



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**“EL CONSUMO DE DROGAS: EXCUSA ABSOLUTORIA DEL DELITO
CONTRA LA SALUD”.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

IVÁN MARTÍNEZ GARCÍA

ASESOR: DOCTOR JULIO CÉSAR KALA

07 SEPTIEMBRE DE 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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 mis padres, Juan Martínez García y Teresita de Jesús García González.

También a Augusto, Alina y Guillermo.

Capitulado.

I Antecedentes legislativos.

Págs.

1 Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación de 1871.....	7
1.1 Delitos contra la salud pública.....	9
1.2 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.....	12
1.2.1 Los delitos contra la salud.....	19
1.3 Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931.....	23
1.3.1 Delitos contra la salud.....	24
1.3.1.1 Reformas.....	25

II Marco teórico.

2	Consideración preeliminar.....	32
2.1	Concepto de excusa absolutoria.....	33
2.2	Características de la excusa absolutoria.....	40
2.2.1	La excusa absolutoria es aplicable a una conducta típica, antijurídica y culpable.....	41
2.2.2	La excusa absolutoria está sustentada en razones de política criminal.....	43
2.2.3	La excusa absolutoria está fundada en la ley.....	45
2.2.4	La excusa absolutoria excluye la punibilidad.....	46
2.3	Tipos de excusa absolutoria.....	47
2.3.1	Excusa absolutoria stricto sensu.....	48
2.3.2	Excusa absolutoria posterior.....	50

III Análisis jurídico de las excusas absolutorias del delito contra la salud.

3 El tipo penal contenido en el artículo 195 bis del Código Penal Federal.....	58
3.1 El consumo de drogas: riesgo permitido.....	86
3.2 Excusas absolutorias previstas en los artículos 195, párrafo segundo, y 199, párrafo primero, del Código Penal Federal.....	97
3.2.1 Elementos objetivos.....	98
3.2.2 Reglas para la exclusión de la imputación.....	99
3.2.3 Consecuencias jurídicas.....	121
3.3 Excusa absoluta prevista en el artículo 195, párrafo tercero, parte primera, del Código Penal Federal.....	123
3.3.1 Elementos objetivos.....	126
3.3.2 Reglas para la exclusión de la imputación.....	130

3.3.3 Consecuencias jurídicas.....	132
3.4 Excusa absoluta prevista en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.....	133
3.4.1 Elementos objetivos.....	136
3.4.2 Reglas para la exclusión de la imputación.....	136
3.4.3 Consecuencias jurídicas.....	139

IV Conclusiones.

4 Propuesta de reforma.....	144
Fuentes de investigación.....	146

Justificación del tema.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Adicciones 2002, elaborada por el Consejo Nacional contra las Adicciones, órgano dependiente de la Secretaría de Salud, 3, 508, 641 personas entre 12 y 65 años que habitan en zonas rurales y urbanas del país, han hecho uso ilícito de drogas, considerándose uso ilícito al consumo de drogas ilegales y de drogas con utilidad médica cuando se hace fuera de prescripción, es decir, sin receta médica o cuando el uso ocurrió en mayor tiempo, mayores dosis o por razones diferentes a las indicadas por un médico; el 12.2% de esa población de consumidores tuvieron algún problema con la policía y el 7.8% han solicitado ayuda médica; fenómeno social que pone de relieve la necesidad de analizar la política criminal del Estado en materia de consumo de drogas.

Objetivo.

Sustentar teórica y metodológicamente una propuesta de reforma al Código Penal Federal, a saber, la creación de una sola norma jurídica que prevea todos los supuestos de exclusión del delito contra la salud relacionados con el consumo de drogas.

I Antecedentes legislativos.

1 Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación de 1871.

“El C. Presidente de la República Mexicana Lic. Benito Juárez, ordenó que se nombrara una Comisión para formular un Proyecto de Código Penal. Así el Ministro de Justicia, C. Jesús Terán nombró el año de 1861, una Comisión integrada por los licenciados Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro. Tiempo después sustituyó el licenciado Carlos Ma. Saavedra al Lic. Ezequiel Montes; Comisión que estuvo trabajando hasta el año 1863, interrumpiendo sus labores con motivo de la invasión francesa.

El mismo Lic. Benito Juárez una vez restablecida la paz en la República, por conducto del Ministerio de Justicia, Lic. Ignacio Mariscal, mandó con fecha 28 de septiembre de 1868, se integrase y reorganizase la Comisión, con objeto de continuar los trabajos interrumpidos, recayendo dichos nombramientos en las personas del Lic. Antonio Martínez de Castro como Presidente, y de los Lics. Manuel Zamacona, José María Lafragua, Eulalio Ma. Ortega como miembros de la misma y del Lic. Indalecio Sánchez Gavito, como Secretario.”¹

“Teniendo a la vista el Proyecto del Libro Primero de la anterior Comisión, trabajaron los nuevos comisionados durante dos años y medio. Por fin pudieron presentar su obra a las Cámaras, que aprobaron y promulgaron el Código Penal el 7 de diciembre de 1871, para que comenzase a regir el 1° de abril de 1872, en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja California.

Este código tomó como modelo el Código Penal español de 1850, y su reforma de 1870, y en punto a doctrina dice la Comisión haberse guiado por Ortolán, para la Parte general (Libro I y II), y por Chauveau y Hélie, para la

¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*. Editorial Porrúa, México 1999, décimo octava edición, página 46.

especial (Libro III). Como su arquetipo español, el Código de 1871 está admirablemente redactado. Su principal defecto es la extensión: consta de 1,152 artículos.”²

El 15 de marzo de 1871, el licenciado Antonio Martínez Castro, Presidente de la Comisión Redactora, expuso el proyecto de Código Penal ante el Ministro de Justicia:

“...LIBRO TERCERO

De los delitos en particular

Para formar este libro, hubo absoluta necesidad de examinar antes cuáles de las acciones humanas deben ser consideradas como delitos; y esto nos condujo naturalmente á examinar también los diversos sistemas que hay sobre el derecho que la sociedad tiene de castigar, porque no hay duda que el mismo acto que es punible para los partidarios de un sistema, para los de otro diverso es inocente, ó indiferente cuando menos.

Así por ejemplo: los defensores del sistema de reparación y los de la conservación de la sociedad no ven delito sino en los que perjudica á ésta, ó se opone á la conservación de ella; los utilitaristas sólo atienden á la utilidad; y los que están por la justicia absoluta no consideran sino la moralidad de las acciones. Pero como algunas de estas ideas son absurdas, y todas insostenibles por sus inconvenientes, se han escogitado otros sistemas medios, entre los cuales estima la comisión como más racionales el que consiste en no eregir en delitos sino aquellos actos que al mismo tiempo son contrarios a la justicia moral y á la conservación de la sociedad, como se indicó ya en Libro Primero.

² JIMÉNEZ DE ASUA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Losada, Buenos Aires 1956, segunda edición, tomo I, página 1242.

Fijada esta base, había que hacer lo que se ha hecho en los códigos modernos, esto es: desechar del catálogo de los delitos todos aquellos actos que, aunque envuelven una muy grave ofensa a la moral, no perturban el reposo público. Por esta razón no se consulta en el proyecto pena alguna contra el simple ayuntamiento ilícito, el estupro, la pederastia, ni contra la bestialidad, sino cuando ofenden el pudor, cuando causan escándalo, ó se ejecutan por medio de la violencia.

Entonces sí hay razón sobrada para castigarlos ya por que se infiere con ellos un agravio a las personas, y ya porque ofenden a la sociedad. Pero faltando esas circunstancias, la persecución sólo sirve de causar escándalo y de ofender gravemente la decencia pública, que se lastima con sacar á plaza hechos vergonzosos y execrables, que no deben salir de la sombra de misterio en que se ejecutaron. Lo contrario tiene, además, el gravísimo inconveniente de crear una fiscalización insufrible en las más íntimas acciones de los ciudadanos, y de hacer que no se respete la santidad del hogar doméstico...”³

1.1 Delitos contra la salud pública.

En relación con los delitos contra la salud pública, el Presidente de la Comisión Redactora del Código Penal de 1871, declaró:

“Delitos contra la salud pública.

De algunos años á esta parte, se ha ido perdiendo en el comercio aquella proverbial buena fé que antes había en México; hasta el grado de que, con tal de alcanzar un lucro indebido, no se detienen los vendedores de bebidas y comestibles en adulterarlos con sustancias nocivas á la salud.

³ *Leyes Penales Mexicanas*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1979, tomo I, página 332 y siguientes.

Á este escandaloso abuso, que está produciendo enfermedades, se debe aplicar un pronto y eficaz remedio, no sólo con penas adecuadas, sino haciendo que se examinen constantemente las bebidas y comestibles que se venden en esta capital, y nombrando al efecto una persona que tenga los conocimientos especiales necesarios...”⁴

El Código Penal de 1871 previó diversos tipos penales relacionados con el consumo de drogas en el Capítulo Único del Título Séptimo “De los delitos contra la salud pública”, incluido en el Libro Tercero “De los delitos en particular”:

“El título séptimo de éste ordenamiento se ocupaba de los delitos contra la salud pública y, en él, establece algunas disposiciones sobre sustancias nocivas a la salud y aquellos productos susceptibles de ocasionar daños. Así el artículo 842 señala: El que sin autorización legal elabore para vender sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos; sufrirá la pena de cuatro meses de arresto y una multa de 25 a 500 pesos. La misma pena –sigue diciéndonos- se impondrá al que comercie con dichas sustancias sin la correspondiente autorización, y al que teniéndola las despache sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos.

La expresión es, sin duda, imprecisa, pero no la hay sobre la intención del legislador, ya que uno de los artículos siguientes –el 844- sanciona con multa y dos años de prisión a los boticarios y los comerciantes en drogas que falsifiquen o adulteren las medicinas, de modo que sean nocivas a la salud. Inferir, de aquí, que pretendía combatir lo que hoy llamamos estupefacientes o psicotrópicos, no resulta excesivo.”⁵

⁴ *Ibidem*, página 364.

⁵ CARDENAS OJEDA, Olga. *Toxicomanía y narcotráfico: aspectos legales*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1974, páginas 25 y 26.

Por su parte, el artículo 845 prescribía que “el boticario que, al despachar una receta sustituya una medicina por otra, altere la receta ó varié la dosis de ella; sufrirá la pena de arresto mayor y multa de segunda clase, cuando no resulte, pero pueda resultar daño. Cuando no resulte ni pueda resultar daño, se le castigará con la penas señaladas a las faltas de tercera clase”.

En tales condiciones, el Código Penal de 1871 tuteló la salud pública sancionando a las personas que, sin autorización legal, comerciaron con drogas, así como a los boticarios que adulteraran o falsificaran dichos bienes de consumo, de ninguna manera pretendió combatir su uso.

El acto de consumo de drogas no era considerado como grave ofensa a la moral o motivo de alteración del orden público, ni tampoco como conducta que violara el derecho de un tercero o causara algún daño.

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común, y para toda la República sobre Delitos contra la Federación de 1871 estuvo vigente hasta el 30 de septiembre de 1929, fecha en que entró en vigor el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

1.2 Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

“El Presidente de la República, a fines de 1925, nombró por conducto del Secretario de Gobernación una Comisión para que redactara un Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, recayendo los nombramientos en los Lics. Ignacio Ramírez Arriaga, Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz.”⁶

“En 1929 se termina por José Almaraz y Luis Chico Goerne, el Proyecto que el Presidente Portes Gil, en uso de las facultades que le confirió el Congreso, sancionó como Código Penal el 30 de septiembre de 1929, para que entrase en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Este Código que consta de 1233 artículos, se funda –según dicen los propios comisionados - en la Escuela Positiva y su principal defensor fue Almaraz, que, sin embargo, confiesa que es un Código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes, si bien entre sus méritos señala el haber roto con los antiguos moldes de la escuela clásica... y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones.

Los principios filosóficos de la obra fueron expuestos por Luis Chico Goerne, en una serie de conferencias pronunciadas en febrero de 1929, afirmó, en cuanto al método, que el Código era una obra referente al delincuente, porque a la Comisión no le interesaban los actos, sino los hombres, pues desde cualquier punto de vista teórico, es la sanción sobre el criminal la única útil, la única justa y la única científica. Los comisionados trataron de concebir el delito como un acto social que daña al hombre y a los agregados sociales, reconocidos expresa o implícitamente en la ley fundamental, en cualquiera de sus valores esenciales reconocidos por la misma ley como derechos, y en forma tal, que el daño no pueda ser reparado por la sanción civil. En orden al delincuente, Chico Goerne dijo que debía ser estimado como un ser temible al que hay que estudiar, sobre todo en los móviles del delito intra y extra-espirituales, para llegar a los lugares exteriores

⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*. Op. cit., página 48.

en donde se incubaba el crimen y a las profundidades de la personalidad criminal. Por lo mismo el concepto de pena, limitado hasta ahora a la acción de la sociedad sobre el hombre criminal, se substituye por los Comisionados por el concepto de represión del delito, que engloba la idea de su organismo como arma de lucha contra el crimen que no se detiene en las fronteras biológicas del hombre, sino que trasciende extramuros de las prisiones hasta el ambiente social y físico de gestación de la delincuencia...”⁷

El licenciado José Almaraz Harris, Presidente de la Comisión Redactora del Código Penal de 1929, publicó la exposición de motivos de dicho código hasta el año de 1931:

“La Comisión acordó presentar un Proyecto fundado en la Escuela positiva. Esta Escuela basa el *ius puniendi* en la reacción del grupo social que se defiende (hecho material) y considera el delito como un producto natural que no nace del libre albedrío, sino de factores físicos, antropológicos y sociales.

La escuela positiva rechaza los fundamentos apriorísticos de los clásicos y aplica a la ciencia penal un nuevo método: el de experimentación y observación. Mediante éste, investiga la génesis del delito, considerado como la resultante de un conjunto de concausas o condiciones que se deben inquirir y conocer para atacarlo en sus raíces: se solicitan los auxilios de las ciencias naturales y sociales; se analizan los caracteres somáticos y psíquicos del delincuente; se imprime al derecho penal un carácter antroposociológico, cada vez más necesario para que esté en armonía con la realidad de las cosas y con los adelantos modernos, y se substituye el criterio metafísico y estrecho de la responsabilidad moral, que aumenta o decrece con la libre voluntad del individuo, por el criterio amplio y positivo de la defensa social, que autoriza la reclusión de todos los elementos peligrosos. Agrupando observaciones sobre observaciones, datos sobre datos y cifras sobre cifras, se presenta la escuela positiva con la estadística por arma, la

⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit., página 1244.

observación por método y la seguridad y la defensa por fin de sus actividades.

La escuela positiva no pretende reconstruir el sistema filosófico positivista, sino emplear como método de lógica constructiva –que produzca conocimientos reales y verdaderos- el positivo de inducción, de observación y de experimentación, en lugar del método deductivo puro de la escuela clásica. Con esto, completa –pero no sustituye- el concepto meramente jurídico del delito con el estudio bio-psíquico y sociológico del delincuente. Demostrado que los infractores revelan anomalías bio-psíquicas, hereditarias o adquiridas, permanentes o transitorias, desaparecen los fundamentos de la lucha contra la delincuencia basada en la responsabilidad moral y todo el edificio clásico viene por tierra. Se impone sustituir el concepto de responsabilidad moral –que determina los límites de imputabilidad penal- por el de responsabilidad social. Como ningún juez puede medir la culpa moral de un hombre, es imposible que ésta sirva de medida de la pena e imposible también que el derecho penal llene su objeto –cual es el de defender eficazmente a la sociedad- ya que precisamente se absuelve a los delincuentes más peligrosos, como anormales o monstruosos y, por esto mismo, irresponsables moralmente. De acuerdo con esta escuela, el Estado tiene el derecho y la obligación de defender los intereses vitales de la sociedad con todos los medios hacederos y posibles; pero nada más. A la filosofía moral, a las creencias religiosas y a la opinión pública incumbe decidir acerca de la culpabilidad moral del individuo; pero no al Estado ni a sus funcionarios. Aunque la colectividad juzgue de manera diferente la lesión de un derecho, cometida por un menor, por un loco o por un adulto sano, el Estado sólo debe emplear formas diversas de defensa y de readaptación sociales. Así, cuando el infractor sea un menor de edad, deberá buscarse su corrección en un establecimiento educativo de la ciudad, o una escuela agrícola; cuando el delincuente sea un débil mental o un esquizofrénico, deberá recluirse en un manicomio para delincuentes o aplicársele un tratamiento que lo transforme en sano mental, y cuando se trate de un delincuente ocasional, se le impondrá segregación de la sociedad en establecimientos y de manera muy diversos que cuando se trate de un

delincuente habitual. La responsabilidad social se expresa diciendo que: Todo individuo que cometa un acto prohibido por la ley penal, responderá del mismo ante la justicia, cualquiera que sea su estado psico-fisiológico. Para poder defender eficazmente a la sociedad contra los delincuentes, la ley debe ser general, tanto por lo que se refiere a las prescripciones policíacas, como por lo tocante a las penales.

La pena, en vez de ser expiación de un pecado cometido, debe ofrecer una protección, una defensa, de la sociedad contra los individuos peligrosos.

Esta pena debe perder todo significado expiatorio, retributivo y doloroso y significar para el infractor una educación para la vida social, ya que la mayor parte de los delincuentes no debe perderse para la sociedad. Con la pérdida de significación de los conceptos anteriores, debe perder también el nombre que encierra dichos conceptos, y sustituirse por otro que se relacione con su naturaleza y fin propios; proteger a la sociedad, garantizar los derechos que el Estado reconoce y ser consecuencias jurídicas necesarias que reporten los delincuentes. La palabra sanción (de sancire, estatuir, garantir) –sinónimo de consecuencia necesaria- es la que mejor responde a los conceptos que dejo apuntados. En consecuencia, el Proyecto habla exclusivamente de sanciones y deja la palabra pena como vocablo propio de las escuelas basadas en la responsabilidad moral. Las sanciones deben medirse de acuerdo con la personalidad del actor, como individuo que lesiona un derecho, sin olvidar que la gravedad del acto material, es decir, el delito, interviene también como síntoma muy útil e importante para conocer dicha personalidad.

Con esto diferencia la escuela positiva, en su dirección penal, tres posibilidades diversas que deben dar las medidas de las normas jurídicas, de la sentencia y de la ejecución, a saber:

- a) La lesión jurídica.
- b) La temibilidad del infractor.

c) Sus posibilidades de enmienda.

La lesión jurídica –cuya gravedad se mide por las circunstancias especiales de ejecución del acto y la trascendencia de las consecuencias de éste- no puede ni debe menospreciarse: la sociedad tiene que protegerse más enérgicamente contra los homicidas que contra los simples rateros o los exaltados que profieren injurias. La ley penal garantiza, ante todo, la seguridad jurídica de las personas, expresada por el conocido principio que otorga a cada ciudadano el derecho de hacer todo aquello que no esté claramente prohibido por la ley.

Para determinar si un acto es delito o no, habrá que analizar todas las características jurídicas del acto y ver si se dio existencia a sus componentes esenciales.

La lesión jurídica sirve también para diferenciar la temibilidad social de la temibilidad criminal. Un individuo puede ser peligroso para la sociedad, aún antes de lesionar un derecho (alcohólicos, toxicómanos, vagos, mendigos, paranoicos, etc.) En estos casos, se habla de individuos socialmente peligrosos y se reserva el calificativo de temible criminal para designar al que ya cometió un delito (Párrafo II del Artículo 32 del Proyecto). La peligrosidad social se da por la probabilidad que existe de que un individuo se transforme en delincuente, mientras que la temibilidad criminal (que es una forma especial de la anterior) depende del grado de probabilidad de que un delincuente se transforme en reincidente.

Finalmente, el delito, como síntoma, permite calcular las consecuencias de la temibilidad de un individuo y, por eso, influye en la determinación de las consecuencias jurídicas (sanciones). Pero el solo hecho material no puede ni debe ser decisivo para la justicia penal: la persona del actor debe considerarse debidamente.

Con esto, comienza el dominio de la escuela positiva. Si, por regla general, un asesinato es más grave que un robo, hay veces en que el asesino –por consideraciones sociales en los casos de exceso en la defensa legítima- resulta menos peligroso que un ladrón reincidente o habitual. De aquí que el delito deba siempre valorarse de acuerdo siempre con la persona del delincuente (características físicas y psico-físicas, vida anterior, motivos determinantes, modo de ejecución del acto, etc.), y no según la gravedad material del acto. Al valorar el delito de acuerdo con la persona del actor, no debemos contentarnos con establecer solo su temibilidad, sino que debemos observar su capacidad de adaptación social y sus posibilidades de educación y de enmienda. La atención de los funcionarios de lo penal deberá enfocarse ante todo –y de manera continua- hacia la personalidad del infractor: desde el momento que se le aprehende, desde que la policía judicial recoge las huellas del delito y levanta su primer acta, desde el examen previo o averiguación, hasta que termine todo el proceso, y desde el momento en que se pronuncie la sentencia hasta aquel en que ésta termine de ejecutarse.

Las sentencias -que dependen de la clase y grado de temibilidad del delincuente y de sus probabilidades de enmienda o curación- deberán ser relativamente determinadas. En los hospitales, ningún médico se atrevería a determinar previamente los días que debiera permanecer un enfermo en el establecimiento. De lo contrario, transcurrido el tiempo predeterminado, habría que dar de alta al enfermo, aun cuando no se hubiere curado, o tendría que permanecer en el sanatorio, aunque gozase de completa salud. Las penas prefijadas realizan en la práctica esta insensatez.

La escuela positiva determina la clase y grado de las sanciones de acuerdo con la personalidad del delincuente; mientras las escuelas basadas en la responsabilidad moral, forzosamente proporcionan el cuántum de la pena a la gravedad objetiva del delito.

Aun cuando quisiéramos adoptar este sistema como parte de principios aceptados a priori, tendríamos que abandonarlo en la práctica por

irrealizable. Los Códigos y Proyectos más modernos (Italia, Argentina, Cuba y Rusia) se orientan ya en la dirección positiva.”⁸

1.2.1 Los delitos contra la salud.

En relación con los delitos contra la salud, el licenciado José Almaraz Harris manifestó:

“Los alcohólicos y los toxicómanos son individuos claramente peligrosos a quienes hay que curar, mediante tratamientos especiales, diferentes a los empleados hasta la fecha. ¿No es insensato pretender curar a un alcohólico o un toxicómano con quince días de cárcel o veinte pesos de multa? La curación deberá completarse con la corrección y enmienda, es decir, que no bastará una abstención por un corto periodo de tiempo, para que el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Sociales decrete su libertad, sino que esta autoridad ejecutora de sanciones, deberá cerciorarse, por los medios y procedimientos de que disponga, de que el delincuente en cuestión se abstendrá en el futuro, con toda probabilidad, de reincidir en el vicio que ocasionó su segregación. Cura somática y transformación moral, son las condiciones esenciales para hacer desaparecer el peligro; lo demás es absurdo, inútil y perjudicial. La sociedad no debe seguir siendo engañada con tales procedimientos.”⁹

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, tipificó los delitos contra la salud pública en su Libro Tercero, Título Séptimo, Capítulos I y II, bajo el texto siguiente:

⁸ *Leyes Penales Mexicanas*. Op. Cit., tomo III, páginas 14 y siguientes.

⁹ *Ibidem*, página 79.

“LIBRO TERCERO

De los Tipos legales de los Delitos

TÍTULO SÉPTIMO

De los delitos contra la salud

Capítulo I

De la elaboración, adulteración y comercio ilegal de artículos alimenticios o de drogas enervantes

Artículo 507. Se impondrá segregación de uno a cinco años y multa de treinta a noventa días de utilidad:

- I. Al que, sin autorización legal, elabore para cualquier fin drogas de las llamadas enervantes, sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos;
- II. Al que introduzca ilegalmente a la República, drogas enervantes o sustancias del mismo carácter, cuya importación estuviere prohibida por las leyes;
- III. Al que siembre, cultive o coseche plantas, cuya siembra, cultivo o cosecha estuvieren legalmente prohibidas por el Departamento de Salubridad o por el Consejo de Salubridad General de la República, o que elabore con las mismas plantas, o con parte de ellas, sustancias, cuya venta estuviere igualmente prohibida por dichas autoridades sanitarias;
- IV. Al que comercie, al por mayor o en detalle, sin la correspondiente autorización legal, con drogas enervantes o con preparados que las contengan, con sustancias nocivas a

la salud o con productos químicos que puedan causar grandes estragos;

- V. Al que comercie, al por mayor o en detalle con plantas de las mencionadas en la fracción III o con drogas enervantes de venta prohibida;
- VI. Al que compre, venda, enajene, use o ministre en cualquier forma o cantidad, alguna droga enervante sin llenar los requisitos que al efecto señalen las leyes, reglamentos o disposiciones que el Consejo de Salubridad General de la República expida en uso de sus facultades constitucionales; o verifique cualquiera de dichos actos con plantas, cuya siembra estuviere prohibida;
- VII. Al que exporte del país alguna droga enervante, substancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos, sin llenar los requisitos que al efecto señalen las leyes o disposiciones sanitarias; o plantas cuya siembra, venta o exportación estuvieren prohibidas;
- VIII. Al que importe, exporte, comercie, compre, venda, enajene, use o ministre en cualquier forma o cantidad, alguna substancia exclusivamente preparada para un vicio de los que envenenan al individuo y degeneran la raza...

