventivo para que las personas puedan organizarse y de esta manera respetar los bienes jurídicos tutelados por las normas especialmente las penales.

Ahora bien para denotar ese carácter disciplinario y preventivo y que tiene el derecho penal citaremos al autor Eugenio Cuello Calón quien dice: "... al definir el derecho penal, nos referimos a que tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico y la protección social contra el delito al derecho penal genuino o verdadero, al derecho preventivo de las conductas ilícitas. Junto a este existe el llamado derecho penal disciplinario proveniente del ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, cuyo fin es corregir sus funciones y que cada uno de los ciudadanos puedan tener una cierta disciplina en la ejecución de sus actos

intersociales.”³⁶

El derecho penal sigue esta teoría, toda vez que tiene un carácter preventivo que utiliza la amenaza y la intimidación por parte de lo que es la pena que puede imponerse, además hace que las conductas se retrotraigan y respeten el bien jurídico tutelado y no provoquen el injusto que sería meritorio del reproche de la culpabilidad.

De ahí que desde el punto de vista de la prevención, el derecho penal trata de que las conductas guarden una cierta disciplina y orden entre las relaciones sociales.

3. LA TEORIA MIXTA

Desde el punto de vista de la retribución y el carácter disciplinario del derecho penal, vamos a encontrar una teoría mixta misma que toma de las dos teorías de la prevención y de la retribución consideraciones para establecer una conceptualización más generalizada de lo que el derecho penal debe ser.

Así dentro de lo que es la filosofía jurídica del derecho penal encontramos teorías mixtas o teorías de intermediación que tratan de justificar la eficacia de la pena frente al infractor.

El autor Eugenio Raúl Zaffaroni comenta lo siguiente: “ filosóficamente hablando la teoría crítica es bastante confuso e incluso lleva razón en cuanto eleva el conocimiento filosófico contra el pretendido cientifismo del positivismo pero ello le es común con todo pensamiento del no-positivista, más cuando

³⁶ Cuello Calón Eugenio; op cit. pág. 9-10.

queremos preguntar cual es la filosofía que opone al positivismo, nos hayamos con una serie de supuestos confusos que en Max, Freud, Hegel y Heidegger se confunden de manera desconcertante, sin contar con los cambios de opinión de otros partidarios. Uno de los medios es haber puesto suficientemente el relieve del carácter dogmático de la institución del derecho penal institucionalizado; ello comprende también una corriente de pensamiento de la teoría critica socia el que proviene de la escuela de Frankfurt; en la que entrelazando la idea del *ius punendi* como retribución a las conductas ilícitas logra derivado del carácter preventivo del derecho penal establece esa formula atraves de la cual la comunidad en el ambiente social desde a dentro, establece las condiciones represivas y opresivas destinadas a sancionar las conductas delictuosas.”³⁷

La combinación de las diversas ideas que tratan de fundamentar la posibilidad sancionados del derecho penal, dan la fuerza en la utilización de una descripción típica que hace el Legislador de una conducta que necesariamente pretende prevenirse.

En otras palabras es indispensable, el hecho de que el carácter y el fin de la pena, exista una cierta justificación en donde la sociedad a través de ese devenir histórico que parte desde la venganza privada hasta llegar a la venganza pública del *ius punendi*, se ha de justificar tal actitud ante lo que sería la necesidad sancionadora de conductas ilícitas.

³⁷ .- Zaffaronni Eugenio Raúl “Manual de Derecho Penal” México, editorial Cárdenas editor y distribuidor, tercera edición 1993, pág 302.

7. INFRACCION ADMINISTRATIVA

Infracción.- Del latín *infractio*, que significa quebrantamiento de ley o pacto. Es la contravención a normas de carácter administrativo derivada de una acción u omisión. Una infracción es una acción que altera el orden, la seguridad pública o la tranquilidad de las personas y las actividades que se presentan en lugares públicos como parques, mercados, cines, escuelas, hospitales etc.

El autor Miguel Angel García Domínguez menciona: "La infracción constituye una rebeldía de las personas contra las normas del derecho positivo en las que se aprecian dos objetos; el objetivo y el subjetivo. La oposición objetiva es llamada antijuricidad por que la conducta en su base externa y además tangible, va en contra del orden jurídico positivo. El antagonismo subjetivo o de culpabilidad, consistirá en la rebeldía anímica del propio sujeto. Como consecuencia la infracción puede tener varios caracteres que revisten faltas a normatizaciones que previenen una categoría leve de reglamentación; esto es que encontraremos infracciones de transito, administrativas o de tipo fiscal.

Denota una acción típica que se establece y se describe dicha conducta en una legislación pero no amerita una sanción corporal de encierro; en virtud de que la descripción en principio no es considerada como delito, en virtud de que el bien o valor jurídico, no tienen esa embargadura o bien la actitud no refleja una gran peligrosidad para la sociedad."³⁸

Las conductas que previene el artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal tal vez no llena el concepto general para ser considerado un

³⁸ .- García Domínguez Miguel Angel "Teoría de la infracción"; México Cárdenas editor y distribuidor; Primera edición 1992, pág. 74.

delito y este mismo se encuentre dentro del catalogo de descripción de conducta que ameritan una pena tan drástica como la que impone el derecho penal.

Es necesario establecer para nuestro estudio las diferencias que existen entre infracción y delito, ya que aunado al párrafo anterior nos dara una visión más amplia de lo que intentamos proponer; así tenemos que la infracción es sancionada por una autoridad administrativa, el delito es sancionado por tribunales; la infracción viola disposiciones de carácter administrativo, la pena vulnera normas de derecho penal, la infracción puede ser atribuida a personas físicas o morales, el delito únicamente puede ser llevado a cabo por individuos; el acto u omisión que da lugar a la infracción viola disposiciones de carácter administrativo, el derecho penal vulnera normas de derecho penal que protegen la vida, la salud, el patrimonio etc.

La pena impuesta a los elementos descriptivos del artículo en cuestión como el de consumir, distribuir, vender o inhalar, o bien determinar a otro a ejercer comercio público, pues podría no tomarse con ese carácter delictuoso que protege el derecho penal en virtud de que se estaría exagerando la sanción, esto es, el tomar medidas preventivas y de seguridad, podría ser la mejor solución frente a esta actividad aparentemente delictuosa de este delito, y la manera que consideramos por lo que hace al delito en cuestión al sancionar estas conductas que establece alteran el orden social, será mediante amonestaciones, multas o arrestos.