Capítulo II

De la embriaguez habitual y de la toxicomanía

Artículo 523. Todo individuo a quien la autoridad encuentre en estado de notoria embriaguez en un lugar público, pagará una multa de cinco a diez días de utilidad y se le someterá a un examen médico. Si de éste resultare ser un ebrio habitual o un alcohólico crónico, se le recluirá en el manicomio

especial para alcohólicos, observándose lo dispuesto en el Capítulo VII, Título Tercero del Libro I. La reclusión durará hasta la completa curación del alcohólico, declarada por el Consejo Supremo de Defensa y Prevención social en vista de los dictámenes de la facultativos del hospital.

Artículo 524. Al que venda u obsequie en un lugar público bebidas embriagantes a un menor de edad, o lo induzca a ingerir dichas bebidas, se le aplicará arresto de un mes en adelante y pagará una multa de cinco a treinta días de utilidad.

Se considera como agravante de cuarta clase: la circunstancia de que este delito se cometa en menores de quince años.

Artículo 525. Se recluirá en el manicomio para toxicómanos: a todo aquel que, sin prescripción médica que llene todos los requisitos, esté o acostumbre estar bajo la influencia de alguna droga enervante.

La reclusión durará hasta la completa curación del toxicómano, declarada en los mismos términos que la mencionada en el artículo 523.”¹⁰

Así, el Código Penal de 1929 tipificó por primera ocasión en forma expresa las conductas relacionadas con la posesión y consumo de drogas prohibidas por la legislación sanitaria, sin regular alguna excusa absolutoria fundada en el principio de impunidad del consumidor de drogas.

1.3 Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931.

¹⁰ Ibídem, páginas 172 y siguientes.

“El fracaso del Código penal de 1929 determinó el inmediato nombramiento de una nueva Comisión, designada por el mismo Portes Gil que había elegido la anterior, a la que se le dio el encargo de revisar lo legislado en materia punitiva. En la comisión había miembros redactores, con voz y voto y otros desprovistos del último. Del Boletín de la Secretaría de Gobernación correspondiente al 13 de junio de 1930, tomamos los datos que siguen:

De conformidad con el acuerdo presidencial de fecha 2 de los corrientes, la Comisión Revisora de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales quedó integrada por nueve miembros de los cuales cinco, que corresponde a un representante de la Secretaría de Gobernación, a uno de la Procuraduría General de la República, otro de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, el del Tribunal Superior del Distrito, el de los Jueces Correccionales y de las Cortes Penales, forman el cuerpo técnico redactor de la propia Comisión, en la que tienen voz y voto. El otro representante de la Secretaría de Gobernación, así como del Consejo Supremo de Defensa, el de la Comisión que formuló el Código penal en vigor (el de 1929) y el de los Abogados postulantes, son considerados como comisionados de información y sólo tienen voz en las deliberaciones...

La Comisión redactora quedó integrada en la siguiente forma:

Por la Secretaría de Gobernación, Lic. José Ángel Ceniceros; por la Procuraduría General de la República, Lic. José López Lira; por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Lic. Alfonso Teja Zabre; por la Procuraduría del Distrito Federal, Lic. Luis Garrido; por los Jueces, Lic. Ernesto G. Garza.

Entre los demás miembros de la Comisión, cuyo número se amplió, figuraron: don Carlos L. Ángeles, Magistrado del Tribunal Superior, don José Ma. Ortiz Tirado, del mismo Tribunal; don Alberto R. Vela y don Rafael Matos

Escobedo, Jueces de Corte Penal; don Francisco González de la Vega, Juez entonces y profesor de nuestra materia hoy; Emilio Pardo Aspe y Luis Chico Goerne, como miembro de la comisión que compuso el Código de 1929...”¹¹

1.3.1 Delitos contra la salud.

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, tipificó los delitos contra la salud, en su Libro Segundo, Título Séptimo, bajo el texto siguiente:

“LIBRO SEGUNDO

TÍTULO SÉPTIMO

Delitos contra la salud

Artículo 193.- Para los efectos de las disposiciones contenidas en este capítulo, se consideran drogas enervantes las que determinen el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, los reglamentos y demás disposiciones vigentes o que en lo sucesivo se expidan por el Departamento de Salubridad.

Artículo 194.- Se impondrán prisión de seis meses a siete años y multa de cincuenta a cinco mil pesos:

- I. Al que comercie, elabore, posea, compre, enajene, ministre gratuitamente y en general, verifique cualquier acto de adquisición, suministro o tráfico de drogas enervantes sin llenar

¹¹ JIMÉNEZ DE ASUA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit, página 1253.

los requisitos que para el caso fijen las leyes y demás disposiciones sanitarias a que se refiere el artículo 193;

- II. Al que, infringiendo las leyes o disposiciones sanitarias a que se refiere el artículo 193, siembre, cultive, comercie, posea, compre, enajene, ministre gratuitamente y, en general, verifique cualquier acto de adquisición, suministro o tráfico de semillas o plantas que tengan carácter de drogas enervantes, y
- III. Al que lleve a cabo cualquiera de los actos enumerados en las fracciones anteriores, con opio cocinado o preparado para fumar o con sustancias preparadas para un vicio de los que envenenan al individuo y degeneran la raza, que haya sido motivo de declaración expresa por leyes o disposiciones sanitarias.”¹²

1.3.1.1 Reformas.

Fue hasta el año de 1968 que se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma al artículo 195, en la que se contempló por primera ocasión la excusa absolutoria fundada en el principio de impunidad del consumidor, destacando la inclusión de un elemento de índole cuantitativo y la imposición al farmacodependiente de una medida de seguridad:

“Artículo 195...

No es delito la posesión, por parte de un toxicómano, de estupefacientes en cantidad tal que racionalmente, sea necesaria para su

¹² RUIZ HARRELL, Rafael. *Código penal histórico*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 2002, página 143 y siguientes.

propio consumo. En este caso quedará sujeto a las medidas de seguridad que señala el artículo 24, inciso 3°, de este Código.”¹³

El 31 de diciembre del año de 1974 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma al Código Penal de 1931, en la que se distingue al consumidor principiante del farmacodependiente; para el primero se crea un tipo penal complementado atenuado o privilegiado, en el que el núcleo de la conducta es la adquisición o posesión de cannabis, se exige calidad de sujeto activo y elementos de índole cuantitativo y temporal, sancionándose el consumo de drogas compartido; en cuanto al segundo se adiciona la conducta de adquisición y prevalece la imposición de la medida de seguridad:

“Artículo 195.- Se castigará con prisión de seis meses a tres años y multa hasta cinco mil pesos al que no siendo adicto a la cannabis o mariguana o a cualquiera de las sustancias consideradas en las fracciones II y III del artículo 193, adquiera o posea alguna de éstas por una sola vez, en cantidad tal que esté destinada a su propio e inmediato consumo. Si el mismo sujeto además suministra gratuitamente a un tercero cualquiera de las sustancias indicadas, para su propio e inmediato consumo será sancionado con dos a seis años de prisión y multa de un mil a diez mil pesos, siempre que la conducta no se encuentre comprendida en la fracción IV del artículo 198.

Artículo 198.-

...

¹³ Ibídem, páginas 151 y 152.

No es delito la adquisición o posesión de estupefacientes o psicotrópicos por parte de quien tenga el hábito o la necesidad de consumirlos, siempre y cuando sea en la cantidad estrictamente necesaria para su propio consumo. En este caso quedará sujeto a las medidas de seguridad que señala el inciso 3 del artículo 24 de este Código.”¹⁴

Cuatro años después, a través de la reforma al artículo 194 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de diciembre de 1978, se agravó la sanción pecuniaria en relación con el tipo penal del consumidor principiante; por lo que respecta a la excusa absoluta del farmacodependiente, se elimina la medida de seguridad, en su lugar, se ordena dejarlo a disposición de autoridades sanitarias para el tratamiento correspondiente, se crean reglas de índole temporal, continuando la prohibición del consumo compartido:

“Artículo 194.- Si a juicio del Ministerio Público o del Juez competentes, que deberán actuar para todos los efectos que señalan en este artículo con el auxilio de peritos, la persona que adquiera o posea para su consumo personal sustancias o vegetales de los descritos en el artículo 193 tiene el hábito o la necesidad de consumirlos, se aplicarán las reglas siguientes:

- I. Si la cantidad no excede de la necesaria para su propio e inmediato consumo, el adicto o habitual sólo será puesto a la disposición de las autoridades sanitarias para que bajo la responsabilidad de éstas sea sometido al tratamiento y a las demás medidas que procedan.
- II. Si la cantidad excede de la fijada conforme al inciso anterior, pero no de la requerida para satisfacer las necesidades del adicto o habitual durante un término máximo de tres días, la sanción aplicable será la de

¹⁴ Ibídem, página 152 y siguientes.

prisión de dos meses a dos años y multa de quinientos a quince mil pesos.

- III. Si la cantidad excede de la señalada en el inciso que antecede, se aplicarán las penas que correspondan conforme a este capítulo.
- IV. Todo procesado que sea adicto o habitual quedará sujeto a tratamiento. Asimismo, para la concesión de la condena condicional o del beneficio de la libertad preparatoria, cuando procedan, no se considerará como antecedente de mala conducta el relativo al hábito o adicción, pero sí se exigirá en todo caso que el sentenciado se someta al tratamiento adecuado para su curación, bajo la vigilancia de la autoridad ejecutora.

Se impondrán prisión de seis meses a tres años y multa hasta de quince mil pesos al que no siendo adicto a cualquiera de las sustancias comprendidas en el artículo 193, adquiera o posea alguna de éstas por una sola vez, para su uso personal y en cantidad que no exceda de la destinada para su propio e inmediato consumo.

Si alguno de los sujetos que se encuentran comprendidos en los casos a que se refieren los incisos I y II del primer párrafo de este artículo, o en el párrafo anterior, suministra, además, gratuitamente, a un tercero, cualquiera de las sustancias indicadas, para su uso personal de este último y en cantidad que no exceda de la necesaria para su consumo personal e inmediato, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de dos mil a veinte mil pesos, siempre que su conducta no se encuentre comprendida en la fracción IV del artículo 197.

La simple posesión de cannabis o marihuana, cuando tanto por la cantidad como por las demás circunstancias de ejecución del hecho, no pueda considerarse que está destinada a realizar alguno de los delitos a que

se refieren los artículos 197 y 198 de este Código, se sancionará con prisión de dos a ocho años y multa de cinco mil a veinticinco mil pesos.”.¹⁵

En relación con la excusa absolutoria prevista en el artículo 195, párrafo tercero, del Código Penal Federal vigente, relativa al consumidor de drogas legales o de receta, la reforma al artículo 194 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, del 23 de diciembre de 1985, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1986, en vigor 30 días después de dicha publicación, constituye su primer antecedente legislativo:

“Artículo 194.-...

No se aplicará ninguna sanción por la simple posesión de medicamentos, previstos entre las sustancias a las que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento médico de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.”.¹⁶

Por medio de la reforma al artículo 194 del Código Penal Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1991, se asoció una sanción alternativa, prisión o multa, en relación con el tipo penal del consumidor principiante.

¹⁵ *Ibíd*em, páginas 148 y 149.

¹⁶ *Ibíd*em, página 150.

Y mediante las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, en vigor a partir del 1 de febrero de ese año, se crea la excusa absolutoria en relación con el consumidor principiante, exigiéndose esa calidad en el sujeto de la conducta y un elemento de índole cuantitativo:

“Artículo 195.- Se impondrán de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194.

No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de algunos de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

No se procederá por la simple posesión de medicamentos, previstos entre los narcóticos a los que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.”¹⁷

Asimismo, a través de la reforma en comento, se eliminaron las reglas de índole temporal de la excusa absolutoria relacionada con el sujeto farmacodependiente:

¹⁷Ibídem, página 153.

“Artículo 199.- Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará penal alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda...”.

II Marco teórico.

2 Consideración preeliminar.

Las tres categorías fundamentales del delito son conductatípica, antijuridicidad y culpabilidad, su estudio corresponde al ámbito de la teoría del delito; esos conceptos básicos representan el conjunto de presupuestos a los cuales se asocia como legítima consecuencia la pena, cuyo estudio corresponde al ámbito de la teoría de la pena:

“Uno de los más notables y radicales progresos de la Ciencia Criminal fue distinguir la teoría de la imputación de la teoría de la pena. La teoría de la imputación considera el delito en sus puras relaciones con el agente, y a éste, a su vez, lo contempla en sus relaciones con la ley moral, según los principios del libre albedrío y de la responsabilidad humana, que son inmutables y que no se modifican con el variar de tiempos, pueblos y costumbres. La teoría de la pena contempla el delito en su vida exterior y, a ésta la mira en sus relaciones con la sociedad civil, considerada en su primera razón de ser, esto es, como ejecutora necesaria de la defensa del Derecho sobre la tierra. Ello conduce a esta teoría a sufrir el influjo de las condiciones sociales.

Por lo tanto, unificar las dos teorías es fuente de errores, porque se confunden los fundamentos totalmente distintos de la imputación con los fundamentos de la pena, turbando así el orden de los principios cardinales de la doctrina punitiva; y porque, si bien no puede existir pena cuando no hay imputación, puede existir imputación no seguida de pena, y si bien todo lo que modifica la imputación deba en justicia influir sobre la pena, puede ésta,

a menudo, tener que modificarse, aun cuando permanezca inalterada la imputación.”¹

En el ámbito de la teoría de la pena, la punibilidad hace referencia a la posibilidad jurídica de aplicar una pena al sujeto responsable de un delito, en ese sentido es la:

“Situación en que se encuentra quien por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo. Sin embargo existen circunstancias en que aun dándose la infracción penal y el autor de la misma, éste no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador.”²

Las circunstancias que excluyen la posibilidad de aplicar una pena al sujeto responsable de un delito, son identificadas por la doctrina como un grupo de casos de excepción, al que denominan excusas absolutorias.

2.1 Concepto de excusas absolutorias.

Las excusas absolutorias, como la mayoría de la doctrina Iberoamericana las denomina, o bien, las causas personales que excluyen la pena, como la doctrina alemana las designa, han sido definidas de la forma siguiente:

“... Max Ernst Mayer las incluye en el grupo de las causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto y que no hacen más que excluir la

¹ ROMÁN QUIROZ, Verónica. *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*. Editorial Porrúa, México 2006, segunda edición, página 17.

² ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial ANCALO, S.A, Buenos Aires, Argentina 1976, tomo XXIII, página 931.

pena. Con esto ya se comprende el concepto que de estas excusas tiene formado y que ratifica al definir las causas personales que excluyen la pena ... como las circunstancias que concurren en la persona del autor, que hacen que el Estado no establezca contra tales hechos acción penal alguna. Con más exactitud y con mayor rigor técnico, las define Augusto Köhler diciendo que son circunstancias en que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y culpabilidad, queda excluida, desde el primer momento, la posibilidad de imponer una pena al autor.

Idéntica en el fondo y muy semejante en la forma a la definición de Mayer, es la dada antes en Francia por C. Degois: Son hechos determinados por la ley que sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor, producen, sin embargo, una excepción de la penalidad, que ordinariamente se asocia a la perpetración de una infracción...

Mucho antes y mucho mejor que los autores acabados de mentar –y si le citamos después se debe a la cortesía española que deja pasar delante a quien no es de la casa-, escribió Luis Silvela en 1879: Si examinamos con atención nuestro Código, habremos de hallar que existen otras causas que producen el efecto de eximir de responsabilidad criminal a la persona que ejecuta un hecho castigado por la ley, algunas aplicables a todos los actos criminales, otras respecto de delitos especiales y determinados. Si queremos investigar la razón o el porqué de esta especie de exención, habremos de convenir en que no se apoya en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca sujeto con condiciones de capacidad para poder responder, como acontece en las causas de no imputabilidad, sino que parece más bien fundada en motivos transitorios y de conveniencia, correspondiendo a lo que hemos llamado política dentro del Derecho penal. Considera el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle, aun conociendo que existe delito y que hay persona que de él pudiera responder. Las preocupaciones dominantes en diversos órdenes de ideas, la constitución actual de la familia, no separada y distinguida de las demás sociedades totales, con su jurisdicción peculiar y

propia en lo penal, llevan, como consecuencia, el que se use, respecto de ciertos hechos, de esta benignidad”.³

M. Octavio Iturbe, en su artículo publicado en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, proporciona un concepto analítico de las excusas absolutorias:

“... Por excusas absolutorias han de entenderse aquellas situaciones en las cuales, habiendo delito y delincuente, es decir, realización de una conducta (acto) típicamente antijurídica y culpable, la que es cumplida por un sujeto imputable, no hay posibilidad de aplicar una pena –legítima consecuencia del delito cometido por el delincuente- por diversas razones, todas ellas basadas en la utilidad y conveniencia, valoradas por el legislador que las concreta, de manera expresa, en una norma de la ley positiva.

De lo dicho deducimos, sin dificultad alguna, que las excusas absolutorias tienen como efecto fundamental y podríamos decir único el suprimir la punibilidad de un acto delictuoso aun mediando todos los elementos indispensables para que ella se produzca, porque razones de distinta índole aconsejan su impunidad...”⁴

En nuestro medio, Fernando Castellanos Tena considera que las excusas absolutorias representan el factor negativo de la punibilidad:

“En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por

³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit., tomo VII, páginas 137 y 138.

⁴ ITURBE, M. Octavio, “Excusas Absolutorias”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Op. cit., tomo XI, páginas 472 y siguientes.

razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.”⁵

Álvaro Bunster, las designa como excusas legales absolutorias:

“En derecho penal, causas de impunidad en cuya virtud, no obstante concurrir todos los elementos del delito, el derecho deja de antemano de hacer regir, por razones variadas de utilidad pública, la conminación penal respecto de determinadas personas. Trátase, pues, de casos excepcionales en que se excluye la punición por causas no concernientes a la esencia del delito, y sin que, por tanto, desaparezca por su presencia la infracción propiamente dicha...

Dada su naturaleza personal, las excusas legales absolutorias no eximen de pena a los extraños que hayan intervenido en el delito ni excluyen la responsabilidad civil a que pueda haber lugar.”⁶

Por su parte, Francisco Pavón Vasconcelos las concibe y caracteriza de la forma siguiente:

“También llamadas excusas legales absolutorias, se les puede definir como las causas de índole estrictamente personal, taxativamente previstas en la ley penal, que por razones de utilidad pública o de política criminal impiden poner pena a un hecho típico, antijurídico y culpable...

⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general*. Editorial Porrúa, México 1998, trigésima novena edición, páginas 278 y 279.

⁶ BUNSTER, Álvaro, “Excusas legales absolutorias”, en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Editorial Porrúa, México 2002, tomo III, página 902.

De todo lo dicho se infiere, que las excusas absolutorias tienen como característica las siguientes: a) Son circunstancias personales del autor, que excluyen la pena; b) Se dan a virtud de razones excepcionales; c) Deben ser expresamente consagradas por la ley; d) Se reconocen a virtud de consideraciones de política criminal y por ello se estima que son de orden público. Como es lógico inferir y así lo ha precisado la doctrina, las excusas no tienen otro efecto que eliminar las penas, sean éstas principales o accesorias, pero en manera alguna destruyen el carácter ilícito o culpable del hecho ejecutado, cuestión importantísima por cuanto los efectos de la responsabilidad civil que de tal hecho puedan originarse...”⁷

El concepto doctrinal de excusas absolutorias ha sido adoptado por la jurisprudencia de nuestros tribunales, verbigracia, la tesis aislada emitida por la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 6257, tomo LXXIX, del Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época:

“**DIVORCIO.** El Código Civil, que entró en vigor en 1932, fue publicado en 1928 y es coetáneo en vigencia del Código Penal, y claro es que si un Código Civil hace un reenvío, una referencia a un Código Penal, debe entenderse que lo está haciendo al código vigente, mas de ninguna manera a un código derogado o a un posterior. Ahora bien, en el Código Penal de 1871, había excusa absoluta; es decir, casos en los que aun habiendo delito, no había pena. Por razones de política criminal, el legislador consideró que el mal de la pena no venía sino a agravar el mal del delito y volvió excusa absoluta el robo, el abuso de confianza, el fraude, etcétera, cometidos entre cónyuges. En tales condiciones, podía darse el caso de la comisión de un hecho objetivamente punible pero como era cometido entre cónyuges, la acción penal permanecía inerte, era imposible investigar ese delito e imposible ejercitar la acción pública, y por lo mismo, no se llegaba a la sentencia que declarara

⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, “Excusas absolutorias”, en *Diccionario de Derecho Penal (analítico-sistemático)*. Editorial Porrúa, México 1999, segunda edición, página 482.

cometido el delito; mas no porque aquel acto no fuera punible, el cónyuge víctima del delito se hallaba imposibilitado para ejercitar la acción de divorcio, pues la paz conyugal y la convivencia serían imposibles y convenía al interés social que tal hecho constituyera causa de la disolución del vínculo matrimonial, pero el código de 1871 fue derogado por el de 1931, en el que desaparecieron las excusas absolutorias, en este código se considera que el delito cometido entre cónyuges puede perseguirse mediante querrela necesaria, pero siempre es punible.”

También sirve de ejemplo la tesis XXII.1o.17 P, emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, visible en la página 1340, tomo XV, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Marzo 2002, Novena Época:

“EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA. DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ASISTENCIA FAMILIAR (ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE QUERÉTARO). De una interpretación teleológica de la formulación normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 210 del Código Penal del Estado, se arriba a la conclusión de que el legislador estatal, por razones de política criminal, estableció una excusa legal absoluta a favor de los responsables que cometen el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar y que los libera de la imposición de pena privativa de libertad, cuando se reúnan las siguientes condiciones: a) Que el inculpado pague las cantidades que hubiera dejado de administrar por concepto de alimentos; y, b) Que se someta al régimen de pago que el Juez determine, garantizando el pago de cantidades que en el futuro corresponda satisfacer, por concepto de alimentos. En efecto, las excusas legales absolutorias constituyen causales de impunidad a favor del inculpado, pues no obstante que haya incurrido en una acción típica, antijurídica y culpable, el legislador ordinario, por estrictas razones de utilidad y conveniencia social, en relación con la protección del bien jurídico afectado, excluye la imposición de la pena; por lo que se trata pues, de casos excepcionales en que no se sanciona al inculpado. En el caso particular, la excusa legal absoluta

prevista en el tercer párrafo del artículo 210 del Código Penal del Estado, está orientada por estrictas razones personales, en razón del parentesco que existe entre el ofendido y el sujeto activo, así como al hecho de que la afectación del bien jurídico con el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, sólo produce efectos dentro del ámbito familiar y no trastoca el orden social, por lo que la pena que se impusiera al inculpado, en lugar de contribuir a satisfacer una necesidad de prevención general en la población, se afectaría la relación afectiva y el contacto personal entre hijo y progenitor, si este último llegara a ingresar al Centro de Readaptación Social. En ese orden de ideas, si dentro de la causa penal el inculpado hace valer una causa legal absolutoria, a través de cualquier medio legal, con el propósito de verse liberado de la pena privativa de libertad que pudiera imponérsele, el juzgador se encuentra obligado a estudiar, de oficio, esa cuestión en la sentencia de fondo que pronuncie, dado que la procedencia o improcedencia de la excusa legal absolutoria incide en forma directa e inmediata en la libertad personal del sentenciado, que es un derecho fundamental protegido en la Constitución.”

Y la jurisprudencia 11/2002, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 15 del Tomo II, Materia Penal, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, actualización 2002:

“EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. SUS DIFERENCIAS. Las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En otras palabras, en las citadas excluyentes la conducta tipificada en la ley no es incriminable desde el inicio; mientras que en las excusas absolutorias la conducta es incriminable, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto

activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.”

Las excusas absolutorias son formalmente el aspecto negativo de la punibilidad; materialmente, denotan una situación jurídica que deja subsistente una conducta típica, antijurídica y culpable, pero que a la vez excluye la posibilidad de imponer penas al sujeto activo por razones de política criminal.

2.2 Características de las excusas absolutorias.

De todo lo dicho se deduce, que una excusa absoluta tiene como características las siguientes: a) es aplicable a una conducta típica, antijurídica y culpable; b) está sustentada en razones de política criminal; c) está fundada en la ley; y d) excluye la punibilidad.