Es imprescindible subrayar que la descripción de las conductas que hace el artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal consideramos que las mismas no deben ser sancionadas como delito, toda vez que como lo mencionamos anteriormente en las conductas específicas de consumir, inhalar sustancias tóxicas ,ya que en nuestro derecho positivo la existencia de un derecho dual se opone bajo el principio constitucional consagrado en el artículo

23 *non bis in dem*, el cual dispone que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo ilícito; así mismo el hecho de vender y distribuir sustancias ilícitas y aquellos que ejerzan el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente como lo señala el mismo tipo penal, consideramos que, en esta conducta simplemente podría imponerse una multa o un arresto como lo menciona el artículo 9° de la Ley de Justicia Cívica referente a la sanción de las fracciones y en cuanto a la fracción XIII del artículo 8° del mismo ordenamiento legal. Otra alternativa para imponer la sanción podría ser dependiendo del estudio económico de la persona para aquellas que realicen estas conductas, y así que de esta forma existiría una pronta impartición de justicia, sin haber tenido mayor trascendencia jurídica y economía procesal.

C. MEDIDAS DE SEGURIDAD

Otro de los aspectos punitivos del derecho penal aparte de las penas que impone el mismo, lo son las sanciones que establece a través de las medidas de seguridad, pues consideramos que ya no puede afirmarse que el derecho penal solo señale las penas a los delitos, sino disponga un segundo mecanismo como lo es la medida de seguridad, estas no suponen una amenaza de un mal para el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo; mientras que la pena se infringe por un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio para evitarlo, las medidas de seguridad además no presuponen la comisión de un delito previo, sino el peligro de un delito futuro.

El autor Eugenio Cuello Calón respecto de las medidas de seguridad menciona lo siguiente. "Las medidas de seguridad consisten en especiales tratamientos impuestos por el Estado o determinados delincuentes encaminado a obtener su adaptación a la vida social o su segregación de la misma. A la

primera clase pertenecen:

- a) el internamiento curativo de los delincuentes alcohólicos y toxicómanos.
- b) el de los mendigos y vagabundos habituales para su adaptación a la vida del trabajo.”³⁹

Por lo anteriormente expuesto podemos llegar a la conclusión que el Legislador al crear normas penales –delitos- debe de procurar que los mismos sean relevantes para nuestro ordenamiento penal, el ser sancionados de la manera más severa, pues si bien consideramos que el mismo no debe crear tipos penales que puedan corregirse dentro del ámbito de infracciones administrativas o medidas preventivas de seguridad para el individuo, vivimos una época en donde el Estado debe de intervenir cuando la conducta no pueda resolverse debidamente por otras instancias.

En la actualidad se requiere que la función del Estado incremente sanciones a delitos de mayor relevancia jurídica, antes que crear delitos como el de utilización indebida de la vía pública ya que por cuanto hace a este delito debe de ocuparse en establecer mejores políticas criminales, consideramos a aquellos jóvenes adictos desde tiempo atrás, o aquellos que la venta y distribución es su manera de subsistir por razones económicas, familiares, sociales y al entrar a la esfera procedimental el considerarlo delincuente, someterlo a cada etapa del mismo e imponerle como sanción una medida de desintoxicación o dehabilitación o una multa el Legislador no soluciona un problema social pues no considero que son jóvenes que olvidan su entorno social, sin ingresos económicos no sabemos si el mismo desea rehabilitarse o

³⁹ .- Cuello Calón “Op. cit.”. Pág. 590

desintoxicares; de igual manera el hecho de sancionar a aquellos que determinen a otros a ejercer comercio, debemos de considerarla como una fuente de trabajo, es sabido que la autoridad al emitir permisos son a base de incentivos no establecidos, creer en una utopías no es resolver problemas sociales, pues solo amplia nuestro código penal de tipos sin eficacia jurídica.

Finalmente desde nuestro particular punto de vista una mejor política social tendría una mejor prevención para la solución de las personas adictas a solventes, tales como lugares recreativos, creación de zonas habitables para personas de la calle, la creación de empleos, permisos provisionales a comerciantes en lugares determinados, programas de alimentación realizados por el Estado, creación de Centros para aprender oficios, establecer una adecuada política criminal para evitar conductas antisociales que se producen, y quizá antes de que fuera necesario legislar.

CAPITULO IV

EL BIEN JURIDICO EN EL DELITO DE UTILIZACION INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA.

A. EL PRINCIPIO DE PROTECCION DEL BIEN JURIDICO EN EL DELITO DE UTILIZACION INDEBIDA DE LA VIA PUBLICA.

El derecho penal como lo hemos mencionado en el presente estudio esta legitimado para intervenir exclusivamente en la protección de bienes jurídicos cuando estos son lesionados o puestos en peligro por comportamientos antisociales.

Así mismo tenemos que el principio de necesidad de protección de bienes jurídicos es también la necesidad de intervención del Estado sólo cuando requieren de protección jurídica.

La necesidad de protección de estos bienes surge a cada momento, dependiendo de la situación política, jurídica, cultural o social en la que vivimos, el Legislador con esa facultad que la ley le confiere al representar al pueblo tiene esa libertad para legislar que necesidades sociales deben de ser protegidas por el Estado, siendo algunas decisiones inseguras, ya que desconoce la mayoría de las veces los factores que condicionan el efecto motivador de las conductas del hombre en sociedad; además la tarea del Legislador como ya lo hemos mencionado es indispensable y de suma relevancia, ya que el mismo debe de valorar dentro de los parámetros de los elementos objetivos, subjetivos y de normatividad, si se es necesario o no tutelar bienes jurídicos, tal y como lo mencionamos al referirnos en la teoría del tipo; y al referirnos a aquellas conductas que deben estar detalladamente descritas por el

Legislador para que en el momento de su aplicación el Juzgador no incurra en sanciones arbitrarias al imponerlas al agente del hecho delictuoso; siguiendo el principio de *nullum crime, sine poena, nullum sine lege*.

Así mismo es necesario precisar que las sanciones impuestas deben de tener utilidad y eficacia, considerando, que consecuencias culturales, políticas y jurídicas traerán consigo esas manifestaciones del legislador al tipificar conductas dentro de un ordenamiento como lo es el Código Penal; Sin embargo antes de determinar una conducta delictuosa el Legislador debe de determinar que no ya no existen medios suficientes de tutela jurídica que sean menos lesivas y que la forma de ataque sea considerada merecedora de la intervención penal, tan peligrosa y a veces desagradable para la sociedad.

Es por lo que consideramos que primeramente el legislador debe de señalar políticas criminales, las cuales consisten en el contenido sistemático de principios, garantizados por la investigación científica de las causas del delito y la eficacia de la pena según las cuales el Estado dirige la lucha contra el delito por medio de la pena y de sus formas de ejecución, la función de la misma es la prevención y la represión de la delincuencia.

La comisión del injusto penal no solo lesiona la reacción penal, sino también implica gastos económicos que se destinan al funcionamiento de la administración de justicia y de ejecución de penas, los costos sociales de las mismas, resultan innecesarios y los mismos pueden ser destinados implementar programas sociales para la prevención del delito.