2.2.1 La excusa absoluta es aplicable a una conducta típica, antijurídica y culpable.

La operatividad de la excusa absoluta está condicionada por la previa comprobación de un hecho determinado que la ley señale como delito, en otras palabras, es aplicable únicamente a una conducta que reviste las características de ser típica, antijurídica y culpable.

“Si, pues, entendemos que la excusa absolutoria importa una situación en que no existe pena, no obstante encontrarnos ante un delito y frente a un delincuente, en razón de darse ciertas condiciones determinadas, es exacto lo que afirma Mezger, que cuando debemos realizar el análisis o estudio de un concreto precepto contenido en la ley positiva, solo podemos afirmar su carácter o naturaleza de excusa absolutoria, cuando la antijuricidad de la conducta y la culpabilidad del sujeto activo de aquella, aparecen ante nosotros como indudables, pues si así no llegamos a proceder en nuestra labor de investigación, si no aplicamos el máximo de rigor en el análisis y valoración, corremos el riesgo y el peligro de que consideremos como tales situaciones que en puridad de verdad no son verdaderas ni puras excusas absolutorias...”⁸

Al analizar un determinado supuesto de hecho es necesario, en primer lugar, utilizar un procedimiento positivo que compruebe los elementos del tipo penal del delito de que se trate, y en segundo lugar, un procedimiento negativo que descarte la presencia de alguna causa de justificación o de inculpabilidad, sólo por medio de ese proceso es posible afirmar la existencia de una excusa absolutoria; en razón de lo anterior, la excusa absolutoria se distingue de la causas de exclusión del delito, porque presupone la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable.

“...Se diferencian de las causas de justificación en que el acto ejecutado es antijurídico, ilícito, y de las causas de inimputabilidad en que el agente es imputable, y sin embargo, no obstante ser el hecho culpable y antijurídico, no se castiga. La excusa absolutoria es, en realidad, un perdón legal.”⁹

⁸ Edmund Mezger citado por M. Octavio Iturbe, “Excusas Absolutorias”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Op. cit., tomo XI, páginas 472 y siguientes.

⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*. Editorial Nacional, México, Distrito Federal 1976, novena edición, tomo I, páginas 523 y 524.

Como afirma Luís Jiménez de Asúa, esa diferencia es una característica esencial de las excusas absolutorias:

“La esencia de ellas reside en que no suprimen la acción ni la tipicidad, ni la antijuridicidad, ni tampoco la imputabilidad y culpabilidad, sino que utilitatis causa y por motivos atinentes a la relación personal o la peculiaridad de la conducta concreta de un sujeto, la ley perdona la pena.

Por cuanto antecede se desprende ... que cuantas supuestas excusas afecten a la acción, a lo injusto típico, a la imputabilidad y a la culpabilidad, serán ausencia de acto o de tipo, causas de justificación, causas de inimputabilidad o de inculpabilidad; estas últimas por verdadera inexigibilidad de otra conducta.”¹⁰

Luego entonces, la exclusión de la pena no se sustenta en la ausencia de algún elemento del delito, pues éste existe pleno y total, sino que obedece a razones de política criminal.

2.2.2 La excusa absoluta está sustentada en razones de política criminal.

“Entendemos que la política criminal es aquella parte de la política social general del Estado que se ocupa de la delincuencia, la criminalidad, su prevención y tratamiento. Esta disciplina puede ser entendida como actividad propia del Estado o como actividad científica o académica.

Entendida como actividad propia del Estado, se refiere al conjunto de actividades que los organismos gubernamentales deben desarrollar para alcanzar aquellos fines que se han propuesto lograr de cara al fenómeno delictivo.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit., tomo VII, páginas 145 y 146.

En ese sentido, hablamos de una política jurídica amplia que lo mismo se vale del ordenamiento jurídico penal, que utiliza medidas de política social las cuales, al proyectarse sobre el fenómeno delictivo, permiten la sustitución o la reducción al mínimo posible y/o aconsejable del derecho penal.

Desde la perspectiva propia de la investigación académica, la política criminal es un componente más, y no por ello menos importante, de la ciencia del derecho penal...

En efecto, la política criminal actúa orientando al legislador en su labor creadora del derecho penal o de nuevas instituciones jurídicas o extrajurídicas, encaminadas a la prevención del delito. Por cuestiones propias de una adecuada metodología, parte del ordenamiento legal vigente al que dirige sus análisis y evaluación crítica de la que pueden derivarse propuestas para su modificación, actualización e, inclusive, su derogación o abrogación. Pero esto no quiere decir de ninguna manera que no se pueda realizar trabajo en materia de criminalidad en momentos previos a la existencia de un cuerpo legal, ya que será precisamente esta aportación la que facilitara o encauzará la creación legislativa...”¹¹

Una de las funciones de la política criminal es la de orientar la creación legislativa, en esta instancia se ocupa de ilustrar al legislador en la configuración del derecho penal, de tal manera que éste pueda garantizar de la forma más eficaz la convivencia social:

“La política criminal se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el derecho, pondera los límites donde puede el legislador extender el derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos para corresponder a la realidad del

¹¹ VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, “Criminología, política criminal y sistema de justicia penal”, en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, homenaje a Claus Roxin, coordinadores Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca, INACIPE, México 2003, tomo I, páginas 396 y siguientes.

delito y comprueba si el derecho penal material se halla configurado de tal forma que puede ser verificado y realizado en el proceso penal”.¹²

El legislador, al deliberar sobre la creación de tipos penales, debe ponderar la utilidad o inutilidad que reportará la prohibición de determinadas conductas:

“En ciertos casos el Estado considera la situación especial en que el autor de un delito se encuentra, en la cual el orden jurídico estima más conveniente, por razones superiores de convivencia social, no imponer pena al delincuente. Esta ausencia de pena no se determina en razón de que la ley estima lícita o justa la conducta realizada, ni tampoco en razón de no poder formular un juicio de reproche a su respecto. Se hace por la simple consideración de que el interés social exige no imponer la pena en tales circunstancias, porque las desventajas que de ello podrían derivar resultan mayores que las ventajas. Estas situaciones, que son excepcionales y requieren de un texto expreso que las consagre, se llaman excusas legales absolutorias...”¹³

2.2.3 La excusa absolutoria está fundada en la ley.

Si el Estado cuenta con la facultad de dictar normas jurídicas creadoras de delitos y penas, contrario sensu, el Estado también cuenta con la facultad de dictar normas jurídicas que dejen sin efecto, por razones de política criminal, la punibilidad:

¹² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*. Traducción de la tercera edición alemana a cargo de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, editorial Bosch, Barcelona, 1981, tomo I, página 29.

¹³ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte general*. Carlos E. Gibbs A., Editor, Santiago de Chile 1965, segunda edición, tomo II, página 9.

“El Estado, como titular soberano de la potestad de incriminar conductas y sancionarlas penalmente, puesto que es innegable e indiscutible que sólo en él reside el derecho subjetivo en virtud del cual le es dado acuñar en tipos delictivos conductas humanas, a las que anexa una pena, puede disponer de aquella potestad mediante una renuncia en los casos y en las condiciones por el mismo preestablecidas en las leyes que limitan el ejercicio del poder público...”¹⁴

Vicenzo Manzini define a esta última facultad como una renuncia a la potestad de castigar:

“El Estado, como titular exclusivo de la potestad de castigar, puede disponer de ésta, mediante renuncia total o parcial, en los casos y en las condiciones que el mismo preestablece mediante las leyes que autolimitan el ejercicio de los poderes de soberanía.

Dicha renuncia total o parcial se concreta con el efecto asignado, incondicionada o condicionalmente, al cumplimiento de determinados actos, o la verificación de determinados eventos, que excluyen, extinguen o modifican la potestad de castigar...”¹⁵

Por ello, las excusas absolutorias siempre aparecerán taxativamente previstas en la ley positiva:

“Las llamadas excusas absolutorias no se hallan consignadas en la Parte general de los Códigos –salvo en el del Uruguay que las reúne en el Capítulo III del Título II de su primer Libro, en los artículos 36 a 45-, sino que

¹⁴ ITURBE, M. Octavio, “Excusas Absolutorias”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Op. cit., tomo XI, páginas 472 y siguientes.

¹⁵ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, EDIAR, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires 1948, tomo V, página 1.

se encuentran dispersas en la Parte especial donde se definen los tipos de delitos. Pero a diferencia de lo que ocurre con las formas atípicas y las ausencias de condiciones objetivas, cuyo aspecto negativo no se fija en los Códigos, las excusas absolutorias aparecen taxativamente admitidas junto al delito que legalmente se perdona...”¹⁶

2.2.4 La excusa absolutoria excluye la punibilidad.

La excusa absolutoria tiene como efecto fundamental y único el excluir la punibilidad:

“Estos motivos, que excluyen la responsabilidad criminal, dejan subsistente todos los elementos del delito que condicionan su criminalidad y sólo impiden la aplicación de la pena.

Bajo la denominación de causas de impunidad o de causas de exclusión de la pena, la doctrina suele agrupar las diversas causas excluyentes de la responsabilidad criminal, pero técnicamente, y para mantenernos dentro de lo que estrictamente debe ser su objeto, el tema debe circunscribirse a aquellos motivos que inciden directamente sobre la sanción penal, impidiendo su aplicación. Estas son las llamadas causas personales de exclusión de la pena o excusas absolutorias...”¹⁷

La consecuencia jurídica es de carácter personal, en el sentido de que sólo produce efecto respecto de la persona que reúne ciertas cualidades o que se encuentra en una situación determinada, sin que se comunique a los partícipes del delito.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit., tomo VII, página 140.

¹⁷ NÚÑEZ, José Manuel, “Causas de Impunidad”, en ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Op. cit., tomo II, páginas 910 y 911.

2.3 Tipos de excusa absolutoria.

La doctrina ha distinguido dos tipos de excusa absolutoria, a saber, excusa absolutoria *stricto sensu* y excusa absolutoria posterior:

“Ahora bien, si se trata, en las auténticas excusas absolutorias, de un perdón legal, resulta obvio que las tales excusas han de ser anteriores al hecho que reúne todas las características del delito, salvo la pena que se perdona por la ley, y no posteriores a él. Por eso el desistimiento de la tentativa; el arrepentimiento en el delito frustrado; la retractación en la injuria y la calumnia, así como el matrimonio con la ofendida, en ciertos delitos contra la honestidad; el desistimiento de los sublevados (que no sean directores ni promotores) de la conspiración para la traición, de la rebelión o sedición ya manifestada, e incluso el pago, en un plazo cierto, del cheque sin provisión de fondos, no pueden considerarse como excusas absolutorias “*sensu stricto*”. Obsérvese que la conducta delictiva ya ha dado comienzo de ejecución en la tentativa desistida y que, en el caso de disolverse los rebeldes o sediciosos, la rebelión ya se manifestó, mientras que en el arrepentimiento en el delito frustrado, ya está el hecho subjetivamente perfecto, y finalmente consumado está el delito en la injuria y la calumnia retractadas, en las infracciones contra la honestidad cuyo autor se casa con la ofendida y en el cheque sin provisión de fondos, que se paga antes de transcurridas veinticuatro horas...”¹⁸

La excusa absolutoria *stricto sensu* es concomitante al delito, excluye desde el inicio la punibilidad; en tanto que, la excusa absolutoria posterior está condicionada por la verificación de una causa sobreviniente al delito.

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís. *Tratado de Derecho Penal*. Op. cit., tomo VII, página 146.

2.3.1 Excusa absolutoria stricto sensu.

Eugenio Raúl Zaffaroni considera que este tipo de excusa absolutoria, que él denomina causa personal de exclusión de la punibilidad, excluye de antemano la operatividad de la coerción penal:

“... Su existencia, puesto que es siempre concomitante con el delito, descarta ab initio la operatividad de la coerción penal, de modo que elimina cualquier posibilidad de que la acción procesal se ponga en movimiento contra quien se halla en esa situación o posición...”

En estas causas personales de exclusión de la punibilidad, la coerción penal queda paralizada desde el mismo momento del hecho. El fundamento de esta inhibición simultánea con la comisión misma, es siempre alguna razón político-penal...”¹⁹

El Código Penal Federal prevé como excusas absolutorias de este tipo: *la violación de correspondencia entre cónyuges*, artículo 174, in fine: “No se considerara que obren delictuosamente los padres que abran o intercepten las comunicaciones escritas dirigidas a sus hijos menores de edad, y los tutores respecto de las personas que se hallen bajo su dependencia, y los cónyuges entre sí”; *el aborto culposo cometido por la mujer embarazada*, artículo 333, parte primera: “No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada...”; *las lesiones u homicidio cometidos culposamente entre próximos parientes*, artículo 321-Bis: “No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1997, tomo V, páginas 20 y 21.

homicidio en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima”; *el consumo de drogas*, artículos 195 y 199.

2.4.1 Excusa absolutoria posterior.

“En tanto que las causas personales que excluyen la punibilidad deben existir al tiempo del hecho, las que la cancelan son sobrevinientes al mismo, por lo que una de las denominaciones tradicionales en nuestro medio es la de excusas absolutorias posteriores al delito...”²⁰

El Código Penal Federal prevé como excusas absolutorias de este tipo *el desistimiento en la tentativa*, artículo 12, párrafo tercero: “... Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna, por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.”; *el desistimiento en la rebelión*, artículo 138: “No se aplicará pena a los que depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubiesen cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo anterior.”; *la restitución en el robo simple*, artículo 375: “Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá

²⁰ *Ibíd.*, página 22.

sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia”.

Ahora bien, antes de continuar con el capítulo tercero, es necesario señalar que el tipo penal contenido en el artículo 195 bis, del Código Penal Federal, será analizado a la luz del sistema racional-final, también llamado teleológico o funcionalismo político-criminal.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal, ese sistema penal interpreta las normas jurídicas teleológicamente:

“En el funcionalismo el tipo penal deberá interpretarse teleológicamente, es decir, estableciendo si la conducta en particular está dentro del radio de su prohibición. En otras palabras, el tipo penal describe una conducta, pero la realidad ofrece multiplicidad de conductas que podrían adecuarse a dicha descripción, por lo tanto, se deben determinar cuáles de esas conductas se pretendía prevenir a través del tipo. Sólo aquellas conductas identificadas pueden ser consideradas como desaprobadas legalmente y, en consecuencia, típicas.”²¹

La interpretación teleológica de los tipos penales es más exacta cuando se realiza conforme a los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva, método que constituye una de las innovaciones centrales del sistema penal de referencia:

²¹ DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*. Editorial Porrúa, México 2004, quinta edición, página 84.

“Lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla –desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, extraídos todos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo –y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto-, infracción del deber de cuidado, resultado típico); permiten fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también –lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle- la imputación objetiva (Enrique Gimbernat Ordeig).

De esta guisa, el sistema funcionalista ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma (Claus Roxin), para lo cual ha desarrollado un conjunto de principios o reglas orientadas hacia la valoración de la relevancia jurídicopenal de la conducta y, por otra parte, criterios para establecer si un resultado descrito en el tipo penal puede imputarse, en el sentido de atribuirse, a la conducta del sujeto activo. Por tanto, a diferencia de los sistemas precedentes basados en el nexo causa, el sistema funcionalista sustenta en un <nexo de imputación> la atribución de un resultado a la conducta del autor y, en consecuencia, su pertenencia o subsunción en el tipo objetivo. En resumen, pues, se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo (Idem).”²²

El criterio normativo idóneo para el análisis dogmático de los supuestos de exención del delito contra la salud, relacionados con el consumo de drogas, es el de exclusión de la imputación por riesgo permitido.

²² Ibídem, página 85.

Claus Roxin considera que para determinar el riesgo permitido se precisa de una cuidadosa ponderación global sobre la tolerancia social de una conducta, en el marco de determinadas reglas de cuidado:

“Aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo. Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. No se puede negar que el tráfico viario constituye un riesgo relevante para la vida, salud y bienes materiales, cosa que prueba irrefutablemente la estadística de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico viario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exigen intereses preponderantes del bien común. Pero a diferencia de la causa de justificación del estado de necesidad, aquí no se precisa una ponderación de intereses en el caso concreto que puede llevar a diversos resultados según el peso de los intereses en conflicto, la proximidad del peligro, etc. Por el contrario, la autorización de la conducción automovilística se basa en una ponderación global, que (si se respetan todas las normas del tráfico) ya no deja surgir el tipo delictivo. Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superiores (así si por ejemplo se realiza por mero aburrimiento) o incluso aunque sirva a intereses reprobables (por ejemplo la preparación de un delito), de tal manera que una ponderación según los principios de justificación tendría que resultar contraria a la autorización de tal conducta. Por tanto, como el mantenimiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas del tráfico no es una acción típica. Por ello, si A es atropellado por B pese a observar el cuidado necesario en el tráfico, B ciertamente habrá causado la

muerte de aquél, pero no le ha matado en el sentido de los artículos 212 y 222. sólo el hecho de rebasar el riesgo permitido crea un peligro, cuya realización hace imputable el resultado como acción típica.”²³

En contra de la concepción utilitarista, Günther Jakobs considera que determinadas formas de conducta han sido consagradas por la historia y, por tanto, se aceptan como socialmente adecuadas, en ese sentido el riesgo permitido está legitimado históricamente:

“Bien es cierto que cabe plantear como problema la cuestión acerca de si se debe aceptar la relación habitual entre costes y beneficios, como sucede en la actualidad, por ejemplo, a través de la articulación de los costes ecológicos del tráfico rodado. Esto, sin embargo, no supone realizar nuevos cálculos en el seno de una sociedad que por lo demás sigue siendo la misma, sino que se trata de una nueva determinación de la identidad de un ámbito parcial de la sociedad, y, por consiguiente, se trata de un cambio social. Este proceso puede ir acompañado por el Derecho, y, una vez trazado a grandes rasgos, puede también dársele el último toque a través del Derecho, pero no puede iniciarse jurídicamente. Dicho de otro modo: por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada. Utilizando de nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: el hecho de que se considere que el tráfico de los particulares en un día de fiesta es un lujo fácilmente renunciable, o que sencillamente es lo normal, o incluso una manifestación especialmente importante de la libertad general de actuación, es decir, que pueda conllevar, en todo caso, costes reducidos, normales o incluso altos, depende de cómo la sociedad se defina a sí misma, y esta autodefinición es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar (mientras que esa idiosincrasia no se haya convertido en algo internamente contradictorio).

²³ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, *et. al.*, editorial Civitas, Madrid 1997, tomo I, páginas 11 y 12.

Ha de llegarse a la conclusión de que lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila. Esto, como veremos tiene lugar en parte incluso a través de normas jurídicas; el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar.”²⁴

Miguel Ontiveros Alonso considera que el riesgo permitido tiene un doble fundamento, tanto histórico como utilitarista:

“Creo que el aspecto histórico y la ponderación de intereses integran un fundamento dual e insoluble del riesgo permitido. El primero (fundamento histórico) y que aquí se denominará fundamento supraindividual ... no puede excluirse en la valoración del riesgo permitido si es que no se quiere incurrir en una elaboración dogmática de corte simbólico. El ordenamiento jurídico y con él su dogmática, no pueden desvincularse del desarrollo histórico-social de la comunidad a la que pretenden regir. De ahí que el fundamento supraindividual marque las pautas que serán introducidas en la formulación del coste-beneficio. Ésta será entonces un reflejo de los principios, valores y conductas socialmente aceptadas en un lugar y tiempo determinado. Con palabras del propio Jakobs: “Esta variabilidad del riesgo permitido es un signo de que su origen no está en una calculadora”. Pero el fundamento supraindividual no es suficiente para dibujar los contornos de lo que puede o no estar permitido, pues no cualquier comportamiento peligroso puede ser aceptado por el ordenamiento jurídico debido a que –aquí en desacuerdo con Jakobs –“siempre se ha hecho así”- ...

Esta observación cobra relevancia debido a lo acelerado de la evolución científica y tecnológica que caracteriza a las sociedades actuales, en las que surgen nuevas fuentes de peligro –centrales nucleares por ejemplo-, que

²⁴ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, editorial Civitas, Madrid 1996, páginas 121 y 122.

requieren de un análisis individual que permita valorar cuáles son los beneficios que dicha actividad comporta y cuál es el coste que su implementación puede significar para bienes jurídicos. Luego, al riesgo permitido subyace también lo que aquí se denomina fundamento individual (ponderación de intereses), que junto al fundamento supraindividual (evolución histórica), marcará las pautas para su configuración.

Lo expuesto significa que el riesgo máximo permitido es graduable y que depende de los factores de evolución de una sociedad que debe ser siempre individualizada –lugar y tiempo- con respecto a la cual se desean establecer pautas de comportamiento y con ellas el riesgo máximo que en ese lugar determinado puede o no ser tolerado. De esto se deduce que el riesgo permitido no será el mismo en una sociedad moderna que en la que no lo es, y con ello los deberes de cuidado y de control de una fuente de peligro serán también diversos. En términos de Berger/Luckman: se trata de ubicar la problemática en el ambiente social concreto de un grupo concreto en una situación histórica también concreta...”²⁵

Aun cuando la teoría del riesgo permitido está en pleno desarrollo, motivo por el cual, es difícil identificar sus principios rectores, considero que su fundamento puede hallarse en razones tanto históricas como utilitaristas.

En conclusión, el riesgo permitido hace referencia a conductas jurídicamente relevantes que implican un peligro de lesión de bienes jurídicos, pero que no entran dentro del radio de prohibición del tipo delictivo, y consecuentemente, son socialmente toleradas, siempre que se realicen en el marco de determinadas reglas de cuidado.

²⁵ ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Legítima defensa e imputación objetiva*. INACIPE, México 2004, páginas 152 y 153.

Por otra parte, desde un punto de vista pragmático, a través del sistema penal funcionalista, el delito contra la salud, previsto en el artículo 195 bis del Código Penal Federal, puede quedar excluido desde el análisis de la primera categoría del delito: la conducta típica.

La ventaja de utilizar el sistema penal de mérito se puede sintetizar así: la aplicabilidad de las excusas absolutorias del delito contra la salud está condicionada por la previa comprobación de cada uno de los elementos del hecho punible (conducta-típica, antijuridicidad y culpabilidad), en cambio, el criterio normativo del riesgo permitido excluye la imputación desde el análisis de la conducta-típica.

No obstante lo anterior, la tradicional denominación doctrinal y jurisprudencial de excusa absolutoria se continuará utilizando en el desarrollo subsiguiente de esta investigación, con la única finalidad de identificar las hipótesis que nos ocupan.

III Análisis jurídico de las excusas absolutorias del delito contra la salud.

3 El tipo penal contenido en el artículo 195 bis del Código Penal Federal.

Este tipo penal puede clasificarse como subordinado-atenuado y abierto, porque la determinación de la conducta típica requiere de la relación de los artículos 193, 194, 195 (tipo básico) y 195 bis, del Código Penal Federal, con los artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248 de la Ley General de Salud.

En orden a la conducta-típica es de simple actividad, habida cuenta que describe una conducta que en el mismo momento de realizarse pone en peligro el bien jurídico tutelado; permanente, debido a que la conducta del agente genera un estado de peligro al bien jurídico tutelado que se puede prolongar en el tiempo; de acción, en razón de que prohíbe la realización de una conducta; doloso, en atención a que no está prevista la realización culposa del mismo, en la fórmula *numerus clausus* del Código Penal Federal; de peligro, pues su consumación no requiere de la lesión del bien jurídico porque basta con su puesta en peligro o amenaza intensa; y común, en virtud de que el sujeto activo puede ser cualquier persona física.

El tipo básico está representado por la descripción típica contenida en el artículo 195 del Código Penal Federal:

“Artículo 195. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194...”

Y el tipo subordinado-atenuado está contenido en el numeral 195 bis del ordenamiento sustantivo citado:

“Artículo 195 bis. Cuando la posesión o transporte, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 de este Código y no se trate de un miembro de una asociación delictuosa, se aplicarán las penas previstas en las tablas contenidas en el apéndice 1 de este ordenamiento si el narcótico no se encuentra comprendido en las mismas, se aplicará hasta la mitad de las penas señaladas en el artículo anterior.”

De lo anterior se advierte que los elementos del tipo penal que nos ocupa son los siguientes:

A) Elementos objetivos:

A.1) La posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal.

B) Elementos normativos:

B.1) Que la posesión de droga, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse

destinada a realizar algunas de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal;

B.2) Que el sujeto activo no sea miembro de una asociación delictuosa;

B.3) Que el sujeto activo no cuente con la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de la Salud; y

B.4) La imputación objetiva del resultado.

C) Elemento subjetivo:

C.1) La comisión dolosa de la conducta.