La seguridad jurídica que debe darse a la sociedad no debe de estar solamente encaminada a conductas consideradas delictuosas, el Estado debe ser pertinente en la elaboración de normas que no deben de ninguna manera ser

legisladas en forma tempestiva como se ha considerado en la exposición de motivos del artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, cuando se ha tenido una prisa política electoral, gobernar no significa engrosar un ordenamiento punitivo, lo que reclama la sociedad en estos momentos son acciones no represoras tan graves, ninguna sociedad desea un Estado policía que intervenga con sanciones mínimas sin eficacia jurídica, como lo es la que dispone este artículo, el hecho es que se debe de discutir más a fondo; aquellas personas que viven inhalando o consumiendo sustancias lícitas, no tan solo con una pena de desintoxicación o deshabituación tendrán una verdadera rehabilitación, es necesario primeramente establecer mecanismos que ayuden a estas personas a llevar una vida digna y decorosa, el hecho de vender o distribuir significa otro problema social, la falta de empleo que se viven en este momento, y la falta de flexibilidad del Gobierno al comercio ambulante hace que cada persona trate de sobrevivir dentro de su entorno social.

Es por lo que consideramos que este tipo es ineficaz de acuerdo al principio de protección del bien jurídico, pues el mismo no ha agotado esas instancias para prevenir el delito, tipificando estas conductas solo conllevan a incrementar el porcentaje delictivo, sin dar una solución al problema, que delito que concluimos no es considerado peligroso para la sociedad.

B. EL ESTADO EN LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS.

El Estado protector de bienes jurídicos ha de justificarse como un sistema de protección de la sociedad, los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denominan bienes jurídicos.

Ahora bien en este sentido el Estado debe darse cuenta que el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando alguna de las conductas puedan corregirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales, deberá preferirse la utilización de medios con carácter el carácter de sanción, con una adecuada política social creada para la conservación de esos interés del hombre en sociedad para que posteriormente continúen las sanciones no penales como las civiles (por ejemplo; la nulidad de negocios jurídicos, reparación de daños y perjuicios) o administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones etc.) Solo cuando ninguno de los medios anteriores sean suficientes, estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad.

Es así que el delito del cual se hace referencia en el presente análisis resulta un tanto incesario ya como se ha señalado anteriormente existen otras formas mediante las cuales el Estado puede proteger el bien jurídico tutelado sin establecer una nueva figura delictiva; así mismo consideramos que debe tratarse con una exigencia de economía social coherente con la lógica que en este tiempo vivimos y que el Estado social que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.

Así mismo consideramos que el Estado debe legitimar la función de prevención en la medida en que se es necesaria para proteger a la sociedad; es decir el Estado a través del poder legislativo se obliga en lo posible a poner al

Derecho Penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano.

Deberá legitimarse como sistema de *protección efectiva de los ciudadanos*, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y solo en la medida- de lo necesario para aquella protección, ello ya constituye un límite de la prevención del delito.

Finalmente podemos decir que un Estado democrático es aquel que frente al fenómeno de la criminalidad cuenta con diversas *alternativas político criminales* que ofrece al pueblo para garantizar sus intereses, y no solo con las medidas de carácter penal.

Una sociedad moderna e ideal,- ideal dentro de los límites que permite nuestra realidad- no puede ser aquella cuyos miembros vivan siempre bajo la amenaza penal.- ya que se restringe la libertad. El derecho Penal no es ni se puede ser el remedio estatal para todo mal que aqueja a la sociedad. Es recomendable, por ello, que el Estado eche mano de otras alternativas menos nocivas y más eficaces como lo hemos mencionado anteriormente, aunque ello implique el esfuerzo de tener un conocimiento previo, amplio y preciso de la realidad en la que se trata de implantar una determinada medida.

El Estado debe considerar que la lucha contra la delincuencia esa delincuencia que afecta más en nuestros intereses particulares y que son de mayor gravedad debe de ser integral, preventiva y enfrentando sus causas y consecuencias siendo establecidas con políticas de carácter educativo, cultural, social, económico, atacando las diversas conductas previstas en la legislación penal y aplicando las correspondientes sanciones y de prevención especial,

aprendiendo el aspecto del tratamiento y de la readaptación social. De lo anterior para establecer una política criminal eficaz que comprenda los diferentes niveles de intervención a los casos concretos por el Estado, es decir en su intervención mínima por la procuración de la armonía en sociedad.

C. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL.

El principio de legalidad, es derivado de la teoría del contrato social de Jean Jacques Rosseau quien sostenía que el fundamento del Estado es un pacto en que cada individuo enajena su libertad y se obliga a someterse a la voluntad de la mayoría es decir, presupone una organización política basada en la división de poderes, en el que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo, el ciudadano bajo este contrato social asegura su participación política democrática por medio del poder legislativo, quien representa al pueblo y a través del cual existe un cierto límite al ejercicio del poder punitivo estatal; solo de este poder pueden emanarse las leyes mismas siendo de esta manera la expresión de la voluntad del pueblo; de lo anteriormente mencionado podemos considerar que es en parte una exigencia de seguridad jurídica que requiere solo la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y las penas, en donde ningún Magistrado o Juez pueden aumentar las penas establecidas por las leyes.

Este principio Constitucional de legalidad lo encontramos en el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional que a la letra dice:

Artículo 16 párrafo segundo: "...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito,

sancionado cuando menos con una pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...”

Así mismo podemos destacar que existen ciertas exigencias del principio de legalidad los cuales amparan los siguientes puntos:

- a) **Una garantía criminal;** la cual exige que el delito se halle determinado por la ley, (*nullum crime sine lege*).
- b) **Una garantía penal;** requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho, (*nullum poena sine lege*)
- c) **Una garantía jurisdiccional o judicial;** exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido.
- d) **Una garantía de ejecución;** requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule

Es importante destacar este principio de legalidad dentro de nuestro estudio toda vez que el mismo como lo hemos mencionado hasta este momento pues si bien la elaboración de las leyes penales no puede dejarse al libre albedrío del Legislador, las mismas deben de estar previamente diseñadas para la procuración de la armonía y bienestar de la sociedad en la que vivimos actualmente.

Retomado este principio desde el punto de vista Constitucional los intereses de las normas no pueden ser incompatibles a la misma, pues si bien debe existir cierta concordancia entre las leyes penales con Nuestra Carta Magna, la investigación de la efectividad para preservar los intereses que deben

de tutelarse en este caso los bienes jurídicos de mayor trascendencia.

Es por lo que consideramos pertinente que todo tipo delictivo debe de traer implícita la pena para quien llegara a realizar una conducta delictiva pues como el mismo aforismo lo indica que cuando no exista una sanción carece entonces de considerarlo delictivo y a mayor abundamiento consideramos que para que exista una sanción debe existir una norma que determine lo regulado en la ley para que el hecho delictivo sea sancionado y considerado un delito.

Consideramos que en la elaboración de normas penales debe de tenerse un estricto control sobre las mismas para evitar que posteriormente carezcan de errores vistos desde el punto de vista judicial, es por lo que en base a nuestro estudio y a la entrada en vigor de este ilícito penal a los diversos Juzgados de Paz Penal del Distrito Federal, el Agente del Ministerio Público remitía innumerables consignaciones bajo el delito de utilización indebida de la vía pública y tomando como referencia la entrada en vigor de este nuevo ilícito a partir de enero del año próximo pasado hasta el mes de enero del presente año en razón de la delimitación que se fija como estadística se consignan 30 averiguaciones previas por mes en cada uno de los Juzgado de Paz Penal del Distrito Federal, lo cual que a partir de esa fecha hasta enero del presente año se han consignado 360 averiguaciones previas, de las cuales el 98% han estado en espera de que la policía judicial capture a los indiciados a efecto de ser sujetos al procedimiento respectivo y podemos hablar que el restante 2% han sido sometidos a procedimiento y condenados a una sentencia; siendo de esta forma que más que la mitad de estos expedientes quedan sin ni siquiera haberse resuelto su situación jurídica, esta estadística es en base a datos proporcionados por personal de diferentes Juzgado del Distrito Federal, no siendo una estadística oficial.

De lo anterior podemos concluir que el principio de legalidad al que hacemos referencia en el presente estudio es fundamental para que el Legislador nuevamente retome todas aquellas situaciones de prevención para las conductas delictuosas, teniendo de esta forma el mayor de los cuidados para la procuración de justicia eficaz.

D. TIPOS DE PREVENCIÓN

Entendemos que la prevención del delito es una función que se le atribuye a la política criminal o en otras palabras, constituye uno de los importantes objetivos con fines que persiguen determinadas medidas político criminales frente al fenómeno de la delincuencia, al que tratan precisamente de prevenir.

La política criminal como parte de la política social del Estado es sencillamente, la política que el Estado adopta para cumplir su función en materia criminal y tiene como objetivo primordial la lucha contra el delito, para lograr la vida ordenada en comunidad, lo que realiza previniéndolo o reprimiéndolo a través de una serie de medidas o estrategias político criminales que pueden enforzarse, por tanto de diversa manera y perseguir diversos fines, siempre en torno al problema relacionado con el delito, pueden buscar prevenirlo de manera general, de manera especial, de manera particular o bien reprimirlo. De ahí que, dentro de la política criminal, puedan distinguirse medidas de control de carácter *penal*, que en su conjunto conforman el sistema penal, y medidas de índole *no penal* que a su vez se vinculan con otras u otras políticas que, teniendo un objetivo específico, también tienen que ver, o pueden ver, con las prevención de la delincuencia.

En el ámbito específico de la política criminal, la misma se ocupa de cómo configurar el derecho penal y la forma más eficaz posible para poder cumplir su

tarea de protección de la sociedad.

En la realización de sus objetivos la política criminal tiene que observar ciertos criterios o principios o revestir ciertas características, que observar determinados límites, dependiendo del tipo Estado como lo mencionamos anteriormente en que se da, pues el tipo de política criminal debe de regir en determinado Estado, está debe estar acorde con la política general que el mismo Estado sigue. Pueden, pues distinguirse diferentes tipos de política criminal, en atención a estos rasgos característicos: los habrá en que sus niveles y aspectos respeten ampliamente sus derechos humanos y por ello respondan a más exigencias de un Estado democrático de derecho, o los habrá como aquellos que se aparten de esas directrices y se correspondan más a un Estado autoritario o absolutista. En la actualidad se plantea la necesidad de una política criminal más acorde a las exigencias de un Estado de derecho, que sea ampliamente respetuoso de los derechos humanos; lo que implica que de tales tipos de Estado.

Un Estado democrático interno es aquel que frente al fenómeno de la criminalidad cuenta con diversas alternativas político criminales que ofrecer al pueblo para garantizar sus intereses, y no solo con las medidas de carácter penal.

a) Prevención a través de medidas no penales.

Entre las medidas de prevención de carácter "no penal", que deben tener prioridad dentro de una adecuada política criminal, destacan las de carácter educativo, cultural, social, sanitario, económico, laboral y político, que involucra la función que corresponde desarrollar a diferentes dependencias del gobierno,

así como la participación de la comunidad, De esta manera la lucha no se limita a la "persecución" y "represión" (de delitos y de delincuentes), sino que se adecua al amplio horizonte de prevenir el fenómeno.

La prevención primaria debe ser instrumentada como uno de los medios más eficaces de reforzamiento negativo a través de la educación, la publicidad, el modelo Institucional los cuales deben de encontrarse bajo un control permanente de la autoridad; Juega también un importante papel la religión, aquí la prevención se orienta a trata de que exista una correspondencia entre lo que se discrimina o se señala como debido a través de los libros la enseñanza verbal, la conducta de otros sujetos (padres, hermanos, maestros etc.) y la propia conducta siendo trascendente, por tanto, el aprendizaje social, por que aunque el aprendizaje familiar sea el básico, el primero es critico, las probabilidades de que se generen impulsos y operantes reproductores delictivos son altas.

Juegan igualmente importante papel los medios de comunicación. Imaginemos cuantos receptores de radio y televisión existen en nuestro País lo que sin duda inciden en la conducta humana favoreciéndola o deteriorándola, según el tipo de programas que se trasmita, además de que la información que se da a conocer se encuentra manipulado.

Según lo establecido en el programa específico de la Procuraduría General de la República correspondiente al programa Nacional de procuración e impartición de justicia 1995-2000, las medidas planteadas, en coordinación con la Secretaria de Gobernación y conforme a los lineamientos del Consejo Nacional de Seguridad Pública, para la prevención de conductas antisociales, comprenden los siguientes aspectos:

- A) Concientización y capacitación ciudadana en materia de garantías constitucionales y de prevención del delito; a través de campañas masivas de comunicación social y la organización de foros dedicados a la prevención del delito, que reúnan diversas personalidades del sector público, privado y social, y en donde se concierten y difundan las políticas preventivas.
- B) Ampliación de los niveles de seguridad de la población; a través de la formación de grupos de ciudadanos que implementen comités de vigilancia y de seguridad, el establecimiento de líneas telefónicas en las que de forma gratuita y sin necesidad de acudir directamente a las delegaciones puedan dar aviso a las autoridades, la vigilancia constante en zonas de riesgo y la ampliación de las bases y la coordinación entre diferentes cuerpos de seguridad.
- C) Diferenciación y selectividad de las acciones de prevención; lo que implica adecuar las estrategias de prevención del delito a las circunstancias sociales, económicas y culturales de cada entidad federativa al centro de población y a la particular problemática delictiva que de ellos se deriva.

b) Prevención a través de medidas penales.