En cuanto al primer elemento objetivo, consistente en la posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal, la doctrina considera que existe posesión cuando se tiene el dominio funcional o disponibilidad sobre una cosa, es decir, cuando el objeto material está sujeto a la acción de nuestra voluntad:

“El término posesión que emplea el Código, debe ser entendido según la común terminología penalística, no en el sentido de que el sujeto activo deba tener la cosa en una inmediata relación con el cuerpo, sino que es suficiente con que posea la disponibilidad de hecho de la sustancia a través de la atracción de la misma al ámbito de la propia esfera de custodia, sin que sea necesaria la presencia del sujeto en el lugar donde se encuentra la cosa y mucho menos que tal lugar le pertenezca. (En el ámbito civil, así como en el

penal, de los dos elementos que forman la posesión, corpus y animus, el corpus se entiende subsistente, aunque el poseedor se aleje temporalmente de la cosa mientras subsista la posibilidad de recobrarla a su voluntad sin tener en cuenta obstáculos pasajeros).”¹

Lo importante, como afirma Jubert Ujala Joshi, es que la posesión del narcótico se pueda atribuir al sujeto activo:

“La parte objetiva de la conducta de posesión (juicios típicos de imputación objetiva) consiste en la detentación del objeto anteriormente descrito. Si lo que se posee son otros objetos como semillas, o elementos precursores entendemos, por lo que acabamos de decir, que debe examinarse si son de aplicación otros tipos, como por ejemplo el delito de precursores, pues en ningún caso podrá aplicarse dicho precepto por falta de objeto. Dicha detentación, como ya se ha dicho, puede ser material o no, mediata o inmediata, a nombre propio o de otro, compartida o exclusiva. Lo importante es que pueda imputarse la tenencia. Para ello es necesario en mi opinión que el sujeto tenga disponibilidad real sobre la sustancia, sin que sea suficiente, como por el contrario afirma la mayoría de las veces la jurisprudencia, una disponibilidad hipotética. Esta concepción no implica necesariamente que la tenencia tenga que ser material. En efecto, podrán existir supuestos en que a pesar de faltar la tenencia material pueda afirmarse la disponibilidad, y en consecuencia la posesión. Así pues, la tenencia podrá imputarse en los siguientes casos: 1) Cuando se aprehenda materialmente la droga en poder del autor. Es decir por prueba directa. 2) Cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo, por conocerse donde se encuentra y tener acceso a ella, o en definitiva, por estar en situación de poder decidir su destino. 3) Por ser coautor, junto con el que posee materialmente la droga, aunque carezca momentáneamente de

¹ REY HUIDOBRO, Luís Fernando. *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, página 25.

disponibilidad efectiva sobre la misma, siempre que la ejecución del plan se mantenga dentro de lo acordado.”²

En el mismo sentido, la jurisprudencia penal mexicana ha sustentado el criterio siguiente: el sujeto activo está en posesión del objeto material cuando éste se encuentre dentro de su radio de acción y ámbito de disponibilidad, sin que sea necesario que lo lleve precisamente consigo, sino que basta que tenga la facultad de disponer de él en forma directa o a través de otros.

Véase la jurisprudencia V.2o. J/39, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, consultable en la página 54, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Junio 1992, Octava Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN. Para que la posesión de enervantes constituya elemento configurativo del delito contra la salud, no es necesario que el agente lleve la droga precisamente consigo; basta que el estupefaciente se encuentre bajo su control personal y dentro del radio de acción de su disponibilidad.”

Asimismo la tesis aislada emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página 800, tomo XIV, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Julio 1994, Octava Época:

² UJALA JOSHI, Jubert. *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal, grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales*. Editorial J.M Bosch, Barcelona 1999, página 191.

“SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN. Si en el momento en que fueron detenidos los inculpados, llevaban consigo una caja de cartón en cuyo interior se hallaba el vegetal que ellos mismos identificaron como marihuana, circunstancia que se corroboró con el dictamen organoléptico, debe concluirse que los agentes activos poseían la droga, independientemente de que haya sido encontrada en la cajuela del coche de alquiler en que viajaban puesto que como dueños de ese "equipaje" podían disponer del estupefaciente en cualquier momento, es decir, que se encontraba bajo su control personal y dentro del radio de acción de su disponibilidad; por lo tanto, su conducta encuadra en el tipo penal previsto en el artículo 197 fracción I del Código Penal Federal en relación con el diverso artículo 193 fracción I del mismo ordenamiento legal.”

Y la tesis aislada emitida por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, visible en la página 264, tomo IX, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Febrero 1992, Octava Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN. No es necesario acreditar que el inculpado tenga la droga consigo mismo, sino que basta, que el estupefaciente se encuentre bajo su control personal y dentro del radio de acción de su disponibilidad, debiendo entenderse por ello la facultad que tiene de disponer del enervante en cualquier forma, ya sea directamente o a través de otras personas, para transportarlo u ocultarlo, venderlo o entregarlo en depósito a terceras personas.”

La posesión típica es un concepto esencialmente jurídico-penal, delimitado con criterios jurídico-civiles, significa facultad de disposición sobre el objeto, lo cual implica, el ejercicio de un poder de hecho.

El segundo de los elementos objetivos constituye el objeto material sobre el cual recae la conducta de posesión, para colmarlo es necesario acreditar la existencia de una droga.

Las drogas han sido consideradas desde distintos enfoques, a saber: social, médico, farmacológico, fenomenológico, legal, etcétera, y por tanto, existen múltiples conceptos al respecto:

“En el Diccionario de Uso del Español de María Moliner, droga, en sentido particular, es cualquier sustancia que se emplea en medicina, especialmente, las de acción enérgica y las que se emplean para aliviar el dolor. Más concretamente se aplica este nombre a los alcaloides. Por estupefaciente entiende aquellas sustancias, como la cocaína o la morfina, que hacen perder la sensibilidad y producen un bienestar artificial. Sin embargo, estas definiciones, al ser parcialmente indeterminadas, tienen una extensión de significado demasiado amplia para poder utilizarse en Derecho Penal.

Desde una perspectiva médica se ha entendido por drogas toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o más funciones. También este concepto es demasiado amplio puesto que pueden incluirse todos los fármacos, alimentos, productos químicos etc., legales o ilegales, lo que escapa a la finalidad perseguida por este precepto, que obviamente no puede tener por objeto las sustancias legales a pesar de que pueden producir los efectos descritos.

Farmacológicamente, se considera a las drogas como sustancias que actúan sobre la corteza cerebral modificando la psicología o actividad mental de los seres humanos.

La concepción fenomenológica, que atiende a los efectos que producen estos productos. En este sentido puede citarse la definición suministrada por la OMS según la cual las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas son sustancias naturales o sintéticas que provocan los siguientes efectos: un deseo incontenible o una necesidad de continuar consumiendo la sustancia, tendencia a aumentar la dosis y dependencia física a los efectos de la droga, síndrome de abstinencia.”³

En nuestra legislación, el artículo 193 del Código Penal Federal establece:

“Artículo 193. Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia.

Para los efectos de este capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III y 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública...”

De la anterior transcripción se observa que la legislación penal conceptualiza a las drogas por medio de la remisión a la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México, y demás disposiciones legales aplicables en la materia:

³ *Ibidem*, páginas 48 y 49.

“Este precepto creado por Decreto de 23 de diciembre de 1993 publicado en Diario Oficial de 10 de enero de 1994, introduce nuevas modalidades en cuanto a los delitos contra la salud, a diferencia del contenido antiguo de este artículo 193.

Esta disposición no es un tipo penal descriptivo de los elementos de un delito contra la salud. Se trata de un señalamiento genérico que hace el legislador para indicar los medios y objetos con los cuales se realiza la acción y se consuman los resultados de los ilícitos penales señalados en este Capítulo. Visto aisladamente, parece que el artículo sólo alude a narcóticos, como los estupefacentes y psicotrópicos determinados en las normas legales que menciona, sin embargo, su existencia es de capital importancia para el Título Séptimo de este Código Penal, habida cuenta de las bases y categorías para el encuadramiento de los delitos contra la salud.

De lo anterior se desprende que las sustancias y vegetales, los estupefacentes o psicotrópicos (particularmente en lo referente a medicamentos que los contengan) que no están expresamente señaladas en los artículo 237, 245 Fracciones I, II y III, y 248 de la Ley General de Salud, ni referidos en los párrafos de este artículo 193 en estudio, ni tampoco determinados en convenios o tratados internacionales de observancia obligatoria en México, no serán materia para integrar los delitos tipificados en los artículos que complementan este Capítulo del Código Punitivo en estudio.”⁴

Sergio García Ramírez considera que la técnica legislativa empleada en la redacción del artículo 193 del Código Penal

⁴ DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal Federal con comentarios*. Editorial Porrúa, México 2001, quinta edición, páginas 882 y 883.

Federal, a efecto de determinar el objeto material relacionado con el delito contra la salud, es el sistema de la ley penal en blanco:

“El artículo 193 del Código Penal no relaciona los estupefacientes, sino remite, para localizarlos, a dos órdenes de mandamientos: a) nacionales, que son el Código Sanitario, los reglamentos y demás disposiciones vigentes o que en lo sucesivo se expidan en los términos de la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución General de la República y b) internacionales, constituidos por convenios o tratados que México haya concertado o celebre en lo futuro. En cuanto se produce esta remisión a leyes, reglamentos y disposiciones administrativas y tratados, y dado que, por otra parte, en los tipos penales constantemente se hace referencia a actos realizados infringiendo las leyes o normas sanitarias (...con violación de las prescripciones contenidas en el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, en los convenios o tratados internacionales suscritos por México o que en lo sucesivo suscriba, en las leyes o disposiciones sanitarias, o en cualquier otra ley, se dice, por ejemplo, en la segunda parte del artículo 197), nos hallamos en presencia de leyes penales en blanco, entendidas como las que se remiten a otra ley, es decir, a la misma instancia legislativa y aquéllas en que el complemento corresponde a otra instancia legiferente o a la autoridad (Luis Jiménez de Asúa).

Ha de notarse que el complemento normativo no sólo incumbe al plano legislativo sino al administrativo, por igual, merced a las amplias facultades con las que se dotó al Consejo de Salubridad General. De modo similar, en el plano del Derecho de gentes las prevenciones consensuales se enriquecen por la acción de la Comisión de estupefacientes. La doble instancia normativa en ambos campos jurídicos, es expresión y consecuencia del extraordinario dinamismo de la materia, cuyo

constante movimiento excedería fácilmente el marco riguroso del Derecho legislado y del orden internacional convencional.”⁵

Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas denominan como re-envío al sistema empleado por el artículo de mérito:

“El principio de legalidad establecido en el artículo 14, párrafo III Constitucional hizo necesario, para integrar la definición de lo que son estupefacientes, a los efectos de la tipificación penal de los delitos consignados en este capítulo, usar el sistema de re-envío o renvoi o rinvio, como lo hace el artículo 193, con plausible prudencia, ya que la catalogación de estupefacientes varía con frecuencia. La ley penal, sigue, al respecto, el sistema de crear tipos penales anormales, al definir, recurriendo a una complementación legal integratoria de cada tipo. Obvio es que en todo caso la clasificación de una sustancia como estupefaciente ha de haber sido hecha mediante ley anterior a la conducta que se incrimine concretamente, en acatamiento al dogma nullum crimen sine previa lege.”⁶

El sistema de ley penal en blanco o de re-envío a las disposiciones normativas citadas, en las que se enumeran concretamente las sustancias consideradas como estupefacientes y psicotrópicos, también ha sido reconocido por la jurisprudencia, al respecto véase la tesis aislada emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, página 71, Semanario Judicial de la Federación 199-204, Segunda Parte, Séptima Época:

⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*. Editorial Trillas, México 1977, tercera edición, páginas 26 y 27.

⁶ CARRANCÁ Y TRUJILLO Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS Raúl. *Código penal anotado*. Editorial Porrúa, México 2003, vigésima quinta edición, páginas 512 y 513.

“SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS. METACUALONA. La sustancia llamada metacualona resulta ser objeto material de las diversas modalidades delictivas contra la salud, previstas en el artículo 197 del Código Penal Federal, ya que está considerada como psicotrópico sujeto a fiscalización y control en la lista número IV del convenio sobre sustancias psicotrópicas concertado en la ciudad de Viena el veintiuno de febrero de mil novecientos setenta y uno y aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión con fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos, habida cuenta que el artículo 193 del código punitivo en cita prevé en forma categórica que se consideran estupefacientes y psicotrópicos, entre otros, los que determinen los convenios o tratados internacionales que México haya celebrado, y por lo mismo se constituye en objeto material de las plurales conductas delictivas antes mencionadas, creándose así una norma de las que la doctrina llama normas o leyes penales en blanco, perfectamente válida desde el punto de vista constitucional, ya que el precepto al que se asocia la sanción penal llena su contenido total o parcialmente con normas que se hallan en otras instancias legislativas, como son los tratados internacionales, que tienen rango de ley conforme a lo preceptuado por el artículo 133 de la Constitución General de la República. Cabe señalar al respecto que por lo que se refiere a los listados de sustancias hechos en la convención internacional ya citada, las normas relativas quedaron incorporadas automáticamente al derecho interno a virtud de lo antes dicho y por la remisión expresa que a ellas hace el artículo 193 del Código Penal mencionado.”

Así como la tesis aislada sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, visible en la página 746, Segunda Parte-2, tomo III, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Enero-Junio 1989, Octava Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTRÓPICOS Y ESTUPEFACIENTES QUE LO CONFIGURAN. Conforme a los artículos 133, 73, fracción XVI, base primera, 89, fracción I, de la Constitución General de la República y 193 del Código Penal Federal, son psicotrópicos y estupefacientes que dan lugar a la configuración del delito contra la salud, los que determinan la Ley General de Salud y los convenios o tratados internacionales de observancia en México, así como los que señalan las listas o disposiciones aplicables a la materia, expedidas por el C. Presidente de la República o las autoridades sanitarias correspondientes (como el psicotrópico flunitrazepam, derivado de las benzodiazepinas, así considerado en el decreto presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1976). Este criterio sigue el sustentado en la tesis publicada con el número 16, visible en la página 12, del tomo relativo a la Primera Sala de la H. Suprema Corte, del informe de mil novecientos ochenta y cinco, bajo el rubro: delito contra la salud, sustancia metacualona, que precisa la vigencia de normas que el decreto penal ubica como tipos en blanco que en realidad impidió, por interrupción de tesis, la conformación de la jurisprudencia registrada bajo el número 43, visible en la página 28 de la parte correspondiente a la misma Sala, del informe del año de mil novecientos ochenta y seis, publicada bajo el rubro: Salud, delito contra la. Posesión de estupefacientes no configurado, en la cual se previene la necesaria inserción en disposiciones elevadas a rango de ley, de enervantes o psicotrópicos como objeto material para la configuración del delito a comentario.”

En razón de lo anterior, el objeto material sobre el cual recae la conducta típica está representado por alguna de las sustancias señaladas en:

a) La Ley General de Salud:

Artículo 237: considera como estupefacientes a las sustancias y vegetales siguientes: OPIO PREPARADO PARA FUMAR, DIACETILMORFINA O HEROÍNA, sus sales o preparados, CANNABIS SATIVA ÍNDICA Y AMERICANA O MARIHUANA, PAPAVER SOMNIFERUM O ADORMIDERA, PAPAVER BACTREATUM Y ERYTHROXILÓN NOVOGRATENSE O COCA, en cualquiera de sus formas derivados o preparaciones;

Artículo 245, fracción I: considera como sustancias psicotrópicas con valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública, a la: CATINONA, DET, DMA, DMHP, DMT, DOB, DOET, LSD, LSD-25, MDA, MDMA, Mescalina (PEYOTE; LOPHOPHORA WILLIAMSII; ANHALONIUM WILLIAMSII; ANHALONIUM LEWINII), MMDA, PARAHEXILO, PCE, PHP, PCPY, PMA, PSILOCINA, PSILOTSINA, PSILOCIBINA (HONGOS ALUCINANTES DE CUALQUIER VARIEDAD BOTANICA, EN ESPECIAL LAS ESPECIES PSILOCYBE MEXICANA, STOPHARIA, CUBENSIS Y CONOCYBE, Y SUS PRINCIPIOS ACTIVOS, STP, DOM, TCP, THC, TMA, PIPERONAL O HELIOTROPINA, ISOSAFROL, SAFROL, CIANURO DE BENCILO;

Fracción II: considera psicotrópicos con algún valor terapéutico, pero que constituyen un problema grave para la salud pública al: AMO BARBITAL, ANFETAMINA,

BUTORFANOL y sus sales, precursores y derivados químicos,
CICLOBARBITAL, DEXTROANFETAMINA
(DEXANFETAMINA), FENETILINA, FENCICLIDINA,
HEPTABARBITAL, MECLOCUALONA, METACUALONA,
METANFETAMINA, NALBUFINA, PENTOBARBITAL,
SECOBARBITAL;

Fracción III: considera psicotrópicos con valor terapéutico, pero constituyen un problema para la salud pública, a las:
BENZODIAZEPINAS, ALPRAZOLAM, AMOXAPINA, ACIDO BARBITURICO (2, 4, 6 TRIHIDROXIPYRAMIDINA),
BROMAZEPAM, BROtizOLAM, CAMAZEPAM, CLOBAZAN, CLONAZEPAM, CLORACEPATO DIPOTASICO, CLORDIAZEPOXIDO, CLOTIAZEPAM, CLOXAZOLAM, CLOZAPINA, DELORAZEPAM, DIAZEPAM, EFEDRINA, ERGOMETRINA (ERGONOVINA), ERGOTAMINA, ESTAZOLAM, 1-FENIL 2-PROPANONA, FENILPROPANOLAMINA, FLUDIAZEPAM, FLUNITRAZEPAM, FLURAZEPAM, HALAZEPAM, HALOXAZOLAM, KETAZOLAM, LOFLACEPATO DE ETILO, LOPRAZOLAM, LORAZEPAM, LORMETAZEPAM, MEDAZEPAM, NIMETAZEPAM, NITRAZEPAM, NORDAZEPAM, OXAZEPAM, OXAZOLAM, PEMOLINA, PINAZEPAM, PIMOZIDE, PRAZEPAM, PSEUDOEFEDRINA, RISPERIDONA, QUAZEPAM, TEMAZEPAM, TETRAZEPAM, TRIAZOLAM, ZIPEPROL, ZOPICLONA y sus sales, precursores y derivados químicos; ANFEPRAMONA (DIETILPROPION), CARISOPRODOL, CLOBENZOREX

(CLOROFENTERMINA), ETCLORVINOL, FENDIMETRAZINA, FENPROPOREX, FENTERMINA, GLUTETIMIDA, HIDRATO DE CLORAL, KETAMINA, MEFENOREX, MEPROBAMATO, TRIHEXIFENIDILO;

y artículo 248 que reenvía a las sustancias psicotrópicas enumeradas en la fracción I, del artículo 245.

b) Los tratados internacionales de observancia obligatoria en México:

La Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por protocolo de 25 de mayo de 1972, que entiende por estupefaciente a cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, de las:

Lista I: ACETIL-ALFAMETLIFENTANILON, ACETILMETADOL, ACETORFINA, ALFACETILMETADOL, ALFAMEPRODINA, ALFAMETADOL, ALFA-METILFENTANILO, ALFA-METILTIOFENTANILO, ALFAPRODINA, ALFENTANIL, ALILPRODINA, ANILERIDINA, BECITRAMIDA, BENCETIDINA, BENCILMORFINA, BETACETILMETADOL, BETA-HIDROXIFENTANILO, BETA-HIDROXI-3-METILFENTANILO, BETAMEPRODINA, BETAMETADOL, BETAPRODINA, BUTIRATO DE DIOXAFETILO, CANNABIS Y SU RESINA Y LOS EXTRACTOS Y TINTURAS DE CANNABIS, CETOBEMIDONA, CLONITACENO, COCA (HOJAS DE),

COCAÍNA, CODOXIMA, CONCENTRADO DE PAJA DE ADORMIDERA (el material que se obtiene cuando la paja de adormidera ha entrado en un proceso para la concentración de sus alcaloides, en el momento en que pasa al comercio), DESOMORFINA, DEXTROMORAMIDA, DIAMPROMIDA, DIETILTAMBUTENO, DIFENOXILATO, DIFENOXINA, DIHIDROMORFINA, DIMEFEPTANOL, DIMENOXADOL, DIMETILTAMBUTENO, DIPIPANONA, DROTEBANOL, ECGONINA, sus ésteres y derivados que sean convertibles en ecgonina y cocaína, ETILMETILTAMBUTENO, ETONITACENO, ETORFINA, ETOXERINIDA, FENADOXONA, FENAMPROMIDA, FENAZOCINA, FENOMORFÁN, FENOPERIDINA, FENTANIL, FURETIDINA, HEROÍNA (diacetilmorfina), HIDROCODONA, HIDROMORFINOL, HIDROMORFONA, HIDROXIPETIDINA, ISOMETADONA, LEVOFENACILMORFÁN, LEVOMETORFÁN, LEVOMORAMIDA, LEVORFANOL, METADONA, METADONA, INTERMEDIARIO DE LA, METAZOCINA, METILDESORFINA, METILDIHIDROMORFINA, 3-METILFENTANILO, METOPÓN, MIROFINA, MORAMIDA, INTERMEDIARIO DE LA, MORFERIDINA, MORFINA, BROMOMETILATO y otros derivados de la morfina con nitrógeno pentavelente, MPPP, NICOMORFINA, NORACIMETADOL, NORLEVORFANOL, NORMETADONA, NORMOFINA, NORPIPANONA, OPIO, OXICODONA, N-OXIMORFINA, OXIMORFONA, PARA-FLUOROFENTANILO, PEPAP, PETIDINA, PETIDINA, INTERMEDIARIO A DE LA, PETIDINA, INTERMEDIARIO B DE LA, PETIDINA, INTERMEDIARIO C DE LA, PIMINODINA, PIRITRAMIDA, PROHEPTACINA, PROPERIDINA, RACEMETORFÁN, RACEMORAMIDA, RACEMORFÁN,

SUFENTANIL, TEBACÓN, TEBAÍNA, TILIDINA,
TILOFENTANILO, TRIMEPERIDINA;

Y Lista II: ACETILDIHIDROCODEÍNA, CODEÍNA,
DEXTROPROPOXIFENO, DIHIDROCODEÍNA, ETILMORFINA,
FOLCODINA, NICOCODINA, NORCODEÍNA, PROPIRAMO.

El Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, que
entiende por sustancia sicotrópica cualquier sustancia natural o
sintética, o cualquier material natural de la:

Lista I: DET, DMHP, DMT, LSAD, LSD-25, MESCALINA,
PARAHEXILO, PSILCINA, PSILOTSINA, PSILOCIBINA, STP,
DOM, TETRAHIDROCANNABINOLES, todos los isómeros;

Lista II: ANFETAMINA, DEXANFETAMINA,
METANFETAMINA, METILFENIDATO, FENCICLIDINA,
FENMETRACINA;

Lista III: AMOBARBITAL, CICLOBARBITAL, GLUTETIMIDA,
PENTOBARBITAL, SECOBARBITAL; y

Lista IV: ANFEPRAMONA, BARBITAL, ETCLORVINOL,
ETINAMATO, METACUOLNA, METILFENOBARBITAL,
METIPRILONA, FENOBARBITAL, PIPRARDOL, SPA.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, que define al estupefaciente como cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la convención de 1961 y de esta convención en su forma enmendada; y por sustancias sicotrópicas a cualquier sustancia natural o sintética o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio de 1971;

c) Otras disposiciones legales aplicables en la materia, como las emitidas por el Consejo de Salubridad General, que son obligatorias en todo el país, en términos de lo dispuesto por el artículo 73, fracción XVI, base primera, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Juez debe proceder invariablemente con auxilio de peritos en materia de química forense para afirmar que determinada sustancia es una droga, en otras palabras, la existencia de la droga sólo puede constatarse científico-naturalmente.

En cuanto a los requisitos que debe contener el dictamen químico, contrario sensu, es aplicable la tesis aislada emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página 329, tomo XI, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Enero 1993, Octava Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA NATURALEZA DE LAS SUBSTANCIAS. DICTAMEN QUÍMICO INSUFICIENTE. Para determinar si las sustancias de que se componen las tabletas decomisadas al inculpado están

consideradas como estupefacientes o psicotrópicos, no basta que los expertos en la materia simplemente concluyan que esas pastillas si son equiparables a los estupefacientes, sino que es necesario precisar, que previo el análisis químico correspondiente, las mismas contienen las sustancias o alcaloides estimados por la ley como estupefacientes o psicotrópicos, así como el dispositivo donde están comprendidas, de tal suerte que si en tales cuestiones fue omiso el peritaje, la lisa y llana manifestación, sin fundamento alguno, de que se equiparan a los estupefacientes, no resulta suficiente ni constituye base firme para concluir, acertadamente, que tales medicamentos contienen aquellas sustancias o alcaloides de que se trata, y por tanto, la sentencia que con base en ello condene al inculpado resulta violatoria de garantías.”