Entran a consideración las que forman el sistema de justicia penal, abarcando sus diversos aspectos y sus sectores o subsistemas; Ejecutivo, Legislativo y Judicial importa por ahora destacar el subsistema legislativo, el que a su vez comprende la legislación penal sustantiva (código penal y leyes especiales), la legislación penal procesal (código de procedimientos penales) y la legislación penal ejecutiva (leyes de ejecución de sanciones o ley de normas mínimas) sin olvidar la correspondiente a menores infractores:

Por lo que hace a la legislación sustantiva que es la que se ocupa de

regular los delitos y las penas, se admite también que ella puede tener una función preventiva general, además de la propiamente retributiva o represiva dicha función preventiva se plantea desde la propia existencia de la Ley, desde su diseño y contenido sobre todo a través de la presencia de los tipos penales y de las punibilidades amenazas penales, en tanto a través de la presencia de los tipos penales y de las amenazas penales, en tanto se considera que ellas pueden tener efectos motivantes o disuasorios por que pueden influir psicológicamente en los individuos –destinatarios de las normas penales-, producir en ellos cierto efecto intimidatorio lograr que se abstengan de cometer hechos delictuosos: para que ese efecto pueda lograrse en una medida considerable se requiere que el Estado, además de adoptar medidas legislativas adecuadas político-criminalmente hablando, de a conocer amplia y debidamente dichas medidas que originan.

Lo propio debe suceder con relación a la legislación procesal penal – en el ámbito judicial, así como en el ámbito de procuración de justicia, que comprende la actuación del Ministerio Público y de la Policía Judicial, que es el ámbito de la aplicación practica de la ley, También pueden derivarse efectos preventivos generales–tengan otros mayor carácter y con mayor peso--, lo que dependerá en gran medida de la adecuada actuación de los órganos respectivos; que no hayan rezagos en la procuración de justicia que la investigación de los delitos se modernicen y que no haya impunidad entre otros. La política de prevención especial, en cambio plantea fundamentalmente en el ámbito de la ejecución de la penas medidas de seguridad que de acuerdo con el artículo 18 Constitucional, busca la readaptación social o resocialización del sujeto que ha delinquirido y a quien se le ha impuesto una pena o medida de seguridad para efectos de lograr que no se vuelva a delinquir.

F. EXPOSICION DE MOTIVOS DEL ARTICULO 171 BIS DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para el presente estudio es preciso analizar la exposición de motivos del artículo 171 BIS con la cual el poder legislativo local en materia penal elevó al grado de delito a aquellos que utilicen la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas o para inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin, asimismo describe la conducta por lo que hace a aquellas personas que determinan a otras a ejercer el comercio en la vía pública; el diario de debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal celebrado en su tercer periodo extraordinario de sesiones del segundo ejercicio de año, de fecha 02 dos de septiembre de 1999, fungiendo como Presidente el C. Diputado ALFREDO HERNANDEZ RAIGOSA.

Sesión extraordinaria que entre otras cosas se debatió sobre dividir el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fueron común y para toda la República en Materia de Fuero Federal cuya vigencia inicio el 17 de septiembre de 1931, derogando, reformando y adicionando diversos artículos, para quedar finalmente dividido y ahora llamarse Código Penal para el Distrito Federal con sus reformas y adiciones publicadas hasta el 31 de diciembre de 1998, mismo con las reformas del presente decreto, mismo que entro en vigor el primero de octubre de 1999, destacando por su importancia el análisis de uno de los artículos que en el mencionado decreto se adiciono y que constituye una figura delictiva totalmente novedosa.

Primeramente señalaremos que la iniciativa de decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código penal, fue presentada por la C. Diputada YOLANDA TELLO MONDRAGON, integrante del

Grupo Parlamentario del Partido de la revolución Democrática, cuya exposición de motivos con relación al delito a estudio se estableció como respuesta a un reclamo legítimo de la Sociedad, incorporándose el artículo 171 BIS adicionado al Título Quinto "Delitos en materia de vías de comunicación y de Correspondencia", figura típica cuyo fin es tutelar la practica y convivencia en la vía pública, sin que implique invasión al fuero federal, pues la venta y el consumo y distribución de sustancias ilícitas o lícitas no destinadas a la inhalación o consumo en las calles de la Ciudad afectan la libre utilización de los espacios públicos y fomentan la comisión de conductas delictivas de mayor gravedad, incitativa de ley presentada y dictaminada por la primera legislatura en el Distrito Federal, con su quórum integrado con 54 diputados.

Cabe destacar que el texto original de la inserción del artículo 171 BIS, es la siguiente:

ARTICULO 171 BIS.- Comete el delito de utilización ilícita de la vía pública;

I.- El que utilice la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas no destinadas a la inhalación o consumo, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos jurídicos:

II.- El particular que, en la vía pública y mediante la violencia física o moral, intimide a cualquier persona realizando actos que afecten o puedan dejar de afectar el libre ejercicio de sus derechos; y

III.- El que instigue o compela a otro a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción I se le impondrán

de seis meses a un año de prisión y multa de treinta a setenta días multa.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracciones II y III de este artículo, se le impondrá de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa.

Presentando por escrito una moción suspensiva en contra de la iniciativa de ley por el Grupo parlamentario de Acción Nacional a la Presidencia de la Asamblea, así como también por el grupo parlamentario del Partido Verde Ecologista en la cual por orden de peticiones fundamentaron su moción tocando exponer al C. Diputado Armando Salinas Torre por Acción nacional quien al referirse en la entonces presunta delictiva manifestó: "...El grupo parlamentario PAN siempre ha manifestado la urgente necesidad de atender el problema de la inseguridad pública, pero en esta ocasión se esgrime dicha urgencia como la justificación para presentar una iniciativa que atiende precisamente a criterios de urgencia, incompatibles con una propuesta adecuada a la dimensión y tipo del problema. Una muestra más de lo anterior es que se tipifica, como delito utilizar la vía pública para consumir, distribuir o vender no solo sustancias ilícitas, sino también lícitas, así dice, aún cuando se refiere a las no destinadas a la inhalación o consumo. Lo anterior, Señoras y Señores diputados del Partido de la Revolución Democrática y del adendum, integrantes de la comisión dictaminadora y honorable pleno, se llama criminalizar el comercio ambulante, o su inhalación llámese bronceador, pasta dental, cremas faciales, incluso el jabón líquido que venden en Chapultepec, con el que hacen burbujitas los niños, el día primero de octubre será un delito en términos redactados.

Estamos plenamente seguros que con propuestas legislativas como la anterior, no se contribuye a combatir la inseguridad, que de acuerdo con la

iniciativa es el motivo de las reformas. Si en cambio genera un clima de inseguridad jurídica sumamente grave, por la irresponsabilidad de legislar de manera urgente, por la obstinación de hacer ley o algo que todavía no esta suficientemente discutido y no nada más entre los diputados, porque el derecho penal afecta a todos y no nada mas entre los diputados, porque el derecho penal afecta a todos.

Esta no es una ley de mercado donde afecte a los locatarios de los mercados, este no es una ley de transporte donde afecta única y exclusivamente a los usuarios o a los prestadores de un servicio de transporte; esto no es una ley que regule única y exclusivamente a un gremio de la sociedad; es una ley que afecta a todos... se criminaliza al ambulante, esto señores legisladores, corresponde a la política criminal de un Estado represor, mención aparte obviamente de las incongruencias técnicas en las que incurriré o en las que incurre la redacción de los tipos delictivos, sirva como ejemplo las siguientes hipótesis normativas del mismo artículo: Utilizar la vía pública para consumir sustancias lícitas, no destinadas al consumo o a su inhalación..." sigue diciendo "...para hacer ley se requiere cuando menos, conocimiento directo al problema real, sensibilidad y evaluación política de los intereses en juego, nociones y conocimiento del orden jurídico, habilidad para sensibilizar y reducir el cuerpo y los elementos de los problemas puestos a su conocimiento y por último, facilidad y claridad al redactar el lenguaje normativo, ninguno de estos requisitos que se cumple..."

De igual manera en uso de la palabra el C. Diputado José Alfonso Rivera Domínguez señaló: "...al entrar en vigor este Código o estas reformas al código penal, pondremos en serios riesgos la certeza jurídica y la certidumbre de los ciudadanos de esta capital. La iniciativa que se pretende aprobar, significa poner en marcha medidas francamente represoras, propias de un régimen fascista

totalitario y represor...”

Convocando el C. Diputado ALFREDO HERNANDEZ RAIGOSA en votación económica a la Asamblea si es de aceptarse o desecharse la moción suspensiva presentada por el Grupo Parlamentario del Partido de Acción Nacional. Dando un total de 26 votos a favor, 35 votos y 1 abstención, desechándose la propuesta de moción suspensiva.

Ante la respuesta de la moción suspensiva propuesta por el PAN, el C. Diputado José Eduardo Escobedo Miramontes presento una personal fundamentándola en lo siguiente y en lo que nos ocupa "...Quiero referirme igualmente al artículo que tiene que ver con el artículo 171 BIS, hay críticas de los medios de comunicación hace unos días, reformulan el dictamen, tratan de mejorar esta cuestión de quienes consuman o inhalen en la vía pública, pareciera dirigido a los niños de la calle con toda la discrecionalidad junto con otras fracciones que se llama "utilización ilícita de la vía pública, y en esta "utilización ilícita de la vía pública" vienen aquí a señalar en la fracción II; El particular que en la vía pública y mediante la violencia física o moral intimide a cualquiera persona realizando actos que afecten o puedan afectar el libre ejercicio de sus derechos... mismo que sigue diciendo ... Fracción III de este novedoso artículo.- "El que instigue o compela a otro a ejercer el comercio en la vía pública, sin permiso de la autoridad competente. A contrario sensu y contra todo lo que ahorita puede existir en la polémica sobre este tema; se obliga o debe de haber comercio en la vía pública, ni más ni menos, compañeros es que evidentemente ejerza el comercio de la vía pública y los más peligroso, lo más riesgoso es que personas humildes como estas personas que peyorativamente son denominadas como "marías", ¿van a ser sujetas a esta responsabilidad penal por instigar a sus hijos a ejercer el comercio de la vía pública o vender chicles o vender otro tipo de mercancías de las vías públicas? pues eso lo que esta diciendo, aquí no hay otro tipo de precisión...

Precisen entonces ustedes los tipos penales, ese es el gran problema de esto. Si ustedes no precisan y acotan, lo dejan a una aplicación arbitraria de ministerios públicos y de agentes de la policía judicial, compañeros, que todos sabemos están esas instituciones de procuración de justicia, de policía preventiva en el país, y lo digo también, y en la ciudad. Entonces, no vemos puertas abiertas a cuestiones de arbitrariedad y discrecionalidad...

Finalmente el mismo concluye diciendo es la redacción de conductas que van a tener implicaciones serias y gravísimas para la libertad personal. Para la seguridad de las familias, para la tranquilidad del orden público y para una convivencia armónica en este caso la capital del país”.

De igual manera la C. Diputada MARIA ANGELICA LUNA Y PARRA Y TREJO LERDO opino: “...Engañar a la ciudadanía convirtiéndolo de pronto la ley de Justicia Cívica, llevándola al Código penal atacando y convirtiendo en delito el comercio ambulante y aquel que instigue a los comerciantes engañando a la ciudadanía con una prisa ridícula...

Cualquier gente que tenga sentido político entiende que son las prisas electorales, porque se quiere salir con la imagen de haber hecho algo después de un año y medio de haber pretextado que no se podía gobernar, primero, porque no encontraban los papeles y, después, porque no tenían presupuesto; ahora sí quieren gobernar. Ahora sí quieren gobernar y con el Código Penal; eso no es aceptable, compañeros...”

Ante tales argumentos y en razón de una errónea apreciación que de la iniciativa de ley se estaba dando, expuso entre otras cosas la C. Diputada ANA LUISA CARDENAS PEREZ del grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática ¿por qué no reconocer que esta propuesta tiene parte positiva? ¿por qué venir a mentir a esta tribuna diciendo “marías” van a ser condenadas

por delito? . Esto no es cierto y son asuntos que se han venido planteando, que no tienen en ninguna de sus partes, ni esa intención, ni esa reforma, es el código.

Lo que se pretende con ordenar y condenar a la gente que utiliza precisamente a las personas que venden en la vía pública, es a los líderes, y claro que tienen dedicatoria para todos aquellos líderes que de manera ilícita se han enriquecido a costillas de todos los ambulantes y la gente que verdaderamente tiene necesidad. Hay que decir las cosas como son y como viven plasmadas en el dictamen... pero lo que no se vale es que se venga a mentir y que hoy se desvirtúen propuestas que tienen que ver con avances reales al combate a la delincuencia y al problemas que miles de familias en esta Ciudad padecen.”

Posteriormente en uso de la palabra la C. Diputada MARIA DE LOS ANGELES CORREA DE LUCIO y en relación al artículo 171 BIS señaló:

“En el artículo 171 BIS que se propone adicionar el dictamen, consideramos que la fracción II es muy amplia, y podría aplicarse casi a cualquier realizada en la vía pública, lo que podría resultar en perjuicio de las garantías individuales de los ciudadanos, por lo que proponemos que dicha fracción sea eliminada y en consecuencia la fracción III pase a ser fracción II. Se propone que se especifiquen las conductas descritas en la fracción I, para que solo queden comprendidas sustancias lícitas que no estén destinadas para su inhalación o consumo, como son el thiner, cemento, resistol y solventes que producen efectos psicotrópicos.