En relación con el elemento normativo consistente en que la posesión de la droga, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse destinada a realizar algunas de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, se acredita por medio de un procedimiento negativo, esto es, con la ausencia de indicios que indiquen que el sujeto activo perseguía la finalidad de traficar con la droga.

Además de lo anterior, la jurisprudencia exige que la cantidad de la droga no exceda de la señalada por las tablas del apéndice 1 del Código Penal Federal.

Así lo señala la tesis VII.P.10 P, emitida por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, consultable en la página 215, Tomo II, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Julio 1995, Novena Época:

“ARTÍCULO 195 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. CASOS EN QUE DEBE SER APLICADO. Cuando la cantidad de narcótico poseído o

transportado esté comprendida en las tablas contenidas en el Apéndice 1 del Código Penal Federal al que se refiere el artículo 195 bis de dicho ordenamiento, y la conducta del activo quede delimitada entre un principio y un fin precisos sin que exista dato alguno acerca de que persiguiera consciente y voluntariamente un diverso objetivo ulterior, y dicho activo no sea miembro de una asociación delictuosa, puede válidamente considerarse que la posesión o transporte a él atribuidos no está destinada a realizar alguna de las conductas a las que se refiere el diverso 194 del mismo ordenamiento legal.”

Del tal suerte que la cantidad de la droga es decisiva, pues si excede de los límites previstos en las tablas citadas, la finalidad de tráfico se tiene por acreditada, según la jurisprudencia por contradicción de tesis 1a./J. 48/2006, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 82 del Tomo XXIV, Octubre de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, del tenor literal siguiente:

“DELITO CONTRA LA SALUD, EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA CANTIDAD DEL NARCÓTICO EXCEDA EL LÍMITE MÁXIMO PREVISTO EN LA TABLA DEL APÉNDICE 1 DEL ARTÍCULO 195 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, ES SUFICIENTE POR SÍ SOLA PARA TENER POR DEMOSTRADO QUE DICHA POSESIÓN TENÍA COMO FINALIDAD REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194 DEL PROPIO CÓDIGO. Al ser la cantidad del narcótico asegurado un elemento objetivo del tipo penal, la circunstancia consistente en que dicha cantidad exceda el límite previsto en la Tabla del Apéndice 1, del artículo 195 bis, del Código Penal Federal, con independencia en qué cantidad se excede dicho límite (si es mínimo o demasiado), por sí sola es suficiente para tener por demostrado que dicha posesión tenía como finalidad la realización de alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del

Código Penal Federal, la cual en cada caso deberá ser precisada por el juzgador; en virtud de que la posesión del narcótico no tiene como fin el consumo personal. Lo anterior obedece a que al rebasar la cantidad del narcótico el límite previsto en la tabla y anexo citados, la conducta desplegada por el activo ya no encuadra en el supuesto previsto en el artículo 195 bis, que prevé una conducta atenuada, por ende es agravada al actualizarse el supuesto previsto en el primer párrafo del artículo 195 del citado Código.”

El segundo de los elementos normativos del tipo, consistente en que el sujeto activo no sea miembro de una asociación delictuosa también se acredita por medio de un procedimiento negativo, esto es, con la ausencia de pruebas que indiquen que el agente forma parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósitos delictivos⁷.

En relación con el tercer elemento normativo, consistente en que el sujeto activo posee la droga sin la autorización sanitaria correspondiente, es oportuno señalar que los artículos 235 y 246, in fine, de la Ley General de la Salud autorizan la adquisición y posesión de drogas con fines médicos, excepto las mencionadas en los artículos 237 y 248 de ese ordenamiento, siempre que un profesional de la salud las prescriba con fines terapéuticos por medio de una receta.

Así también, la legislación sanitaria autoriza la adquisición de cualquier droga con fines científicos, cuando el organismo o

⁷ Cfr. Código Penal Federal, artículo 164: “Al que forme parte de una asociación delictuosa o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa...”

institución de que se trate presenten protocolo de investigación autorizado por la Secretaría de Salud.

En las relatadas circunstancias, este elemento normativo se acredita con la ausencia de las autorizaciones de mérito, según el caso concreto; en ese sentido consúltese la tesis emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página 329, tomo XI, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Enero 1993, Octava Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS DE ESTUPEFACIENTES, CARENTES DE LA AUTORIZACIÓN A QUE SE REFIERE LA LEY GENERAL DE SALUD.

Aunque la siembra, cultivo, cosecha o cualquier otro de los actos que el artículo 197, fracción I del Código Penal Federal, contempla como modalidades del delito contra la salud al estar relacionados con algunos de los vegetales o sustancias señalados en el artículo 193 de esa legislación, se realicen con propósitos de investigación científica, responsabilizan penalmente a su agente activo, si éste no cuenta para tal fin con la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, lo que deriva de la interpretación gramatical del primero de los preceptos invocados.”

Ahora bien, por lo que se refiere a la imputación objetiva del resultado, cuarto de los elementos normativos, es menester determinar cuáles son las conductas que pretendió prevenir y sancionar el legislador a través del tipo penal contenido en el artículo 195 bis del Código Penal Federal, y ello sólo se consigue por medio de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y el alcance de la prohibición.

Para tal propósito, es necesario analizar, en lo conducente, la exposición de motivos de la reforma al Título Séptimo, Capítulo I, del otrora Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación de diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro:

“II. Reforma penal sustantiva

II.1. Reestructuración del Capítulo I del Título Séptimo del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Si bien este Código ha sido objeto de importantes modificaciones en los últimos años, tanto en lo que hace a tipificación como a sanción de los delitos contra la salud, debe señalarse que el aumento en la penalidad de modo igual para los que siembran, cultivan, cosechan, etcétera, como para los que comercian o trafican con estupefacientes o psicotrópicos, no ha sido apropiado.

En atención a ello, el proyecto de reformas plantea la necesidad de reestructurar el contenido del Capítulo I del Título Séptimo del Código Penal, relativo a las diversas conductas relacionadas con los estupefacientes y psicotrópicos, dándoles un tratamiento adecuado, en atención a sus diversas connotaciones. Cada una de las diversas conductas previstas en el actual artículo 197 del Código Penal tienen connotaciones diferentes en atención al bien jurídico a proteger, y representan distinta relación con el efecto de favorecer o facilitar el consumo de drogas. De ahí la conveniencia de hacer una diferenciación de dichas conductas, atendiendo a su trascendencia o gravedad, y establecer una penalidad diferenciada, dándole al juzgador elementos distintos para que también en esa especie de delitos se mueva con criterios de racionalidad y de justicia.

Con base en lo anterior, en la presente iniciativa se propone al honorable Congreso de la Unión, regular en el artículo 194 lo que es propiamente el narcotráfico, con la penalidad que actualmente prevé el artículo 197, así como las hipótesis de agravación de la pena en el artículo 196. En el nuevo artículo 196 - bis se propone regular la conducta de quienes por sí, a través de terceros o a nombre de otros, dirigen, administran o supervisan cualquier tipo de organización o ente constituido para realizar de manera reiterada cualquiera de las actividades delictivas que afectan la salud; regulación que procura responder a las exigencias que actualmente se imponen.

Finalmente, se da un trato diferenciado a la posesión de estupefacientes y psicotrópicos, por lo que hace a su penalidad, atendiendo a si se realiza o no con fines de tráfico, así como a la cantidad y demás circunstancias del hecho. Y se establece, como regla general, que para la individualización de la pena el juzgador tomará en cuenta la cantidad y la especie de narcótico de que se trate, así como la mayor o menor lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado y las condiciones personales del autor o partícipe del hecho...

II.5. En general, es necesario mejorar algunos tipos penales, crear otros, e introducir respecto de ciertos delitos otras agravantes que no habrán sido consideradas. En los delitos graves contra la salud se hace necesario extender la punibilidad más allá de la tentativa, que implica actos de ejecución del ilícito no consumado, para comprender también algunos actos preparatorios unívocos, es decir, cuando revelen claramente la intención de perpetrar el ilícito penal, pero que por alguna razón ajena a su voluntad no continuaron el desarrollo de su realización, quedando por ello impunes sus autores o partícipes...”⁸

⁸ Cfr. Exposición de motivos de la reforma de 23 de diciembre de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, en vigor el 1 de febrero de 1994; Cámara de Senadores, LV Legislatura, Libro 104, Expediente 105, Ramo Público, páginas 3 y siguientes, Archivo Histórico y Biblioteca “Melchor Ocampo”.

De lo anterior se advierte que la decisión político-criminal del legislador fue incriminar actos preparatorios del tráfico de drogas, no abarcados por la fórmula de la tentativa.

El legislador considera un acto preparatorio unívoco que revela la intención de narcotráfico, la posesión de drogas prevista en el artículo 195 del Código Penal Federal; conducta típica que para ser sancionada requiera la prueba del elemento subjetivo de la posesión, lo cual se logra a través de la valoración de cuando menos dos de los indicios siguientes: cantidad excesiva de sustancia, falta de dependencia, forma de distribución, lugar en que se encuentra la droga, capacidad adquisitiva del poseedor, actitud adoptada al momento de la detención, clases de drogas, instrumentos idóneos para el comercio o sumas considerables de dinero en moneda fraccionaria.

En cuanto a la posesión de drogas prevista en el artículo 195 bis del Código Penal Federal, en el fondo, la decisión político-criminal del legislador consistió en disminuir la carga probatoria del Ministerio Público para obtener una orden de aprehensión y para que el Juez pueda dictar un auto de formal prisión o una sentencia con pruebas mínimas.

En tales condiciones, si en el supuesto de hecho no existen indicios suficientes que acrediten que el sujeto activo perseguía la finalidad de traficar con la droga, es aplicable subsidiariamente el tipo penal previsto en el artículo 195 bis.

En conclusión, la finalidad del legislador fue incluir dentro del radio de prohibición del tipo penal en cuestión sólo la posesión de drogas, como acto preparatorio del delito de narcotráfico, cuando por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, es decir, ante la ausencia de pruebas, no pueda considerarse que está destinada al narcotráfico.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito contra la salud, en la modalidad de posesión atenuada, sólo puede ser doloso, y en ningún caso culposo, toda vez que el Código Penal Federal, al adoptar el sistema de *numerus clausus* en relación con la culpa, señala en el artículo 60, los delitos que pueden ser sancionados en su comisión culposa, y el delito que nos ocupa no está incluido en esa enumeración.

Considero que es posible cometer la conducta típica con dolo directo, indirecto o eventual; en cuanto esta última forma de comisión, véase la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 23, tomo 217-228, segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época:

“DOLO EVENTUAL EN LA PERPETRACIÓN DEL DELITO CONTRA LA SALUD, EN SU MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN DE ESTUPEFACIENTE.

Si la acusada admitió haberse representado la posibilidad de que las maletas que transportó desde una región a otra, contuvieran marihuana, dada la cantidad elevada de dinero que le ofrecieron por su traslado, y a pesar de ello no abandonó su ilícito proceder, sin importarle el peligro que ello implicaría

para la salud pública, que es el bien jurídico tutelado por la norma, resulta acertado el reproche formulado por la autoridad responsable, al haber concurrido en la actuación de la acusada tanto la representación del hecho y su significación, como la voluntad de ejecutarlo, ambos elementos integrantes de la forma de culpabilidad dolosa, en este caso presente bajo su modalidad de dolo eventual.”

3.1 El consumo de drogas: riesgo permitido.

La razón político-criminal para permitir globalmente el consumo de drogas radica en lo insoportable que resultaría su prohibición para la vida en sociedad.

El consumo de drogas es un fenómeno social que ha subsistido a lo largo de la historia de nuestro país:

“En la época que comprende los tres últimos cuartos del siglo XIX y el primero de este siglo, la drogadicción o toxicomanía no llegó jamás a adquirir caracteres graves. El consumo de drogas, si se exceptúa las zonas en que los indígenas conservaron sus costumbres precolombinas, se restringía al láudano y algunos otros medicamentos preparados con opio o sus derivados.

Al juzgar los testimonios de la época, el lector moderno no puede menos que sorprenderse al advertir la poca importancia que se le otorgaba a la opiomanía ... los juicios más severos la calificaban de inmoral, y la consideraban en todo similar al vicio de bailar, ir al teatro o fumar tabaco. Sólo algunos moralistas llegaron a decir que era tan grave como el juego o la promiscuidad sexual.

El hecho es que en nuestro país, como en el resto del mundo a lo largo del siglo XIX y principios del XX, los médicos recetaban opiáceos directamente

a los pacientes y las farmacias los vendían sin exigir siquiera receta médica ... ”

9

Luis Astorga prueba que no sólo los opiáceos eran usados con fines terapéuticos, sino también los extractos de coca y la marihuana:

“En el Porfiriato, las importaciones de opio alcanzaron cifras sólo comparables, parcialmente y con algunas reservas, con las presentadas como destrucción del opio y la heroína para el periodo 1983-1991 en el Programa Nacional para el Control de Drogas 1989-1994. Las cantidades de opio importado oscilaron entre casi ochocientos kilos y cerca de doce toneladas, en el periodo que va de 1888 a 1911. El número de habitantes de la época era poco más de 15 millones en 1910, y el consumo de opio, en forma de láudano y otros compuestos opiados, era legítimo y usual.

Los vinos (cordiales) con coca y los cigarrillos de marihuana (para combatir el asma, por ejemplo) formaban parte de los productos que se ofrecían normalmente en las farmacias. En periódicos y revistas de finales del siglo XIX y todavía hasta los años treinta del siglo actual, se anunciaban estos fármacos y las propiedades curativas que se les atribuían. En las farmacopeas de la época se indicaba cómo preparar los compuestos con esas sustancias, y las diversas formas que deberían existir en toda farmacia digna de ese nombre; a saber: jarabes, extractos, tinturas, entre otros, así como las dosis máximas para adultos y niños.

Las preocupaciones que empiezan a surgir a finales del siglo pasado se refieren a las dosis a partir de las cuales el uso de esas sustancias provoca intoxicaciones, así como a las adulteraciones realizadas por personas ajenas a la profesión farmacéutica. En otras palabras, preocupaban la medida justa, el control de calidad y los agentes sociales que pueden garantizar tales cosas

⁹ CÁRDENAS DE OJEDA, Olga. *Toxicomanía y narcotráfico: aspectos legales*. Op. Cit., página 24.

legítimamente. El uso terapéutico no se pone en duda y los juicios morales están todavía muy lejos de su orientación actual, aunque ya es posible encontrar muestras de un cambio de percepción. Los farmacéuticos defienden su profesión y los intereses de su corporación, rechazan ser considerados como médicos de segunda y critican la ineficacia de la reglamentación sanitaria para controlar la venta libre de algunas plantas como la mariguana, que se podía adquirir fácilmente en el mercado de La Merced y en otros de la capital del país.”¹⁰

Roberto Pérez Montfort destaca el consumo de drogas con fines lúdicos:

“Al iniciarse la década de los años veinte en México la conciencia persecutoria en contra de las drogas parecía estar principalmente en los encabezados de los periódicos y en las proclamas de algunas autoridades. El uso y abuso de sustancias capaces de alterar la razón se consideraba como uno más de los aconteceres cotidianos de la malograda sociedad mexicana. En los ambientes bohemios, en el mundillo artístico y literario, en las altas esferas aristocráticas, en los mandos medios y superiores del ejército revolucionario, entre la tropa rasa, entre profesionistas y clases medias, y no se diga en los cabarets, en las farmacias, en las penitenciarías o en los llamados bajos fondos, el consumir zoapatli, toloache, opio, marihuana, codeína, cocaína, pastillas Huodé, Polvos de Dover, morfina en jeringas de Pravaz y hasta heroína en sus más variadas formas era visto como algo propio de la sociedad de su momento.

Los días más aciagos del período revolucionario ya parecían haber pasado, y aun cuando cierta desesperanza flotaba en el aire, la nueva década quería sacar adelante los ánimos para convertirse en los fabulosos veinte. Combinando un espíritu constructivo propio con un afán de modernidad muy a la norteamericana, el ambiente citadino se movía entre la ambigüedad que

¹⁰ ASTORGA, Luís. *El siglo de las drogas. El narcotráfico del Porfiriato al nuevo milenio*. Editorial Random House Mondadori, S.A. de C.V., México 2005, páginas 16 y 17.

declaraba una alta permisividad en los hábitos y las costumbres cotidianas, pero al mismo tiempo se mostraba dispuesta a manifestar una intolerancia moral rayana en lo persecutorio, no sin cierta dosis de hipocresía.

En ese sentido, y decadente como era, la sociedad citadina mexicana de fines del siglo pasado y principios de éste, todavía no había dejado que la conciencia sobre las drogas y sus influjos se convirtiera en un enemigo omnipresente, menos aún en algo que pusiera en tela de juicio su legitimidad, tal como sucede hoy en día.

Aun cuando ya a fines del porfiriato el afán intolerante hacia las llamadas drogas enervantes se había mostrado con cierta virulencia, no cabía la menor duda que las prácticas y los hábitos de los consumidores consuetudinarios todavía no significaban una amenaza en contra de la sociedad en su conjunto. Ciertamente es que el consumo de opio entre los migrantes chinos y alguno que otro aficionado, lo mismo que el morfinismo de algunos sectores aristocráticos y bohemios, se veía con malos ojos. También el fumar marihuana era deturpado por su vínculo con las clases populares, el ejército y el medio penitenciario. Pero para los pudientes y los moralistas, más que un delito de orden común, la drogadicción era vista como una costumbre indeseable o incluso como una enfermedad susceptible de curarse con cierta facilidad.”¹¹

El fenómeno no ha cambiado en nuestros días, de acuerdo con la última Encuesta Nacional de Adicciones 2002, elaborada por el Consejo Nacional contra las Adicciones, órgano dependiente de la Secretaría de Salud, 3,508,641 personas entre 12 y 65 años que habitan en zonas rurales y urbanas del país, han hecho uso ilícito de drogas, considerándose uso ilícito al consumo de drogas ilegales y de drogas con utilidad médica cuando se hace fuera de

¹¹ PÉREZ MONTFORT, Ricardo. *Yerba, goma y polvo. Drogas, ambientes y policías en México 1900-1940*. Editorial Era-Instituto Nacional de Antropología e Historia, México 1999, página 9.

prescripción, es decir, sin receta médica o cuando el uso ocurrió en mayor tiempo, mayores dosis o por razones diferentes a las indicadas por un médico.¹²

La inmunidad del consumo de drogas a prohibiciones penales por parte del Estado es una cuestión resuelta en el pasado, y en ese sentido, legitimada históricamente; en efecto, desde el Código Penal de 1871, los legisladores se declararon partidarios de desechar del catálogo de tipos penales todas aquellas conductas que no dañen los derechos de terceros, aunque representen una muy grave ofensa a la moral, y se pronunciaron a favor de evitar la fiscalización de las más íntimas acciones de los ciudadanos; el Estado sólo se limitó a sancionar a personas que, sin autorización legal, comerciaron con drogas, así como a los boticarios que adulteraran o falsificaran esos bienes de consumo.

Esa toma de partido respetó los principios de bien jurídico tutelado y exclusiva incriminación de conductas, según los cuales, el derecho penal ha de configurarse como una respuesta frente a hechos lesivos-externos y no frente a simples vicios de la personalidad:

“Para que un acto pueda ser políticamente imputable, no basta que lo sea desde el punto de vista moral, ni que sea en sí malvado, según el precepto moral. Es menester, además, que el acto moralmente imputable a alguno como malo, sea políticamente dañoso.

12

Esto se sigue del principio según el cual el derecho de prohibir ciertas acciones y declararlas delito, se atribuye a la autoridad social como medio de mera defensa del orden externo, y no para conseguir el perfeccionamiento interno.”¹³

Gustavo de Greiff considera que una ley penal es legítima sólo cuando respeta los principios de igualdad y libertad, en tal concepto, no debe emplearse la ley penal para castigar un comportamiento que no se ajuste al ideal del bien que pueda tener el Estado:

“El derecho a la libertad del que es titular todo ser humano desde el momento de su existencia, comprende el derecho a la vida y a la integridad personal frente a quienes pretendan afectarla, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libre expresión del pensamiento, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y tantos otros que pueden caracterizarse como derechos fundamentales o derechos humanos.

Se puede responder a quienes propagan que el Estado puede penalizar todo aquello que atente real o supuestamente contra el carácter o la integridad moral, que éste es un elemento esencial de una buena personalidad, pero que de esto no se sigue que su promoción y protección sea un objetivo apropiado de la ley penal, la cual no está para imponer una concepción particular de la virtud y que, por lo tanto, nadie debe pensar que las personas merecen ser consideradas delincuentes porque su comportamiento no se apegue a un ideal...

Las leyes relativas al consumo de narcóticos hasta ahora conocidas, aun cuando formalmente válidas, no llenan ni el requisito de respetar la

¹³ ROMÁN QUIROZ, Verónica. *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*. Op. Cit., página 19.

libertad de los asociados, ni el de corresponder con principios éticos generales, ni el de ser producto de deliberación racional (debido a la desinformación de quienes las aprobaron), aparte de ser socialmente ineficaces.

No llenan el requisito de respetar la libertad ni el de adecuarse a los principios éticos generales que inspiran la vida de las sociedades donde rigen. Debe tenerse en cuenta que los principios o valores predominantes y preeminentes en todas ellas son los de la libertad e igualdad. Ahora bien, de acuerdo con el principio de igualdad, el Estado no debe mostrar ningún favoritismo hacia alguna concepción del bien que tenga una porción de la sociedad, así sea la más numerosa, por encima de las distintas preferencias que tengan otros segmentos de la población, pues se violaría dicha igualdad. Pero como las personas no sólo gozan de la igualdad sino que, además son titulares de un derecho moral a la libertad, de ello resultan diversos estilos de vida que deben ser respetados en tanto no afecten la igual libertad de todos. (Precisamente con este fundamento el 5 de mayo de 1994 la Suprema Corte de Justicia de Colombia declaró inexecutable una norma legal que elevaba a la categoría de delito al que llevara consigo, conservara para su propio uso o consumo, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia en cantidad considerada como dosis de uso personal. Dijo la H. Corte, en esa ocasión: cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está trasponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiera con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aun en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar.) Por esto, la ley penal no debe ser usada para imponer una determinada concepción de la moral,

porque éste no es papel que le corresponda desempeñar al legislador. Déjese a cada hombre cumplir con los deberes para consigo mismo o con el Ser Supremo, si es que cree en ÉL, pero no trate el Estado de interferir en esa relación con el “yo” o con el Creador, pretendiendo imponer una concepción de la virtud (La ley penal presupone ciertamente alguna concepción moral, pero cuando se presenta un conflicto de valores deberá predominar el de la autonomía y la libertad de los ciudadanos, o el principio carecería de importancia y sería contradictorio).

Hay quienes se muestran partidarios de las leyes contra las drogas sosteniendo que degradan a quien las consume debido a que socavan el carácter. Puede ser cierto o no (las investigaciones empíricas sobre el particular son discordantes), pero de aquí no se sigue que el Estado tenga derecho a imponer una particular idea de la virtud.”¹⁴

Carlos Santiago Nino critica la legislación prohibicionista por considerarla incompatible con una sociedad liberal:

“El argumento perfeccionista es muy pocas veces expuesto explícitamente como justificación del castigo de la tenencia de drogas con fines de consumo. Pero la connotaciones emotivas y morales de las expresiones que utilizan los que propugnan tal castigo (el, por ejemplo, de explotar la ambigüedad de la palabra “vicio”) dejan pocas dudas de que la autodegradación moral del drogadicto no es indiferente para la postura en cuestión. En algunos casos, la ligereza con que se hace referencia a los daños emergentes de la drogadicción da pie para suponer que la consideración de esos daños, si bien importante, no es decisiva para los que piensan que el consumo de drogas debe ser interferido legalmente.

¹⁴ De GREIFF, Gustavo. “La creación legislativa de delitos” en *Moralidad, legalidad y drogas*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 2000, Pablo de Greiff y Gustavo de Greiff (compiladores), páginas 217 y siguientes.

A pesar de la timidez con que se suele introducir este argumento en las discusiones sobre el tema, el perfeccionismo no carece de razones en su apoyo. ¿Por qué no habría de ser la sola inmoralidad de un acto justificativo suficiente para proscribirlo legalmente? ¿Cuál es la razón última de intentar prevenir los delitos tradicionales si no es que el causar daño y sufrimiento es inmoral? ¿No es acaso un objetivo legítimo del orden jurídico el promover formas de vida más puras y caracteres morales virtuosos?