Con este tipo penal no se pretende penalizar la pobreza, ni saturar las cárceles, sino por el contrario, combatir la venta y distribución de estas sustancias razón por la cual en el penúltimo párrafo sólo se impone como sanción para el consumo de estas sustancias nocivas para la salud el tratamiento que corresponda, con lo que se da respuesta a un grave problema social y se hacen más seguras nuestras calles. Así mismo, en la fracción III, pasa a ser fracción II,

se propone que se especifique que para la actualización del delito de las conductas señaladas deben realizarse de manera reiterada y siempre y cuando el autor obtenga con la realización de las mismas algún lucro o beneficio para sí o para tercero.

Tenemos en cuenta que el comercio en la vía pública es de gran parte consecuencia de la situación económica del país, por lo que no se pretende castigar a las personas que tienen que recurrir a él para subsistir, sino solo aquellos líderes que hacen de esta situación un modus vivendi que les reditúa grandes beneficios generalmente apoyados en la extorsión y en el abuso.

Quedara de la siguiente manera el artículo 171 BIS .-

ARTICULO. 171 BIS. Comete el delito de Utilización Indevida de la Vía Pública:

I.- El que utilice la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas o para inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin y que produzcan efectos psicotrópicos, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos jurídicos; para los efectos de este artículo, son sustancias ilícitas las así calificadas por la Ley General de Salud; y

II.- El que determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente obteniendo algún beneficio o lucro para sí o para un tercero.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción I se le impondrá de seis meses a un año de prisión y multa de treinta a sesenta días multa. Cuando la conducta realizada consista en el consumo o inhalación, la pena será de hasta seis meses de tratamiento de desintoxicación o

deshabitación que corresponda en el centro de atención para tal efecto.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción II de este artículo, se le impondrá de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa.

Exponiendo su reserva la C. Diputada VERONICA DOLORES MORENO RAMIREZ propuso "... que el artículo 171 BIS quede como a continuación leeré: Comete el delito de utilización indebida de la vía pública: fracción I.- El que utilice la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas. Se consideran sustancias ilícitas las que determine la ley General de salud. Así como las personas que inhalen sustancias ilícitas no destinadas a ese fin y que produzcan efectos psicotrópicos.

Fracción III.- El que lucre, instigue o compele a ejercer el comercio en la vía pública, al que incurra en la comisión de algunas de las conductas señaladas en la fracción I, se le impondrán de 6 meses a 1 año de prisión y una multa de 30 a 60 días de salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal. Cuando la conducta realizada consista en el consumo de la inhalación, la pena será de hasta 6 meses de tratamiento, de desintoxicación o deshabitación que corresponda en el Centro de atención destinado para tal efecto. En los casos de reincidencia se duplicará las penas señaladas

Exponiendo su reserva la C. Diputada YOLANDA TELLO MONDRAGON sugirió: "... En el artículo 171 BIS, que propone adicionar el dictamen consideramos que la fracción II es muy amplia y podría aplicarse a casi cualquier conducta realizada en la vía pública, lo que podría resultar en perjuicio de las garantías individuales de los ciudadanos, por lo que proponemos que dicha fracción sea eliminada y en consecuencia la fracción III pase a ser la fracción II. Se propone

que se especifiquen las conductas descritas en la fracción I para que solo queden comprendidas sustancias ilícitas que no están destinadas para su inhalación o consumo, como son el thinner, cemento, resistol y solventes, producen efectos psicotrópicos, y las sustancias lícitas que señalan como tales la Ley General de Salud.

Con este tipo penal no se pretende penalizar la pobreza ni saturar las cárceles sino, por el contrario combatir la venta y distribución de estas sustancias, razón por la cual en el penúltimo párrafo sólo se impone como sanción para el consumo de estas sustancias nocivas para la salud el tratamiento que corresponda en lo que se da respuesta a un grave problema social y se hacen más seguras nuestras calles. Asimismo, en la fracción III, pasa a ser fracción II, se propone que se especifique que para la actualización del delito será siempre y cuando el autor obtenga con la realización de las mismas algún lucro o beneficio para sí o para tercero.

Tomemos en cuenta que el comercio en la vía pública es gran parte consecuencia de la situación económica del país, por lo que no se pretende castigar a las personas que tienen que recurrir para subsistir, sino solo a aquellos líderes que hacen de esta situación un modus vivendi que les reditúa grandes beneficios generalmente apoyados en la extorsión y el abuso.

Quedara de la siguiente manera:

Artículo 171 BIS. "Comete el delito de Utilización Indebida de la Vía Pública":

I.- El que utilice la vía pública para consumir, distribuir o vender sustancias ilícitas o para inhalar sustancias lícitas no destinadas a ese fin y que produzcan efectos psicotrópicos. Sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos jurídicos; para los efectos de este artículo, son sustancias ilícitas:

1.- Las así calificadas por la Ley General de Salud; y

II.- El que determine a otros a ejercer el comercio en la vía pública sin permiso de la autoridad competente obteniendo algún beneficio o lucro para sí o para un tercero.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción I se le impondrá de seis meses a un año de prisión y multa de treinta a sesenta días multa.

Cuando la conducta realizada consista en el consumo o inhalación, la pena será de hasta seis meses de tratamiento de desintoxicación o deshabitación que corresponda en el centro de atención para tal efecto.

Al que incurra en la comisión de alguna de las conductas señaladas en la fracción II de este artículo, se le impondrá de uno a tres años de prisión y multa de cien a trescientos días multa.

Finalmente se aprobó el dictamen presentado por la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, con proyecto de decreto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal en lo general y en lo particular con las propuestas aprobadas.

Remitiendo al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para efectos Constitucionales. Cerrándose la sesión a las 20:55 horas del día 02 dos de septiembre del año próximo pasado.

De lo anteriormente expuesto por nuestros legisladores en la exposición de motivos del artículo 171 BIS del Código Penal del distrito federal debemos considerar como lo hemos mencionado anteriormente que el Estado de derecho debe tener un carácter fragmentario el cual significa que el derecho penal solo

debe de sancionar algunas modalidades de conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, siempre que los mismos deban de ser sancionables penalmente por algunas modalidades de ataques o algunos específicos comportamientos, por lo que a esto consideramos en base al principio de *ultima ratio* solamente deben de ser los más peligrosos y los más repudiados por la sociedad, en orden de significación ética que la comunidad tiene respecto de esos comportamientos.

Es por lo que afirmamos que este tipo penal utilizo al Derecho penal abusivamente con fines políticos que no debió usar, pues como lo menciona al hacer uso de la palabra la C. Diputada María Angélica Luna Y Parra Y Trejo Lerdo misma que coincide con el C. Diputado Armando Salinas Torre cuando se refiere a que existen prisas políticas electorales, así como al crear esta figura delictiva va a generar la misma un clima de inseguridad jurídica por esa irresponsabilidad de legislar tempestivamente.

Pues no solo con este tipo penal se van a sancionar a las personas desprotegidas, el derecho penal es para toda la sociedad por lo que a todos nos afecta su aplicación, siendo que no existirá una certeza jurídica pues como lo mencionamos no es ideal tener un Estado represor de conductas mínimas; sino lo que realmente consideramos necesario es un Estado que intervenga en delitos que ameriten una sanción ; siempre y cuando esa sanción sea eficaz al problema social.

Finalmente consideramos que no se deben penar tampoco simples perturbaciones del orden público, o a las personas indeseables para la comunidad, como los medidos vagabundos etc. esas personas que debe de intentar reintegrarlas a la sociedad por otros medios distintos al derecho penal, pues las sanciones penales solo consiguen llevar por un peor camino a tales personas en perjuicio de la propia sociedad.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El punto de partida para la creación de los tipos penales, debería estar sujeta a las teorías del tipo y del delito, las cuales son la forma de creación de las normas penales y las cuales deben determinar con la mayor precisión posible que conductas pueden considerarse constitutivas de delitos y penas que pueden sufrir quienes las realicen.

SEGUNDA.- Por lo que respecta al bien jurídico; resulta importante toda vez que del mismo el Legislador al momento de crear tipos penales, establece cuales son los bienes a proteger, es decir en el ámbito del derecho penal serán aquellos bienes de mayor jerarquía, así como debe de llevar implícita la conducta descrita, siempre y cuando en el mismo exista un equilibrio al establecer la punición, dependiendo del grado de afectación del bien jurídico y además que la misma este dentro de la realidad del hombre y de la sociedad.

TERCERA.- En cuanto a la fracción I del artículo 171 bis del Código Penal del Distrito Federal, consideramos que no es donde debe regularse esta conducta, toda vez que el derecho penal, no es el único medio de control social que se ejerce, a través de normas jurídicas, ni que se prevean sanciones formalizadas para ciertas conductas, y puesto que existen otras formas de control social de carácter jurídico, como lo es la administración pública, esta puede imponer a través de sus funcionarios sanciones administrativas.

CUARTA.- Por lo que hace a la fracción II del artículo en cuestión, el hecho de que el legislador sancione a las personas que instigan a otros a ejercer comercio sin permiso de la autoridad administrativa de cierto modo evidencia el problema social, el cual, no puede reprimirse por la falta de empleo y obliga a ejercer este tipo de comercio, el hecho de que se encuentre tipificado en el

Código Penal, consideramos que es una medida severa, además que no ataca el fondo del problema.

QUINTA.- El derecho penal no tiene función preventiva en la comisión de delitos, sino sus funciones exclusivamente, la de sancionar delitos y aplicar penas.

SEXTA.- Respecto a la sanción impuesta a las fracciones I y II del artículo 171 BIS del Código Penal para el Distrito Federal, la misma es ineficaz, no se previeron políticas sociales criminales; el legislador no considero la utilidad de la sanción y la afectación de la misma en sociedad, por lo que podemos concluir, que la punibilidad al artículo en cuestión es arbitraria.

SEPTIMA.- Considerar delictiva la conducta que describe el tipo de utilización indebida de la vía pública vulnera el principio de *ultima ratio* del derecho penal, referida a la protección de bienes jurídicos esenciales que tutelan la norma penal.

OCTAVA.- La administración pública destina recursos insuficientes para el control de la delincuencia, el hecho de tipificar conductas innecesarias como es el caso del delito de utilización indebida de la vía pública regulado en el artículo 171 BIS, obliga a que se distribuya trabajo-hombre y gastos económicos dentro de nuestro sistema penal , no siendo la mejor opción para el control de conductas antisociales; es por lo que consideramos que esos gastos económicos pueden destinarse a mejorar políticas sociales eficaces para el control de la delincuencia en la actualidad.

BIBLIOGRAFIA.

1. Alvarez de Alba Alfonso, "Elementos de la mercadotecnia"; México Compañía editora Continental Vigésima reimpresión, México.
2. Avendaño López Raúl, "la Constitución explicada, México editorial pac; Primera edición 1995.
3. Bonesanos, Cesar Márquez de Beccaria, "Tratado de los delitos y de las penas"; México editorial Porrúa Cuarta edición 1990.
4. Burgoa Ignacio, "Las garantías individuales", México editorial Porrúa S.A. Décima sexta edición 1994.
5. Carrara Francisco, "Programa del Curso de Derecho Criminal, Italia 1877 volumen I.
6. Carranca y Trujillo Raúl, "Derecho Penal Mexicano", México editorial Porrúa S.A. decimoséptima edición 1991.
7. Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal" México editorial porrúa S.A. Vigésimo primera edición 1991.
8. Cuello Calón Eugenio, "Derecho Penal" México editorial Nacional decimonovena edición 1990.
9. Fix Zamudio Héctor, "Comentarios al artículo 14 Constitucional" México dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México UNAM cuarta edición 1995.

10. García Domínguez Miguel Angel, "Teoría de la infracción" México Cárdenas editor y distribuidos, Primera edición 1992.
11. Goldstein Raúl, "Derecho Penal y Criminología", Buenos Aires Argentina editorial Astrea Cuarta edición 1993.
12. Hervada Javier, "Introducción crítica del Derecho Natural"; México editora de revistas Tercera edición 1995.
13. Jiménez de Asua Luis, "Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito", tercera edición Sudamericana. Buenos Aires 1990.
14. _____ "La Ley y el Delito" Buenos Aires, Argentina editorial Sudamericana Decimoquinta edición 1990.
15. Osorio y Nieto Augusto, "Síntesis de Derecho Penal"; México editorial Trillas tercera edición 1994.
16. Pavón Vasconcelos Francisco, "Manual de Derecho Penal Mexicano", México editorial Porrúa S.A. Decimoquinta edición 1991.
17. Pequeño Larousse en Color editorial Larousse Buenos Aires 1985.
18. Preciado Hernandez Rafael, "Lecciones de Filosofía del Derecho", México editorial Jus Vigésimo primera edición 1992.
19. Rabasa Emilio y Caballero Gloria, "Mexicano esta es tú Constitución", editorial Porrúa editores octava edición 1993.

20. Romero Tequxtle Gregorio "Cuerpo del delito o elementos del tipo", México eogs editorial, S.A. de C.V. tercera edición 2000.
21. Vela Treviño Sergio "Antijuricidad y Justificación"; México editorial Trillas tercera edición 1994.
22. Welzel Hanz "La Teoría de la acción finalista", México, editorial Greca 1977.
23. Witker Jorge, "Derecho Económico" México editorial Harla tercera edición 1990.
24. Zaffaroni Eugenio Raúl, "Derecho Penal", México editora Nacional decimonovena edición 1992.I
25. _____ "Manual de Derecho Penal", México cargas editores tercera edición 1993.

LEGISLACIONES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa 2000.
2. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial ISEF 2000.
3. Ley General de Salud, editorial Sista 2001.
4. Código Penal Federal Ediciones Berbera, Distrito Federal 2001.
5. Ley de Justicia Cívica, Editorial ISEF 2000.