La respuesta obvia que los defensores de una concepción liberal de la sociedad están dispuestos a dar a la última pregunta es que el señalado no es, efectivamente, un objetivo legítimo del sistema jurídico, puesto que él está en pugna con la libertad de las personas de elegir y desarrollar sus propios planes de vida sin interferencia de otra gente y de los órganos estatales. El punto de vista liberal implica sostener que a los efectos de la justificación de regulaciones y medidas públicas, el bien de una persona está dado por la satisfacción de los fines que ella misma se propone y no de ciertos fines postulados como válidos independientemente de la elección de los individuos; rechaza el modelo de organización social globalizadora que abarca todos los aspectos de la vida de un individuo y en la cual las preferencias de cierta gente, respecto de cómo deberían desarrollarse las vidas ajenas, prevalecen sobre las de los titulares de esas vidas.

Pero las dos primeras preguntas del perfeccionista necesitan una respuesta más elaborada por parte de los que sustentan una concepción liberal de la sociedad. A menos que adoptemos el principio moral utilitarista, según el cual la drogadicción, como cualquier otra conducta, no es en sí misma moralmente disvaliosa si se prescinde del sufrimiento u otras consecuencias perjudiciales que ella pueda generar, no resulta clara la diferencia entre este caso y otros en los que la inmoralidad del acto es, en última instancia, la razón para proscribirlo legalmente.

Creo, como lo he expuesto en otras oportunidades, que el único camino que tiene abierto un liberal no utilitarista para presentar su posición en forma consistente e inteligible consiste en distinguir dos dimensiones de cualquier sistema moral: una de ellas está constituida por las reglas morales que se refieren a nuestro comportamiento hacia los demás proscribiendo aquellas acciones que perjudican al bienestar de terceros u ordenando la realización de otras que promueven los intereses ajenos. La otra dimensión está constituida por las pautas morales que definen modelos de virtud personal y que permiten juzgar a las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, perjudiquen o no a terceros. Una acción puede ser moralmente incorrecta de acuerdo al primer tipo de reglas, pero no ser autodegradante según cierto ideal de virtud personal (como en el caso de quien daña a otro involuntariamente); y una conducta puede incidir negativamente en la valoración de la personalidad del agente sin infringir ninguna prohibición referida al bienestar ajeno (como el profesar ideas supersticiosas).

El punto de vista liberal no conduce a sostener que el derecho debe ser indiferente a pautas y principios morales válidos y que la inmoralidad de un acto es irrelevante para justificar su punición jurídica. Implica, en cambio, limitar la vinculación entre derecho y moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que profesamos no deben ser, según este punto de vista, homologados e impuestos por el Estado, sino quedar librados a la elección de los individuos y, en todo caso, ser materia de discusión y persuasión en el contexto social. Ésta es la libertad fundamental que los sistemas totalitarios desconocen; la violación de muchos de los otros derechos individuales –como la libertad de culto, de opinión, de trabajo, de asociación- afecta, en última instancia, el derecho de cada individuo a elegir su propio plan de vida y a adecuarse al modelo de virtud personal que, equivocadamente o no, considera válido, en tanto no interfiera con el ejercicio de un derecho igual por parte de los demás. El reconocimiento de esta libertad fundamental está posiblemente asociado con una concepción

de la persona humana como un ser capaz de elegir sus propios fines, y, como dije antes, con una concepción del bien personal que está basada en la satisfacción de los fines individuales libremente escogidos...”¹⁵

El consumo de drogas también puede justificarse desde una óptica utilitarista, es más conveniente para el Estado tolerar el consumo de drogas porque los costes de la prohibición son mayores que los beneficios:

“Aunque la doctrina jurisprudencial varíe, hasta finales de los años cincuenta gran parte de las legislaciones condenaban igualmente el consumo y el tráfico de drogas. La despenalización de lo primero (que acontece en unos pocos países) se debe finalmente a la incapacidad de las instituciones judiciales y penitenciarias para hacer frente al número de infractores, e incluso allí donde se reconoce es contrarrestada por distinciones como <posesión para el tráfico> y <posesión para el consumo>, gracias a las cuales el juzgador puede suponer lo que tenga por conveniente, castigando también el mero consumo cuando le parezca oportuno.”¹⁶

En razón de lo anterior, considero que el consumo de drogas como riesgo permitido tiene un fundamento dual: histórico y utilitarista.

¹⁵ SANTIAGO NINO, Carlos, “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?” en *Ibíd*em, páginas 268 y siguientes.

¹⁶ ESCOHOTADO, Antonio. *Historia general de las drogas*. Alianza Editorial S.A., Madrid 2004, séptima edición, tomo I, introducción, pie de página 11.

3.2 Excusas absolutorias previstas en los artículos 195, párrafo segundo, y 199, párrafo primero, del Código Penal Federal.

El supuesto de hecho relacionado con el consumidor principiante está previsto en el artículo 195, párrafo segundo, del Código Penal Federal, bajo el texto siguiente:

“Artículo 195...

No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de algunos de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal...”

En tanto que el supuesto de hecho relacionado con el consumidor farmacodependiente está previsto en el artículo 199, párrafo primero, del ordenamiento sustantivo de referencia, bajo el texto siguiente:

“Artículo 199.- Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda...”

3.2.1 Elementos objetivos.

Los elementos objetivos de ambas hipótesis son los siguientes:

A) La posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal.

El primer elemento objetivo es la posesión, la cual significa facultad de disposición sobre un objeto, el ejercicio de un poder de hecho.

El segundo elemento objetivo está representado por alguna de las drogas señaladas en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248 de la Ley General de Salud, en los tratados internacionales de observancia obligatoria en México o en las disposiciones generales que emita el Consejo de Salubridad General.

De tal suerte que existirá posesión cuando 1) se aprehenda materialmente la droga en poder del autor; 2) Cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia; o 3) Por ser coautor, junto con el que posee materialmente la droga.

3.2.2 Reglas para la exclusión de la imputación.

La cantidad del narcótico que se permite poseer no está especificada en la ley, ni tampoco en la jurisprudencia, esta última se limita a expresar que es necesario que el juez se auxilie de un perito que diagnostique que la cantidad de narcótico es la necesaria para el consumo.

Así lo dispone la tesis XX.1°.32, emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, visible en la página 609, tomo IV, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octubre 1996, Novena Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN. PARA DETERMINAR EL CONSUMO PERSONAL A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL ES NECESARIO QUE EL JUEZ NATURAL SE AUXILIE DE UN PERITO EN LA MATERIA. Si bien es cierto que el artículo 199 del Código Penal Federal, establece genéricamente que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los contemplados en el numeral 193 del aquel cuerpo legal, no se aplicará sanción alguna, y que tampoco se fija un lapso de tiempo para el consumo de referencia; también es verdad que no indica expresamente cuál es la cantidad que se autoriza a poseer y que no amerita sanción alguna, aspecto del cual, depende el poder determinar, el tiempo que diga el reo se requiere para el consumo del enervante; en tal circunstancia, ante tal evento el juzgador debe auxiliarse de la opinión especializada de un perito en la materia, ya que de no hacerse así, implicaría dejar al arbitrio del toxicómano poseer cualquier cantidad de droga, bajo el argumento de que es para su riguroso consumo personal.”

Así como la tesis sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página 631, tomo IX, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Abril 1992, Octava Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. PRUEBA DE LA TOXICOMANÍA. La tesis de la compra y la adquisición de enervantes con fines exclusivos de uso

personal no amerita pena, sino únicamente que el inculpado sea puesto a disposición de las autoridades de salubridad pública para su tratamiento, sólo puede tener aplicación cuando existe un dictamen médico que diagnostique que el inculpado es toxicómano y que la cantidad de droga que le fue encontrada era sólo la necesaria para su consumo.”

En cuanto a la temporalidad para la cual se prevé el consumo del narcótico, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que la exclusión de la imputación no está sujeta a condición temporal alguna.

Al respecto véase la jurisprudencia por contradicción 13/96, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 171, tomo III, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Junio 1996, Novena Época:

“POSESIÓN DE NARCÓTICOS PARA EL ESTRICTO CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO SE SUJETA A CONDICIÓN TEMPORAL ALGUNA. La excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal, en cuanto previene que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193, no se le aplicará pena alguna, no requiere para su operancia que el consumo sea el inmediato o diario, como se establecía en las fracciones I y II del artículo 194 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Antes bien, de la interpretación literal del artículo 199, así como de la exposición de motivos correspondiente, se advierte con claridad que la intención del legislador fue precisamente la de suprimir el

anterior tratamiento que se daba a los farmacodependientes que poseyeran narcóticos para su propio e inmediato consumo; esto es, en el nuevo precepto se establece otra excusa absolutoria que encuadra en las conductas que anteriormente contemplaban las fracciones I y II del artículo 194, con la salvedad de que el determinar la cantidad de narcótico poseída por el farmacodependiente para su estricto consumo, queda al arbitrio del juzgador, por no establecerse algún término, sin embargo se requerirá del dictamen médico correspondiente en el caso concreto y, en el último párrafo, se advierte la hipótesis que se comprendía en el correspondiente de la fracción IV del anterior artículo 194, advirtiéndose que se cambia el término "adicto o habitual" por el de "farmacodependiente". Efectivamente, en el artículo 199 se deja al arbitrio del juzgador la apreciación de la posesión del narcótico para el estricto consumo personal del farmacodependiente, para lo cual, deberá considerar todas las circunstancias del caso, entre las cuales, desde luego, no se excluye el elemento de temporalidad, del cual no obstante, no es el único que debe ponderarse para determinar cuándo la posesión del narcótico tiene como finalidad el estricto consumo personal del mismo por parte del inculcado. Por tanto, esa situación deberá valorarla el Juez del proceso mediante el análisis comparativo de la cantidad, naturaleza, forma de adquisición y venta de droga poseída y el grado de adicción del encausado, así como las circunstancias que mediaron en la comisión de la conducta antijurídica, y las demás que incidan en la apreciación de la finalidad de la posesión del narcótico por parte del encausado."

Sin embargo, está prohibido el almacenamiento de drogas a pesar de que la finalidad sea el consumo personal, según la tesis emitida por la otrora Sala Auxiliar, visible en la página 330, tomo 217-228, Séptima Parte, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN EXCESIVA DE ENERVANTES POR TOXICÓMANOS. NO PUEDE HACERSE

ALMACENAMIENTO PARA CONSUMO PERSONAL. Siendo de peligro el delito contra la salud, no es dable justificar la posesión excesiva de enervantes en los toxicómanos, pues cualquier persona adicta a los enervantes podría impunemente acumular grandes cantidades de estupefacientes, con el pretexto de ser toxicómanos; la cantidad poseída por un vicioso debe ser precisamente la adecuada para su consumo personal, sin que pueda admitirse que la cantidad de enervante poseída pueda ser objeto de guarda o almacenamiento para un período más o menos largo, precisamente, por el latente peligro para la sociedad.”

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera irrelevantes la pureza y calidad de los narcóticos, por tanto, no es justificable la posesión excesiva de tales sustancias bajo el argumento de que los componentes adicionales incrementan su cantidad.

Así lo indica la jurisprudencia por contradicción 9/95, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 39, tomo II, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Julio 1995, Novena Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE COCAÍNA. CONFIGURACIÓN CON INTRASCENDENCIA DE LA PUREZA DE LA DROGA. Para que surja el ilícito contra la salud en su modalidad de posesión de cocaína resulta irrelevante la pureza del alcaloide pues al tratarse de un ilícito de peligro, es ajena la causación directa efectiva de un daño sobre la salud, y sólo debe atenderse a la puesta en peligro de ese bien jurídicamente tutelado por la norma y por ende es de tomarse en cuenta la droga en su integridad es decir, tanto en sus necesarios componentes como en aquéllos adicionales que incrementan su cantidad y

que como consecuencia lógica también aumente el peligro de consumo de quien la posee y de la colectividad.”

En cuanto al requisito consistente en que la posesión de la droga sea con la finalidad de consumirla, el maestro español Javier Ignacio Prieto Rodríguez considera que la cantidad de la sustancia es el criterio que con más frecuencia se aplica para acreditar ese extremo:

“Dada la consagración legal de la impunidad del consumidor, ante la posesión de droga, ante la mera tenencia y demás conductas orientadas al autoconsumo, se impone la utilización de una serie de criterios que nos permitan descubrir algo tan oculto o recóndito como la voluntad del poseedor, que nos permitan hallar la intención de tráfico o autoconsumo. Ya se ha indicado que consagrando la impunidad de la tenencia de droga destinada al autoconsumo, se corre el peligro de que tras esta justa protección otorgada al toxicómano o consumidor, se oculte el traficante. Riesgo que se acentúa en nuestra legislación, dada la vigente redacción del art. 344 que se limita a incriminar la tenencia o posesión destinada al tráfico sin incluir ningún límite o consagrar criterios (cantidad poseída, condición de toxicómano del poseedor...) que posibiliten la indagación de aquella intención, y que tal vez hubiera sido preferible recoger en el texto legal para la salvaguarda de aquellos intereses políticos criminales. Esta tarea se deja por completo al arbitrio judicial, de tal forma que los Tribunales, valorando aquellos criterios o pruebas, según su conciencia, establecerán la intención de tráfico o consumo.

A tal fin, habrá que tomar en consideración todo tipo de factores objetivos y subjetivos, pero conjuntos y conjuntamente valorados.

El criterio más frecuente utilizado ha sido el de la cantidad de droga poseída, entendiendo que ésta se halla destinada al tráfico cuando la cantidad resulta desproporcionada a las necesidades del toxicómano o consumidor. La importancia de este criterio cuantitativo, como determinante de aquella intención es, pues, fundamental. Por ello, resultaría conveniente fijar topes racionales conformes con la naturaleza de la droga en cuestión, para evitar, no sólo la ocultación del traficante tras la protección legal, sino también para evitar que todo consumidor sea un sospechoso traficante. En nuestro país, aun sin fijación legal de criterio cuantitativo alguno, muchos sujetos han sido enviados o no a la cárcel según la cantidad de droga que le fuere hallada encima...

Como indican Lorenzo Salgado y Martínez Burgos, entre otros, no es correcto basarse exclusivamente en un criterio meramente cuantitativo o material, es decir, considerar que ante cantidades grandes de droga nos hallamos siempre ante un traficante, y ante cantidades pequeñas ante un caso de autoconsumo.

La cantidad como criterio objetivo para hallar la intención del que posee droga ha de tener en cuenta otros factores que no sean el mero peso o volumen.

Entre éstos, se citan la tendencia al aprovisionamiento del toxicómano –el cual puede aprovisionarse o acumular droga sin ningún designio delictivo, dada su esencial constitución que le conduce a formar reservas, incluso cuantiosas, con fines de autoconsumo, ante el temor de ulteriores escaseses en un mercado típicamente coyuntural-; igualmente habrá que tomar en cuenta el tiempo y las circunstancias en que se iba a consumir la droga ... Piénsese asimismo en supuestos en los que puede adquirirse cierta cantidad de droga para consumirla posteriormente en algún lugar aislado y durante un periodo de tiempo considerable –marinos que hayan de estar en altamar

varios meses-, etc. Igualmente, la circunstancia de que la droga se adquiriera para el consumo de varios, y no del poseedor material exclusivamente, etc.

La solución se encuentra en conjugar el criterio cuantitativo con otros factores, sopesándolos prudentemente. Entre estos últimos podemos aludir si el poseedor es o no adicto o consumidor (acreditado mediante el correspondiente dictamen médico-toxicológico); a los medios económicos y de subsistencia del poseedor; a los objetos hallados en su poder, que puedan hacer presumir que la droga está destinada al tráfico (básculas, envoltorios, dinero), distribución de la droga (si está o no dividida en porciones) o al consumo (jeringuillas usadas, cucharillas quemadas...); antecedentes del culpable (si lo son de tráfico o de consumo), aunque a este último criterio no ha de dársele mayor importancia de la que realmente tiene, etc.

Ante la tenencia de droga en parva cantidad por toxicómanos, habría que presumir que la intención es la de autoconsumo, con base en los principios generales que informan el Derecho Penal: presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución), *in dubio pro libertate*...

Habría que demostrarse por parte de la acusación que la posesión de droga por parte del toxicómano estaba destinada al tráfico, para ser posible su incriminación.

Lo mismo cabría decir respecto al consumidor habitual u ocasional de droga, si consiguen acreditarse tales extremos. Con respecto al no consumidor o no adicto, opino que tampoco puede partirse de la presunción de que la tenencia de droga está predestinada al tráfico; todo lo más, puede mantenerse una inversión en la carga de la prueba, cuando las

circunstancias concurrentes (excesiva cantidad de droga, posesión de dinero de procedencia no acreditada...) puedan presumir el destino al tráfico.”¹⁷

En el mismo sentido, la maestra española Ujala Joshi Jubert considera que la cantidad del narcótico es uno de los criterios básicos para inferir la finalidad de consumo:

“Cantidad de sustancia aprehendida. Este es uno de los criterios básicos. La posesión por parte del consumidor de determinadas cantidades no muy elevadas de las sustancias ilegales se interpreta normalmente como tenencia para el propio consumo y por lo tanto no entra dentro del ámbito de las conductas típicas. La utilización de este criterio plantea por lo menos dos problemas: uno, la determinación de las cantidades a partir de las cuales se interpreta posesión destinada a la difusión y, por tanto, punible; y dos, la acreditación del carácter de consumidor o no del acusado.

Determinación de las cantidades a partir de las cuales se interpreta posesión destinada a la difusión. Existe cierta unanimidad en afirmar que el criterio de la cantidad tiene que ser flexible y que las cifras que se dan son orientativas, dependiendo la constatación del destino al tráfico de la valoración global de todos los indicios. La cantidad apropiada para el autoconsumo se hace depender de los siguientes baremos: clase de droga, su calidad y pureza, el grado de adicción del sujeto, es decir, la cantidad que habitualmente consume, siendo por ejemplo distinto si se trata de un consumidor habitual con gran adicción o de uno ocasional, los días para los cuales se prevé el consumo, permitiéndose acopio de droga hasta para cinco días, y en casos excepcionales (por ejemplo, por realización de un viaje) algo más, poder adquisitivo del poseedor.”¹⁸

¹⁷ PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. *“El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español”*. Editorial Aranzadi, Pamplona 1993, segunda edición, páginas 302 y siguientes.

¹⁸ JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal, grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales*. Op. Cit., página 199.

Otro requisito para la exclusión de la imputación es que el sujeto que posee la droga sea farmacodependiente, o bien, no farmacodependiente, esto es, consumidor principiante.

Esos conceptos no son definidos por la ley penal, ni tampoco por la jurisprudencia, esta última se limita a establecer los requisitos que debe contener un dictamen para la exención de la imputación.

En ese sentido, tesis XVII.5o.4 P, sustentada por el Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, visible en la página 1294, tomo XVI, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Agosto 2002, Novena Época:

“FARMACODEPENDENCIA. REQUISITOS QUE DEBE CONTENER EL DICTAMEN PERICIAL PARA QUE OPERE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Para que se estime acreditada la excusa absolutoria prevista por el artículo 199 del Código Penal Federal, consistente en que al farmacodependiente que posea algún narcótico, para su estricto consumo personal, no se le aplique pena alguna, no basta con que en el dictamen pericial simplemente se establezca que el sujeto activo es farmacodependiente, sino que también resulta necesario que exista una opinión técnica razonada del grado de adicción que presente como farmacodependiente, así como de la naturaleza del narcótico, la cantidad apropiada y frecuencia que pudiera requerir el sujeto para satisfacer su necesidad adictiva; todo ello después de haberse practicado las operaciones o experimentos que la ciencia sugiere,

conforme lo previene el artículo 234 del Código Federal de Procedimientos Penales. Es decir, que debido al estudio técnico realizado al activo del delito, se haya determinado que es adicto al estupefaciente, lo que será determinante para concluir que ante esta circunstancia y la cantidad del narcótico asegurado, se pueda deducir que es para el consumo estrictamente personal del activo y así el juzgador estará en condiciones de aplicar la excluyente de punibilidad.”

En tales circunstancias, es necesario acudir a un elemento extrajurídico, propio de la ciencia médica, para esclarecer, en primer término, el concepto de sujeto farmacodependiente, y en segundo lugar, la expresión legislativa formulada en sentido negativo, esto es, sujeto no farmacodependiente.

Como consecuencia de la confusión terminológica suscitada por los conceptos de adicción, toxicomanía y hábito de consumir drogas, en el año de 1969 la Organización Mundial de la Salud, órgano dependiente por la Organización de las Naciones Unidas, recomendó la sustitución de aquellos conceptos por uno sólo, el de dependencia, así fue como se empezó a difundir a nivel internacional la expresión farmacodependencia:

“Estado psíquico y a veces físico, causado por la interacción entre un organismo vivo y un fármaco o droga, que se caracteriza por modificaciones del comportamiento y otras reacciones que comprenden siempre un impulso irreprímible a tomar el fármaco en forma continua o periódica, a fin de experimentar sus efectos psíquicos y, a veces, para evitar el malestar producido por la privación.”¹⁹

¹⁹ XVI Informe de la Organización Mundial de la Salud citado por Olga Cárdenas de Ojeda, en *Toxicomanía y narcotráfico: aspectos legales*. Op cit., página 7.

Juan Antonio Gispert Calabuig, catedrático de medicina legal en la Universidad de Valencia, proporciona una visión más completa del fenómeno, enumerando las principales propiedades de la farmacodependencia:

“En su estricta acepción terminológica son sustancias psicoactivas aquellas que modifican de modo exclusivo o preferente las funciones psíquicas; en un sentido más restrictivo, queremos significar con este nombre a las sustancias o drogas que producen dependencia (toxicomanía, en su acepción clásica) y que se absorben voluntariamente para provocarse determinada sensación o estados psíquicos no justificados terapéuticamente. Con la palabra dependencia se pretende señalar la falta de libertad en la relación establecida respecto a la droga, y por ello la palabra dependencia debe ir unida al nombre de la droga (heroína-dependencia, dependencia a la marihuana, etc.). De esta forma se pretende individualizar las distintas variedades de dependencia, debiendo precisarse para cada una los rasgos propios que la caracterizan y definen, de donde se desprende su peligrosidad y las medidas adecuadas de tratamiento, tanto a nivel individual como colectivo y aun internacional.

Los rasgos de mayor interés, que definen cada dependencia, son los siguientes:

- 1) Si tiene o no usos médicos, y en caso afirmativo, su posible sustitución por sustancias más inofensivas.

- 2) Existencia de compulsión como consecuencia del consumo habitual de la droga, y grado de la misma.

3) Existencia de tolerancia o acostumbramiento y, como resultado, necesidad de aumento progresivo de la dosis.

4) Grado y tipo de dependencia:

4.1 Psíquica o psicológica, cuando sólo crea el deseo de experimentar los efectos euforizantes de la droga, pero no tiene repercusiones orgánicas, por lo que la supresión no produce trastornos somáticos.

4.2 Física, cuando el repetido consumo de la droga llega a alterar el metabolismo orgánico, hasta el punto que el tóxico se hace necesario para el mantenimiento del equilibrio del medio interno u homeostasis; como resultado de esta situación orgánica, la supresión del tóxico engendra un cuadro patológico somático, conocido como "síndrome de abstinencia".

5) Naturaleza y entidad de las alteraciones orgánicas resultantes de los efectos tóxicos de la droga. Pueden afectar diversas funciones:

5.1 Físicas: hepáticas, dermatológicas, cardiocirculatorias, discracias sanguíneas, fenómenos alérgicos, alteraciones gastro-intestinales, etc.

5.2 Psíquicas: alteraciones éticas, intelectuales, trastornos de la personalidad, psicosis.

5.3 Genéticas: para algunas drogas (LSD) se ha demostrado la producción de lesiones cromosómicas, origen de malformaciones del nuevo ser.

Aun cuando cualquier sustancia psicotropa, incluso por vía sugestiva, es susceptible de crear un cierto grado de dependencia, en la práctica se trata de sustancias capaces de modificar las sensaciones, el estado de ánimo, la actividad mental, el comportamiento psicológico, o de conseguir obnubilación de la conciencia de quien las toma para suprimir un dolor, para sentirse a gusto, feliz, eufórico, para olvidar penas, para divertirse...”²⁰

De lo anterior se advierte que la dependencia a las drogas implica múltiples características: uso terapéutico o lúdico; grados y tipos: psíquica o psicológica y/o física; alteraciones orgánicas: físicas, psíquicas o genéticas.

En años más recientes, Aurelio Luna Maldonado y Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz, catedráticos de medicina legal y toxicología en la Universidad de Murcia, proporcionan un concepto más general sobre la farmacodependencia, y por ello útil a efectos prácticos:

“Hablamos de dependencia hacia una sustancia determinada cuando existe una vinculación metabólica y/o conductual entre su consumo y una persona, de forma que ésta no puede prescindir de su consumo sin que aparezcan trastornos de la conducta y/o una serie de síntomas y signos

²⁰ GISPert CALABUIG, Juan Antonio. *Medicina legal y toxicología*. Editorial Fundación García Muñoz-Sección Saber, Valencia 1977, página 635.

somáticos que desaparecen con la administración de la sustancia en cuestión”.²¹

Luego entonces, la cualidad jurídico-penal de farmacodependiente se satisface cuando un sujeto no puede interrumpir el consumo de droga porque experimenta trastornos de personalidad o alteraciones fisiológicas, contrario sensu, el sujeto no farmacodependiente puede interrumpir el consumo sin experimentar esos efectos.

En la doctrina, César Augusto Osorio y Nieto equipara al sujeto de la hipótesis prevista en el artículo 195, párrafo segundo, del Código Penal Federal, esto es, al usuario no farmacodependiente con el consumidor ocasional o no habitual:

“Entendemos que el sujeto de la conducta prevista en el artículo 195, párrafo segundo, del Código Penal, es lo que se conoce como consumidor ocasional o no habitual; esto es, la persona que utiliza cualquier tipo de fármaco o narcótico de manera ocasional; en situaciones especiales o particulares, en forma esporádica o variable, con mayor o menor frecuencia, utilizando dosis moderadas, lo que les permite llevar cierto control (no siempre) de su conducta, lo cual le facilita suspender temporal o definitivamente el consumo. En el caso de los consumidores no farmacodependientes, ocasionales o no habituales, no se producen los fenómenos de dependencia física y/o psíquica, ni de tolerancia, ni el síndrome de abstinencia.”²²

²¹ *Ibíd*em, editorial MASSON, S.A. Barcelona 2000, quinta edición, página 1214.

²² OSORIO Y NIETO, César Augusto. *Delitos contra la salud*. Editorial Porrúa, México 2002, segunda edición, página 99.

Para Ujala Joshi Jubert basta con demostrar que el narcótico se posee con la finalidad de consumirlo, con independencia de los hábitos de consumo:

“Acreditación del carácter de adicto o por lo menos de consumidor. Es otro de los criterios básicos. Para que la más mínima tenencia de drogas pueda reputarse para el autoconsumo, el poseedor debe ser adicto a la sustancia poseída o, por lo menos, ser consumidor habitual (es discutible la exigencia de carácter de adicto del poseedor de la sustancia, pues debería bastar la finalidad del propio consumo, aunque fuera por parte de un sujeto que consume sólo esporádicamente, o incluso que decide consumir voluntariamente por primera vez...), contentándose la jurisprudencia muy pocas veces con la cualidad de consumidor ocasional. La cuestión determinante es cómo debe probarse tal extremo. Parte de la jurisprudencia estima que es el acusado el que ha de aportar pruebas de su adicción, rechazándose la alegación si no resulta fehacientemente probada. Esto sucede en casos en que la cantidad de la droga poseída lo es en cantidad considerable. Otra parte, sin embargo, exige para probar el elemento subjetivo de querer traficar que se destruya la alegación de consumidor. Este es el caso generalmente en que la cantidad de droga poseída es mínima. Desde este punto de vista, la declaración de adicto bastaría para excluir el ánimo de traficar a no ser que se probara su falta de adicción.

En nuestra opinión, no debería exigirse ser adicto, sino debería bastar para la impunidad el probar que ocasionalmente se consumen las sustancias poseídas, o más aún, que en el caso concreto son para el propio consumo o consumo compartido (En caso contrario, podría llegarse a la paradoja de que la posesión por parte del que va a consumir por primera vez, como no es adicto, ni consumidor habitual, y todavía no es ni ocasional, se castigaría). Es decir, lo

relevante no es ser adicto, sino tener las sustancias para el propio consumo con independencia de los hábitos de consumo.”²³

Por otra parte, de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico penal, relacionando al efecto el contenido de los artículos 195 y 199 del Código Penal Federal y el numeral 524 del Código Federal de Procedimientos Penales, se colige que también está permitida la adquisición o compra de drogas con fines de consumo:

“Artículo 524. Si la averiguación se refiere a la adquisición y posesión de estupefacientes o psicotrópicos, el Ministerio Público, de acuerdo con la autoridad sanitaria a que se refiere el artículo anterior, precisará acuciosamente si esa posesión tiene por finalidad exclusiva el uso personal que de ellos haga el indiciado. En este caso, y siempre que el dictamen indique que el inculpado tiene el hábito o la necesidad de consumir ese estupefaciente o psicotrópico y la cantidad sea la necesaria para su propio consumo, no hará consignación a los tribunales; en caso contrario ejercerá acción penal.”

En mi concepto la adquisición o compra de drogas por parte de un sujeto para el consumo compartido entre él y diversas personas entra dentro del riesgo permitido, en este punto considero que es aplicable por analogía la tesis IV.2o.2 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, visible en la página 354, tomo I, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Mayo 1995, Novena Época:

²³ JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal, grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales*. Op. Cit., página 200 y siguientes.

“CORRUPCIÓN DE MENORES. NO INTEGRACIÓN DEL DELITO DE.

El artículo 197 bis del Código Penal del Estado de Nuevo León establece, que incurre en el delito de corrupción de menores, la persona que le venda a un menor de dieciocho años o le proporcione por cualquier concepto sustancias tóxicas, tales como thiner, solventes, sarolos, pegamentos, cementos plásticos o cualquiera otra que produzca efectos similares con la finalidad de ser consumidos por el menor con propósitos enervantes. Ahora bien, si en autos sólo está demostrado que se sorprendió al acusado en compañía de un menor "drogándose" con la sustancia denominada thiner que ambos adquirieron, resulta indiscutible que no se configura el delito atribuido, pues para ello era necesario que el acusado hubiera vendido o proporcionado dicha sustancia nociva al menor, procurando la corrupción de éste.”

En este supuesto, para que sea permitido el consumo compartido, es indispensable que se haga entre personas adultas con estrechos vínculos de amistad, sólo con ánimo de consumo, nunca con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el narcotráfico:

“Es muy frecuente que varios sujetos se reúnan entre sí con el fin de consumir de un modo conjunto el producto estupefaciente, siendo suministrado éste por uno o varios (pero no todos) de los intervinientes.

Normalmente es la amistad la que impone y dicta la frecuencia de la droga compartida por parte de los jóvenes. Su uso se hace en grupo, participadamente, en verdadera y real comunión. Como afirma Bonal “si estás con los amigos y se decide tomarse unos vasos de vino, Whisky o también fumarse un porro, hay que participar, pues no estaría bien visto que en un ceremonial de esta especie hubiera quien se negara a participar de algo que es de todos”.

Surge aquí el interrogante de cómo considerar esos actos de distribución de la sustancia dentro del grupo, dirigidos a un consumo colectivo.

A mi juicio, se debe considerar como propio consumo el uso y cesión de droga dentro del grupo de consumidores, aunque se encargue a uno de ellos como mero mandatario adquirir la droga; asimismo, estimo que, todo lo referente a la adquisición, preparación y uso de sustancias estupefacientes realizado en su interior, debe quedar exento de pena, pues como afirma Quintero “en estos casos es imposible apreciar la trascendencia para la colectividad, fundamento que, ya sea por razones sanitarias, ya por razones culturales, es el que legitima la intervención del Derecho penal”. En efecto, cuando el consumo colectivo de drogas tiene lugar entre adultos y en la intimidad, pierde su trascendencia pública, no afectando a la salud pública, sino a la de unos individuos concretos que consienten su ingestión. No obstante, ello deberá ocurrir siempre y cuando no exista por parte del que cede la droga, el “animus” específico de promover, favorecer o facilitar (es decir, expandir) su consumo mediante tales actos, sino que muestre única y exclusivamente el “animus” de consumir en grupo las mencionadas sustancias o, en todo caso, asegurar para ocasiones similares e inversas su propio consumo.

Esta postura, encuentra su fundamento, en la consideración de que la droga en grupo y las cesiones que dentro de éste tienen lugar, constituyen unas características del fenómeno droga; es manifiesto a este respecto el rito de los fumadores de opio o de hachís que se pasan la pipa o el cigarrillo; el rito de la jeringa, por el contrario, se da normalmente en solitario, aunque no se excluye un consumo colectivo.

Algunos comentaristas como Torio, basan la impunidad de semejantes comportamientos, en su insignificancia, afirmando que la entrega de un cigarrillo de marihuana a petición de otras persona, quien se limita a aspirar de él, devolviéndolo a quien se lo entregó, en una acción formalmente descrita en el tipo del artículo 368, es decir, un acto de facilitación del

consumo de drogas, si bien, por su insignificancia, sería absurdo estimarlo comprendido materialmente en el tipo. A mi modo de ver, sin embargo, dichos actos ni siquiera forman parte del tipo por falta de peligrosidad para el bien jurídico de la salud pública que protege la norma. Falta aquí la posibilidad (aunque sea remota) de daño, que debe conllevar la conducta peligrosa.

La solución propuesta, es una decisión necesaria que tiene como presupuesto la evidencia de que actualmente el fenómeno del consumo de estupefacientes ha sufrido una transformación, desapareciendo las características figuras de antaño del morfinómano y cocainómano consumidores aislados, dando lugar, por el contrario, a un uso comunitario y colectivo impuesto por un conjunto de exigencias y necesidades de la vida moderna, es decir, que el uso de la droga ha adquirido expresión de grupo en lugar de posiciones aisladas, y hay que tener en cuenta que la elaboración de los conceptos mediante un proceso lógico-formal, debe ser completada con las concretas exigencias de la realidad social...

Es muy importante destacar que, para sostener la impunidad de estas conductas, debe existir únicamente la intención de consumir la sustancia, con exclusión de todo "animus" de tráfico de la misma, y para ello habrá que examinar la relación de aquellos que la consumen, debe tratarse de una relación de amistad, en el sentido de que si cede alguna cantidad para consumo a algún miembro del grupo, ha de ser en virtud de una conexión tal, que determine al cedente a aquella conducta en atención a la persona del cesionario exclusivamente. Constituye entonces una prueba fundamental, demostrar el índice de amistad entre los miembros del grupo, que será el principal motivo que les lleve, en suma, a consumirla conjuntamente. Cuando falte la finalidad de consumo, y la cesión tenga lugar por otras razones (v.gr. iniciación de nuevos consumidores etc), dejará de ser una conducta atípica y pasaremos al ilícito punible, pues en este caso, ya se da la presencia de una voluntad orientada al tráfico o, en todo caso, a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de las sustancias poseídas, siendo este peculiar fin lo que integra un elemento subjetivo del tipo de necesaria presencia para volver

antijurídico el comportamiento que de otro modo sería de por sí penalmente irrelevante.”²⁴

Sin embargo, está prohibido el suministro de drogas entre consumidores, aún cuando sea para consumirla en forma compartida, en ese sentido consúltese la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Unión, visible en la página 31, tomo 51, segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. SUMINISTRO. LA PARTICIPACIÓN POR EL ACTIVO EN EL CONSUMO NO ES EXCLUYENTE NI MODIFICATIVA.

El hecho de participar el acusado en el consumo de la droga en unión de la persona o personas a quienes les ha suministrado de la misma, no es excluyente de responsabilidad, ni una circunstancia que implique modificación en la tipicidad del delito, la cual se concreta en definir la conducta ilícita como la acción de suministrar a otra persona algún estupefaciente, sin llenar los requisitos que para el caso fijen las leyes, los tratados internacionales y demás disposiciones sanitarias.”

También está prohibido inducir o auxiliar a terceras personas para que consuman drogas, aún en contextos de consumo compartido, al respecto véase la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 29, tomo 81, segunda parte, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época:

²⁴ REY HUIDOBRO, Luís Fernando. *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*. Op. Cit., página 41 y siguientes.

“SALUD, DELITO CONTRA LA. INDUCCIÓN AL USO DE ESTUPEFACIENTES.

Si el inculpado fue procesado por el delito contra la salud en sus modalidades de tráfico, suministro e inducción al uso de estupefacientes, se configura esta última modalidad si aparece en autos que el propio inculpado en distintas ocasiones no sólo suministró y vendió la droga a algunas personas, sino que las enseñó a usarla, lo que constituye obviamente la inducción a su uso.”

No huelga decir que los consumidores de drogas tienen prohibido producir, transportar, traficar, comerciar (vender), suministrar, introducir o extraer drogas del país, realizar actos de publicidad o propaganda para que se consuman, inducir o auxiliar para que se usen, o bien, financiar, supervisar o fomentar cualquiera de esas conductas.

Al respecto el artículo 526 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala:

“Si el inculpado está habituado o tiene la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos y además de adquirir o poseer los necesarios para su consumo, comete cualquier delito contra la salud, se le consignará sin perjuicio de que intervenga la autoridad sanitaria federal para su tratamiento.”

Lo cual es confirmado por la tesis III. 1°. P 15 P, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, visible en la página 698, tomo III, del Semanario Judicial de la Federación, Mayo 1996, Novena Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. EXCUSA ABSOLUTORIA INOPERANTE SI LA POSESIÓN CONCORRE CON OTRA MODALIDAD.

Si de autos se presume que el acusado quería la droga afecta a la causa, para cometer una de las conductas ilícitas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal (por el hecho de habersele incautado distribuida en pequeños envoltorios denominados "grapas"), este precepto legal es el que debe aplicarse y no el diverso artículo 195 del mencionado Código, siendo irrelevante en esas condiciones que el reo sea o no adicto al consumo de la cocaína, y que la cantidad de ésta exceda o no de la racionalmente necesaria para su consumo personal.”

3.2.3 Consecuencias jurídicas.

La legislación penal mexicana considera al farmacodependiente con un enfermo necesitado de tratamiento y protección; la consecuencia jurídica de la exclusión de la imputación será dejarlo a disposición de las autoridades administrativas de salubridad y asistencia para que le apliquen el tratamiento médico correspondiente.

Así lo ordenan los artículos 524 y 525 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como la jurisprudencia 316, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 175, tomo II, materia penal, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. COMPRA Y POSESIÓN. INEXISTENCIA DEL DELITO. TOXICÓMANOS.

Si conforme a lo dispuesto por los artículos 524 y 525 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público no debe consignar o, de haberlo hecho ya, deberá desistirse de la acción penal en contra del toxicómano que compre o posea drogas enervantes sólo en la cantidad racionalmente necesaria para su consumo; debe concluirse que en tal caso no existe delito y que el drogadicto sólo debe quedar sujeto al tratamiento médico que le apliquen las autoridades administrativas de salubridad y asistencia; en tal concepto, aunque el representante social dejare de cumplir con las obligaciones que las citadas disposiciones legales le imponen, el juez natural deberá hacer efectiva la esencia fundamental de esos preceptos.”

Esa determinación judicial no tiene el carácter de una medida de seguridad, en el sentido de los artículos 24, inciso 3, y 67, párrafo tercero, del Código Penal Federal, toda vez que desde la reforma al artículo 194 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de diciembre de 1978, se sustituyó aquella consecuencia jurídica por la obligación del juzgador de dejar al farmacodependiente a disposición de autoridades sanitarias para el tratamiento correspondiente, abandonándose así la ideología positivista, según la cual, el farmacodependiente revela un estado de peligrosidad que amerita la imposición de una medida de seguridad, en aras de la defensa social.

En cuanto al consumidor principiante, en términos del artículo 195, párrafo segundo, del Código Penal Federal, la exclusión de la imputación trae como consecuencia la imposibilidad de proceder penalmente contra él, por estar comprobada la causa de exclusión del delito prevista en la fracción II del artículo 15 del ordenamiento sustantivo, por tanto, con fundamento en el artículo 298, fracción VI, del Código Federal

de Procedimientos Penales, deberá decretarse el sobreseimiento, y en consecuencia, ordenar la absoluta libertad del inculpado, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 303 del ordenamiento adjetivo.

3.3 Excusa absolutoria prevista en el artículo 195, párrafo tercero, primera parte, del Código Penal Federal.

El supuesto de hecho relacionado con el consumidor de drogas con fines terapéuticos, está previsto en el artículo 195, párrafo tercero, del Código Penal Federal, bajo el texto siguiente:

“Artículo 195...

No se aplicará ninguna sanción por la simple posesión de medicamentos, previstos entre las sustancias a las que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento médico de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.”

Respecto a los requisitos especiales de adquisición de los medicamentos, el artículo 240 de la Ley General de Salud faculta a los profesionales de la salud, es decir, a los médicos cirujanos, los médicos veterinarios y los cirujanos dentistas, con título registrado por las autoridades educativas competentes, y excepcionalmente, a los pasantes de medicina durante la prestación del servicio social, para prescribir medicamentos que contengan sustancias consideradas como estupefacientes o

psicotrópicos, únicamente en sus respectivas áreas de especialización, verbigracia, los cirujanos dentistas sólo pueden hacerlo en casos odontológicos; y la prescripción de medicamentos debe realizarse exclusivamente con fines terapéuticos, preventivos o rehabilitatorios, no con fines lúdicos o recreativos.

La prescripción de medicamentos que contenga alguno de los estupefacientes indicados en el artículo 234 de la Ley General de Salud o algunas de las sustancias psicotrópicas de las señaladas en el artículo 245, fracción II, de la misma ley, estas últimas consideradas con algún valor terapéutico, pero que constituyen un problema grave para la salud pública, debe formularse en recetarios especiales que contengan un código de barras asignado por la Secretaría de Salud, o por las autoridades sanitarias estatales, para tratamientos no mayores de treinta días y la cantidad máxima de unidades prescritas por día, debe ajustarse a las indicaciones terapéuticas del producto (artículos 241 y 250 de la Ley General de Salud).

En estos casos, los encargados de los establecimientos autorizados que cuenten con licencia sanitaria que los acredite como droguerías, farmacias o boticas –nunca puestos semifijos, módulos móviles o ambulantes-, tienen el deber de retener invariablemente las recetas, debiendo hacer las anotaciones correspondientes en libro de contabilidad, estando obligados a entregar las recetas al personal autorizado por la Secretaría de Salud cuando lo requieran; los encargados de dichos

establecimientos deben cerciorarse de que las recetas hayan sido emitidas por profesionales de la salud, contengan los datos completos y que las dosis cumplan con la indicaciones terapéuticas del producto (artículos 242 y 252 de la Ley General de Salud).

En los casos de los medicamentos que contengan algunas de las sustancias psicotrópicas señaladas en el artículo 245, fracción III, de la Ley General de Salud, consideradas con valor terapéutico, pero que constituyen un problema para la salud pública, requieren para su venta o suministro al público, haber sido prescritas por profesional de la salud en receta médica que contenga el número de cedula profesional de aquél, la que puede surtirse por una sola vez y debe retenerse en la farmacia que la surta (artículo 251 de la Ley General de Salud).

En cuanto a los medicamentos que contengan algunas de las sustancias psicotrópicas señaladas en el artículo 245, fracción IV, de la Ley General de Salud, consideradas con amplios usos terapéuticos y constituyentes de un problema menor para la salud pública, requieren para su venta y suministro de los mismos requisitos señalados en el párrafo inmediato anterior, con la diferencia de que la receta puede surtirse hasta en tres ocasiones, está sujeta a una vigencia de seis meses contados a partir del día de la expedición y que será retenida por la farmacia que la surta en la tercera ocasión (artículo 252 de la Ley General de Salud).

3.3.1 Elementos objetivos.

Los elementos objetivos de esta hipótesis son los siguientes:

- A) La posesión de alguno de los narcóticos, considerados como medicamentos, señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal.

El primer elemento objetivo es la posesión, la cual significa facultad de disposición, el ejercicio de un poder de hecho sobre un objeto.

El segundo elemento objetivo está representado por alguno de los medicamentos previstos entre los narcóticos a los que se refiere el artículo 193 del Código Penal Federal, cuya venta al público se encuentra regulada por la Ley General de Salud.

La legislación penal no define lo que debe entenderse como medicamentos, por lo tanto, es indispensable recurrir a un elemento extra penal para llenar el contenido del objeto material.

El artículo 221, fracción I, primera parte, de la Ley General de Salud, define a los medicamentos de la forma siguiente:

“Artículo 221. Para los efectos de esta ley, se entiende por:

I Medicamentos: toda sustancia o mezcla de sustancias de origen natural o sintético que tenga efecto terapéutico, preventivo o rehabilitatorio, que se presente en forma farmacéutica y se identifique como tal por su actividad farmacológica, características físicas, químicas y biológicas...”

Ahora bien, para delimitar estrictamente el objeto material es necesario tomar en cuenta el contenido de los artículos 235 y 237 de la Ley General de Salud, que prohíben la siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general todo acto relacionado con los estupefacientes siguientes: opio preparado para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, cannabis sativa índica y americana o marihuana, papaver somniferum o adormidera, papaver bactreatum y erythroxilón novogratense o coca, en cualquiera de sus formas derivados o preparaciones; y el contenido del artículo 248 de la mencionada ley que prohíbe cualquiera de esos actos en relación con las sustancias psicotrópicas siguientes: catinona, DET, DMA, DMHP, DMT, DOB, DOET, LSD, LSD-25, MDA, MDMA, Mescalina (Peyote; Lophophora WilliamsII; Anhalonium WilliamsII; Anhalonium LewinII), MMDA, Parahexilo, PCE, PHP, PCPY, PMA, Psilocina, Psilotsina, Psilocibina (Hongos Alucinantes de cualquier variedad botánica, en especial las especies Psilocybe Mexicana, Stopharia, Cubensis y Conocybe, y sus principios activos), STP, DOM, TCP, THC, TMA, Piperonal o Heliotropina, Isosafrol, Safrol, Cianuro de Bencilo, así como las sustancias inhalantes que se utilizan corrientemente en la industria.

En esa tesitura, ninguna de tales sustancias o mezclas de sustancias pueden usarse como medicamentos o ingredientes de medicamentos, independientemente de sus efectos farmacológicos o de las propiedades medicinales que el consumidor les atribuya, sobre este punto véase la tesis XII.2° 9 P, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, consultable en la página 721, tomo IV, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Septiembre 1996, Novena Época:

“SALUD, DELITO CONTRA LA. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 193 Y 194 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

Es inatendible, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los artículos 193 y 194 del Código Penal Federal, el argumento que se exponga en el sentido de que tales preceptos vulneran garantías porque sancionan el transporte de marihuana a pesar, según se alega, de que esta planta tiene propiedades medicinales y existen otras sustancias que no han sido prohibidas e igualmente envilecen al individuo y degeneran la raza humana. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXI, de la Constitución Federal, es facultad del Congreso de la Unión definir los delitos y faltas contra la Federación, así como fijar los castigos que por ellos deban imponerse; por lo que, independientemente de que existan o no aquellas otras sustancias, y de las propiedades medicinales que el quejoso atribuye a la marihuana, debe decirse que no es facultad de los tribunales de la Federación determinar qué sustancias deben permitirse y cuáles prohibirse, pues ello responde a razones de política criminal, ajenas al tema de constitucionalidad de la ley.”

Sólo pueden considerarse medicamentos las sustancias, o sus mezclas, enumeradas en el artículo 234 de la Ley General de Salud, salvo las excepciones ya mencionadas, así como las reseñadas en el artículo 245, fracciones II, III y IV, de dicha ley, siempre y cuando se presenten en forma farmacéutica y se identifiquen como tales por su actividad farmacológica, características físicas, químicas y biológicas.

Verbigracia, el artículo 245, fracción III, de la Ley General de Salud, considera a la pseudoefedrina como una sustancia psicotrópica, sin embargo, también constituye el ingrediente de un medicamento de uso lícito.

Así lo ha resuelto el Poder Judicial de la Federación en la tesis XV.2o.7 P, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, visible en la página 527, tomo V, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Enero 1997, Novena Época:

“PSEUDOEFEDRINA. MEDICAMENTOS COMERCIALES QUE LA CONTIENEN, NO CONSTITUYEN DELITOS LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON.

“Si bien es cierto que la pseudoefedrina está catalogada como psicotrópico en la fracción III del artículo 245 de la Ley General de Salud, por encontrarse incluida en el grupo III del listado que se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 26 de julio de 1995, con motivo de la aplicación del artículo 246 de la citada Ley, y por tanto son punibles las conductas relacionadas con

dicha sustancia, conforme lo dispone el artículo 193 del Código Penal Federal, no constituye un peligro grave para la salud pública la posesión de medicamentos que contengan dicha sustancia, pues la pseudoefedrina es sólo un precursor para la elaboración de otras drogas, que al estar combinado químicamente pierde sus propiedades como materia prima, pues se ha transformado en un medicamento comercial por procesamiento químico, de uso lícito.”

3.3.2 Reglas para la exclusión de la imputación.

La posesión de medicamentos debe ser con fines terapéuticos, ya sea porque el agente se encuentre sujeto a tratamiento médico, o bien porque tenga la costumbre de automedicarse:

“Es preciso que la legislación sancione con objetividad los verdaderos casos de narcotráfico, y evite que fórmulas en extremo vagas o generales conduzcan a interpretaciones que puedan traducirse, contrariando los objetivos buscados, en la sanción de personas a las que es posible considerar, en modo alguno, como narcotraficantes.

Conforme a su actual redacción, el artículo 197 puede ocasionar interpretaciones excesivas, contrarias al sensato designio del legislador, en perjuicio de personas a las que sería irracional incriminar como delincuentes contra la salud. Se trata, en este caso, de quienes con motivo de un tratamiento médico, o incluso por costumbre de automedicación, poseen fármacos cuyo uso y comercio se encuentran restringidos. Resultaría a todas luces injusto sancionar a personas con las penas aplicables a los auténticos delincuentes, como pudiera ocurrir bajo una interpretación estrictamente gramatical del artículo 197.

Por lo dicho, se sugiere adicionar un párrafo al artículo 194, dado el precepto ya se refiere, entre otras cuestiones, a los supuestos en que no es punible la simple tenencia de drogas. La adición establecería que no se aplicará pena por la posesión de medicamentos, cuando esta conducta se justifique en función del tratamiento médico correspondiente. Es obvio que aquí sólo vienen al caso sustancias que tienen precisa aplicación terapéutica y que para este fin posee una persona...”²⁵

Así las cosas, la conducta analizada es permitida sin prescripción facultativa, es decir, sin receta médica o cuando el uso ocurre en mayor tiempo, mayores dosis o por razones diferentes a las indicadas por un médico, siempre y cuando, se reitera, la posesión sea con fines médicos y no se trate de algunas de las drogas señaladas en los artículos 237 y 248 de la Ley General de Salud.

3.3.3 Consecuencias jurídicas.

De acuerdo con el propio texto del artículo 195, párrafo tercero, primera parte, del Código Penal Federal, la exclusión de la imputación trae como consecuencia la imposibilidad de proceder penalmente contra el agente que haga uso ilícito de drogas con utilidad médica, por estar comprobada la causa de exclusión del delito prevista en la fracción II del artículo 15 del ordenamiento sustantivo, por tanto, con fundamento en el artículo 298, fracción VI, del Código Federal de Procedimientos Penales, deberá decretarse el sobreseimiento, y en consecuencia, de

²⁵ *Cfr.* Exposición de motivos de la reforma de 23 de diciembre de 1985, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1986, en vigor 30 días después; Cámara de Senadores, LIII Legislatura, Libro 26, Expediente 179, Ramo Público, páginas 4 y 5, Archivo Histórico y Biblioteca “Melchor Ocampo”.

conformidad con lo dispuesto por el artículo 303, de ese ordenamiento adjetivo, ordenar la libertad absoluta del inculpado.

3.4 Excusa absolutoria prevista en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

El Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas fue adoptado en la ciudad de Viena, Austria, el 21 de febrero de 1971. Fue aprobado por el Senado de la República, con reservas, el 29 de diciembre de 1972, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de marzo de 1973. El tratado internacional fue publicado en el mismo diario el 24 de junio de 1975.

El supuesto de hecho relacionado con el consumidor de drogas con fines mágico-religiosos, está previsto en el instrumento internacional citado, bajo la fórmula de una reserva expresa:

“El Gobierno de México, al adherirse al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, aprobado el 21 de febrero de 1971, formula una reserva expresa a la aplicación del citado instrumento internacional, con base en lo que establece el párrafo 4 del artículo 32 del mismo, en virtud de que en su territorio aún existen ciertos grupos étnicos indígenas que en rituales mágico-religiosos usan tradicionalmente plantas silvestres que contienen algunas de las sustancias sicotrópicas incluida en la lista 1”.

Las poblaciones indígenas que habitaban en el territorio actual del país, al iniciarse la colonización, conocieron el uso tradicional de ciertas drogas en contextos mágico-religiosos:

“En el capítulo de las drogas visionarias, el Nuevo Mundo es una fuente todavía inagotada. Si las dividimos en dos grandes líneas –una afín a la mescalina (con su anillo bencénico) y otra afín a la LSD 25 (con su anillo indólico)- veremos que ambos tipos están generosamente representados a nivel botánico.

En Mesoamérica, la primera droga de esta familia que llamó poderosamente la atención fue el teonanácatl (en lengua náhuatl: <seta maravillosa>), nombre que abarca varias especies de hongos psicodélicos. Sahagún y Benavente, dos de los primeros cronistas, emparentan el teonanácatl con Lucifer. No menos curiosidad mereció el ololiuhqui, que son las semillas de dos plantas trepadoras, pues – a juicio de Sahagún- <sirve a los nativos para comulgar con el Diablo>. El mismo anatema mereció el peyote, una cactácea que contiene mescalina, cuyo empleo fue pronto considerado <ritual pagano y superstición>.”²⁶

²⁶ ESCOHOTADO, Antonio. *Historia elemental de las drogas*. Editorial Anagrama, segunda edición, Barcelona 2003, páginas 69 y 70.

En la actualidad existen comunidades indígenas que continúan con esa costumbre, como los huicholes y los mazatecos, consumidores de peyote y hongos alucinantes, respectivamente:

“Ambas drogas se administran “casadas”, o en parejas, una especie masculina acompañada de otra femenina, y se acostumbra comerlas con chocolate o azúcar para disimular su amargura y “facilitar la liberación de los alcaloides”. No terminan aquí las sorprendentes afinidades que ofrecen el peyote y los hongos. Cuando el curandero se dirige a ellos emplea el lenguaje de la divinidad; las metáforas, las formas y los diminutivos reverenciales con que se les nombra figuran entre los más hermosos de los indios.

Sus efectos son igualmente similares. En lo esencial, los dos provocan alucinaciones sensoriales, desdoblamiento de la personalidad, alteración del tiempo y del espacio, incapacidad de fijar la atención, reminiscencias y periodos hilarantes.

Esta materia de los sueños, de los delirios y de los éxtasis era y es aprovechada con la finalidad de descubrir la causa de la enfermedad, el lugar donde el paciente perdió su alma o la adivinación del futuro. Sin embargo, el peyote y los hongos no pueden ser vistos desde esta estrecha perspectiva. En el mundo mágico de los indios los padecimientos están causados por el enojo de los dioses. Qualani in Huehuetzin, “está enojado el dios Arcaico”; qualani in Chicomecoatl, “está enojada Siete Culebra”; qualani in Chalchiuhtlicue, “está enojada la de la Saya de Pedrería”; responde el médico consultado cuando se le interroga sobre la causa de la dolencia...

Es pues indispensable descubrir a la deidad causante del mal, propiciarla mediante ofrendas y oraciones y organizar la defensa del paciente movilizandolos recursos de que dispone el curandero.

Los beneficios que han obtenido los indios de sus drogas alucinantes son incalculables. Enfrentados a un medio hostil, sometidos a la esclavitud y al

saqueo de sus bienes, acechados por mil peligros, indios, negros y mestizos han recurrido al peyote, a los hongos, al ololiuhqui, al Verde Machado y al Señor Estafiate como la única forma de resolver sus problemas y aliviar la angustia que los domina, no mediante la fabricación voluntaria de paraísos artificiales, ya que es difícil y riesgoso comulgar con un dios y convertirse en un dios. No se dan gratuitamente la omnisciencia y la omnipresencia de los dioses. Se debe pagar un precio para obtener un estado de gracia que nos permita comunicarnos con la divinidad y trascender nuestra condición humana. Este precio es la abstinencia, la purificación del alma y del cuerpo, y en no pocas ocasiones, el dolor y el desgarramiento. Sólo así se está en condiciones de adivinar las causas ocultas de nuestros padecimientos, de desdoblar nuestra personalidad mediante las más extrañas y peregrinas metamorfosis y de liberarnos de la carga, cada vez más pesada, de nuestras angustias y frustraciones.”²⁷

3.4.1 Elementos objetivos.

Los elementos objetivos de esta hipótesis son los siguientes:

- A. La posesión de plantas silvestres que contienen algunas de las sustancias incluidas en la lista 1 de la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas.

El primer elemento objetivo es la posesión, la cual significa facultad de disposición, el ejercicio de un poder de hecho sobre un objeto.

El segundo elemento objetivo está representado por las plantas silvestres que contienen algunas de las sustancias incluidas

²⁷ BENÍTEZ, Fernando. *Los indios de México*. Ediciones Era, S.A. de C.V., México 2002, séptima reimpresión, páginas 368 y 369.

en la lista 1 de la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas, a saber: DET; DMHP; DMT; LSD, LSD-25; Mescalina; Parahexilo; Psilocina, Psilotsina; Psilocibina; STP, DOM; y Tetrahidrocannabinoides, todos los isómeros.

3.4.2 Reglas para la exclusión de la imputación.

Para la exclusión de la imputación es necesario demostrar la existencia de:

- 1) Un factor cultural relacionado con la conducta; y
- 2) La calidad de indígena en el sujeto de la conducta.

Así lo exige el artículo 220-Bis del Código Federal de Procedimientos Penales:

“Cuando el inculcado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse de dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional.

En los procedimientos en los que intervengan personas que aleguen tener la calidad de indígenas, la misma se acreditará con la sola manifestación de quien la haga. Cuando el juez tenga duda de ella o fuere cuestionada en juicio se solicitará a las autoridades comunitarias la expedición de la constancia que acredite la pertenencia del individuo a un determinado pueblo o comunidad.”

En cuanto la primera regla para la exclusión de la imputación, esto es, la existencia de un factor cultural relacionado con el ilícito

penal, la doctrina considera que la prueba pericial en materia de antropología cultural es la idónea para demostrarlo:

“En primer término, no todos los indígenas que están inmersos en un proceso legal requerirían de un peritaje que resuelva una controversia de tipo cultural, ya que no todos los litigios están vinculados a una circunstancia normada o institucionalizada por la comunidad. De acuerdo con lo señalado inicialmente, sólo aquellos casos en donde exista un factor cultural relacionado con el ilícito requerirán de la participación de un perito en la materia. Por ejemplo, un delito contra la salud que implique tráfico comercial de drogas debe juzgarse por la vía ordinaria ya que esta práctica no forma parte de los usos institucionalizados por los pueblos. En cambio, si el uso de psicotrópicos está relacionado con un evento ceremonial o ritual, debe considerarse el componente cultural. Una privación ilegal de la libertad realizada entre particulares debe castigarse conforme a derecho, pero si la ejecuta una autoridad indígena contra un ciudadano por haber cometido una falta, estaría vinculado al ejercicio del sistema normativo, etc.

La idea de querer promover peritajes en todo proceso que participe un indígena proviene de una premisa falsa, en la cual se piensa que el indígena, por el sólo hecho de serlo, merece una atención especial. Con ello lo único que hacemos es anteponerle un estigma de minoría de edad o incapacidad mental. Dentro de la teoría de los derechos culturales, no se pretenden otorgar privilegios o fueros sino de reconocer su diferencia cultural en razón de pertenecer a un pueblo indígena que mantiene sus propias instituciones, es decir, que forma parte de un ordenamiento social distinto. No se está afirmando que se haga una excepción al aplicar el derecho, sino que el derecho contemple la variabilidad cultural y las nociones que un colectivo tiene sobre lo prohibido o lo permitido...”²⁸

²⁸ ESCALANTE BETANCOURT, Yuri y otros. *La experiencia del peritaje antropológico*. Instituto Nacional Indigenista, México 2002, página 10.

En relación con la segunda regla para la exclusión de la imputación, esto es, la comprobación de la calidad específica del sujeto de la conducta, basta con la autoadscripción del inculpado para demostrar que pertenece a un pueblo o comunidad indígena:

“Aunque en un principio el Instituto realizó toda suerte de metodologías para demostrar la pertenencia étnica de los inculpados, este camino se desechó y sólo se realizaban dictámenes en los casos donde se presentara una controversia cultural. En cuanto a la exigencia de demostrar la identidad, muy pronto se cayó en la cuenta de que este esfuerzo no sólo era superfluo sino también ilegal. Héctor Ortiz argumentó, basándose precisamente en el Convenio 169 y en la tesis del antropólogo Frederik Barth, que le correspondía al propio acusado autoadscribirse al pueblo del que forma parte, ya que como estipula el artículo primero del convenio 169, la conciencia de identidad es el criterio fundamental para determinar a quiénes se les aplica el Convenio. Esta disposición, a la letra, ahora está incluida también en la reciente reforma al artículo segundo constitucional.

En este sentido, no le corresponde al Estado emitir ninguna constancia que certifique o descalifique la pertenencia de un sujeto a un pueblo indígena. En todo caso, se le sugiere al juez consultar a las autoridades indígenas de donde dice pertenecer el inculpado, si existieren elementos suficientes para dudar de su autoafirmación. Este criterio concuerda con las demandas indígenas de evitar que el Estado medie o determine lo que por derecho a la libre determinación le corresponde a los pueblos y a sus miembros.”²⁹

3.4.3 Consecuencias jurídicas.

La exclusión de la imputación trae como consecuencia la imposibilidad de proceder penalmente contra el indígena, por estar comprobada la causa de exclusión del delito prevista en la

²⁹ *Ibíd*em, páginas 20 y 21.

fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, por tanto, con fundamento en el artículo 298, fracción VI, del Código Federal de Procedimientos Penales, deberá decretarse el sobreseimiento, y en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 303, de ese ordenamiento adjetivo, ordenar la libertad absoluta del inculpado.

IV Conclusiones.

Primera: el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación de 1871, no tipificó como delito el consumo de drogas, respetando así los principios de bien jurídico tutelado y exclusiva incriminación de conductas, según los cuales, el derecho penal ha de configurarse como una respuesta frente a hechos lesivos-externos y no frente a simples vicios de la personalidad.

Segunda: el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, siguió la doctrina positivista de la defensa social, la cual considera a los toxicómanos como peligrosos para la sociedad y a las drogas como sustancias que envenenan al individuo y degeneran a la raza, por tal razón, el consumo de drogas se tipificó como delito y se sancionó con segregación, multa y reclusión en manicomio para toxicómanos, hasta la completa curación.

Tercera: el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, derogó los tipos penales relacionados con el consumo de drogas, sin embargo, la diferencia con el anterior código penal no fue sustancial, toda vez que sancionó con pena de prisión y multa la posesión de drogas (es prácticamente imposible consumir una droga sin poseerla).

Cuarta: la doctrina y la jurisprudencia tradicionales consideran a la excusa absolutoria como el factor negativo de la punibilidad, la conceptualizan como una situación jurídica que deja subsistente una conducta típica, antijurídica y culpable, pero excluye la punibilidad por razones de política criminal; asimismo, concuerdan en que su aplicación está condicionada por la previa comprobación de los elementos del delito.

Quinta: el moderno sistema penal funcionalista interpreta el tipo penal teleológicamente, es decir, estableciendo si una conducta en particular entra dentro de su radio de prohibición; la interpretación es más exacta si se realiza conforme a los criterios de la teoría de la imputación objetiva; el criterio normativo idóneo para el análisis de los supuestos de exención del delito contra la salud, relacionados con el consumo de drogas, es el de exclusión de la imputación por riesgo permitido.

Sexta: el delito contra la salud, previsto en el artículo 195 bis del Código Penal Federal, puede quedar excluido desde el análisis de la primera categoría del delito: la conducta-típica; la ventaja de utilizar el sistema penal funcionalista se puede sintetizar así: la aplicabilidad de las excusas absolutorias del delito contra la salud está condicionada por la previa comprobación de cada uno de los elementos del hecho punible (conducta-típica, antijuridicidad y culpabilidad), en cambio, el criterio normativo del riesgo permitido excluye la imputación desde el análisis de la conducta-típica.

Séptima: la decisión político criminal del legislador, al crear el tipo penal previsto en el artículo 195 bis del Código Penal Federal, fue prohibir la posesión de drogas como acto preparatorio del delito de narcotráfico, no la posesión de drogas con fines de consumo, de tal suerte que el consumo de drogas es un riesgo permitido, una conducta socialmente tolerada, siempre y cuando se observen ciertas reglas de cuidado.

Octava: en las hipótesis previstas en los artículos 195, párrafo segundo, y 199, párrafo primero, del Código Penal Federal, las reglas para la exclusión de la imputación son las siguientes: que la posesión de droga sea con la finalidad de consumirla, sin importar el grado de dependencia, porque también puede poseerla con esa finalidad los consumidores ocasionales y los habituales, la cantidad de droga debe ser la necesaria para el consumo, sin condición temporal alguna, se permite la adquisición o compra de droga, pero está prohibido el almacenamiento, está tolerado el consumo compartido, pero está vedado el suministro, inducción o auxilio para que otros consuman; la consecuencia jurídica en el caso del farmacodependiente es dejarlo a disposición de la autoridad sanitaria para que reciba tratamiento médico, por lo que respecta al consumidor novicio es la libertad absoluta.

Novena: en el supuesto de hecho previsto en el artículo 195, párrafo tercero, parte primera, del Código Penal Federal, las reglas para la exclusión de la imputación son las siguientes: que la posesión de droga sea con fines médicos, ya sea porque el agente se encuentre sujeto a tratamiento médico, o bien porque tenga la

costumbre de automedicarse, que no se trate de alguna de las drogas señaladas en los artículos 237 y 248 de la Ley General de Salud, independientemente de sus efectos farmacológicos o de las propiedades medicinales que les atribuya el consumidor, sino estrictamente de las previstas en los artículos 234 y 245, fracciones II, III y IV, de la ley de referencia, en presentación farmacéutica; la consecuencia jurídica es la libertad absoluta del inculpado.

Décima: en la hipótesis prevista en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, las reglas para la exclusión de la imputación son las siguientes: que se trate de alguna de las plantas silvestres que contienen sustancias sicotrópicas incluidas en la lista 1 del instrumento internacional citado, la existencia de un factor cultural y la calidad de indígena en el sujeto de la conducta; la consecuencia jurídica es la libertad absoluta del inculpado.

4 Propuesta de reforma.

El sistema jurídico mexicano regula múltiples supuestos de exclusión del delito contra la salud, relacionados con el consumo de drogas, a saber: 1) posesión de drogas por consumidor principiante; 2) posesión de drogas por consumidor ocasional; 3) posesión de drogas por consumidor habitual; 4) posesión de drogas por consumidor dependiente; 5) adquisición de drogas con fines de consumo; 6) compra de drogas con fines de consumo; 7) adquisición, compra o posesión de drogas para consumo compartido; 8) posesión de medicamentos considerados como narcóticos, por su consumidor, con fines terapéuticos; 9) posesión de medicamentos considerados como narcóticos, por quien tenga bajo su custodia o asistencia a una persona que consuma los fármacos con fines terapéuticos; 10) uso de drogas por parte de grupos étnico indígenas; todos esas hipótesis se sustentan en el principio siguiente: el consumo de drogas es un riesgo permitido.

Es conveniente una reforma legislativa al Código Penal Federal que produzca una sola norma jurídica que prevea la totalidad de las hipótesis enumeradas, propongo el texto siguiente:

“Al que posea alguna de las sustancias señaladas en el artículo 193 del Código Penal Federal, para el propio consumo o consumo compartido, no se le aplicará pena o medida de seguridad.”

Esta redacción evita el juego de palabras representado por el uso de los conceptos de consumidor principiante, ocasional, habitual o dependiente, fines lúdicos, terapéuticos o mágico-religiosos; para excluir la imputación es suficiente que la droga se adquiriera, compre o posea con la finalidad de consumirla, sin importar los grados de dependencia o el contexto en que se consumen; si la conducta es de sujeto común o indiferente, tampoco será necesario comprobar la existencia de un factor cultural y la calidad de indígena para la exención; además, contempla el consumo compartido de drogas.

La consecuencia jurídica será la libertad absoluta del inculpado, la decisión de someterse a tratamiento médico deber ser siempre voluntaria.

Fuentes de investigación.

Bibliografía.

-ASTORGA, Luís. *“El siglo de las drogas. El narcotráfico, del Porfiriato al nuevo milenio”*. Editorial Random House Mondadori, S.A. de C.V., México 2005, primera edición, 197 páginas.

-BENÍTEZ, Fernando. *“Los indios de México”*. Ediciones Era, S.A. de C.V., México 2002, séptima reimpresión, 423 páginas.

-CÁRDENAS OJEDA, Olga. *“Toxicomanía y narcotráfico: aspectos legales”*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1974, primera edición, 255 páginas.

-CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. *“Código Penal anotado”*. Editorial Porrúa, México 2003, vigésimo quinta edición, 1267 páginas.

-CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general*. Editorial Porrúa, México 1998, trigésima novena edición, 363 páginas.

-CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal. Conforme al Código Penal, texto refundido de 1944*. Editorial Nacional, México, Distrito Federal 1976, novena edición, dos tomos.

-DE GREIFF, Pablo y DE GREIFF, Gustavo (compiladores). *“Moralidad, legalidad y drogas”*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 2000, primera edición en español, 411 páginas.

-DIAZ ARANDA, Enrique. *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*. Editorial Porrúa, México 2004, quinta edición, 270 páginas.

-DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *“Código Penal Federal con comentarios”*. Editorial Porrúa, México 2001, quinta edición, dos volúmenes.

-ESCALANTE BETANCOURT, Yuri y otros. *La experiencia del peritaje antropológico*. Instituto Nacional Indigenista, México 2002, 105 páginas.

-ESCOHOTADO, Antonio. *“Historia elemental de las drogas”*. Editorial Anagrama S.A., Barcelona 2003, segunda edición, 242 páginas.

- Escohotado, Antonio. *Historia general de las drogas*. Alianza Editorial S.A., Madrid 2004, séptima edición, tres tomos.

-ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte general*. Carlos E. Gibbs A., Editor, Santiago de Chile 1965, segunda edición, cuatro tomos.

-GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *“Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos”*. Editorial Trillas, México 1977, tercera edición, 303 páginas.

-GISPERT CALABUIG, Juan Antonio. *“Medicina legal y toxicología”*. Editorial Masson, Barcelona 2000, quinta edición, 1214 páginas.

-JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, editorial Civitas, Madrid 1996, 208 páginas.

-JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*. Traducción de la tercera edición alemana a cargo de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, editorial Bosch, Barcelona, 1981, dos tomos.

-JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS. *“Tratado de derecho penal”*. Editorial Losada, Buenos Aires 1956, segunda edición, cinco tomos.

-JOSHI JUBERT, Ujala. *“Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal, grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales”*. Editorial J.M Bosch, Barcelona 1999, primera edición, 319 páginas.

-MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, EDIAR, Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires 1948, volumen uno, cinco tomos.

-ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *Legítima defensa e imputación objetiva*. INACIPE, México 2004, 321 páginas.

-Ontiveros Alonso Miguel y Mercedes Peláez Ferrusca (coordinadores). *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, homenaje a Claus Roxin, INACIPE, México 2003, dos tomos.

-OSORIO Y NIETO, César Augusto. *“Delitos contra la salud”*. Editorial Porrúa, México 2002, segunda edición, 215 páginas.

-PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal (analítico-sistemático)*. Editorial Porrúa, México 1999, segunda edición, 1127 páginas.

-PÉREZ MONTFORT, Roberto. *“Yerba, goma y polvo. Drogas, ambientes y policías en México 1900-1940”*. Editorial Era-Instituto Nacional de Antropología e Historia, México 1999, primera edición, 69 páginas.

-PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *“Apuntamientos de la parte general de derecho penal”*. Editorial Porrúa, México 1999, décimo octava edición, 508 páginas.

-PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio. *“El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español”*. Editorial Aranzadi, Pamplona 1993, segunda edición, 686 páginas.

-REY HUIDOBRO, Luís Fernando. *“El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales”*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, primera edición, 487 páginas.

-ROMÁN QUIROZ, Verónica. *La culpabilidad y la complejidad de su comprobación*. Editorial Porrúa, México 2006, segunda edición, 319 páginas.

-ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la segunda edición alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, *et. al.*, editorial Civitas, Madrid 1997, tomo I, 1071 páginas.

-RUIZ HARRELL, Rafael. *“Código penal histórico”*. Publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. México 2002, primera edición, 338 páginas.

-ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1997, cinco tomos.

Obras generales.

-Enciclopedia jurídica Omeba. Editorial ANCALO, S.A, Buenos Aires, Argentina 1976. Colección bibliográfica Omeba-Libros científicos, veintiséis tomos y siete apéndices.

-Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Porrúa 2002, seis tomos.

Legislación.

-Código Penal Federal.

-Código Federal de Procedimientos Penales.

-Ley General de Salud.

- Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

-*Leyes penales mexicanas*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1979, cinco volúmenes.

Exposición de motivos.

-Exposición de motivos de la reforma de 23 de diciembre de 1985, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1986, en vigor 30 días después; Cámara de Senadores, LIII Legislatura, Libro 26, Expediente 179, Ramo Público, páginas 4 y 5, Archivo Histórico y Biblioteca “Melchor Ocampo”.

-Exposición de motivos de la reforma de 23 de diciembre de 1993, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, en vigor el 1 de febrero de 1994; Cámara de Senadores, LV Legislatura, Libro 104, Expediente 105, Ramo Público, páginas 3 y siguientes, Archivo Histórico y Biblioteca “Melchor Ocampo”.