



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD
DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS
PREVISTAS EN EL ARTICULO 194

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JAVIER HERNÁNDEZ AGUAYO

ASESOR:

DR. LUCIANO SILVA RAMIREZ



MÉXICO, D.F.

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.

DEDICATORIAS

A Dios por darme la oportunidad de llegar a este momento tan importante en mi vida.

DEDICATORIAS

A mi esposa Luz teresa y a mis hijos Estefany Vanessa y Erick Emmanuel, que son mi mayor motivación, agradezco su apoyo y amor.

DEDICATORIAS

A mis padres que en todo tiempo me han dedicado su amor y confianza.

DEDICATORIAS

A mis maestros y amigos por su apoyo y confianza.

**ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE
CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN DE
NARCOTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE
LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 194**

INDICE

	Págs.
CAPITULO PRIMERO	
ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y ASPECTOS DE POLITICA CRIMINAL EN EL ESTADO DE DERECHO	
1.- LOS DOCUMENTOS DEL PROCESO LEGISLATIVO. Análisis de la prácticamente nula discusión sobre la viabilidad de Crear una figura típica de “posesión con fines”.	1-57
2.- DISYUNTIVA POLÍTICO CRIMINAL: DERECHO PENAL DEL HECHO Y DERECHO PENAL DE AUTOR.	58-64
3.- EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD POR EL HECHO. Su even- tual reconocimiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Y los Tribunales Colegiados de Circuito. Criterios Jurisprudenciales.	65-72
4.- LA MAXIMA “EL PENSAMIENTO NO DELINQUE”. Los limites del legislador en la criminalización de conductas y elaboración de tipos penales.	73-77

CAPITULO SEGUNDO
**EL ARTICULO 195 PRIMER PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL
FEDERAL.**
**EL DELITO CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE
POSESION DE NARCOTICOS CON LA FINALIDAD DE COMETER**

**ALGUNA DE LAS CONDUCTAS DEL ARTICULO 194 DEL CODIGO
PENAL FEDERAL.**

UN ANALISIS DE SU CONSTITUCIONALIDAD

	Págs.
1.- LA GARANTIA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY Y SU RESPETO POR PARTE DEL LEGISLADOR. El mandato de determinación.	78-83
2.- LA GARANTIA DE PRESUNCION DE INOCENCIA. Implicaciones en el delito de CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESION DE NARCOTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194.	84-86
3.-LA UTILIZACION DE LA PRUEBA DE INDICIOS O CIRCUNSTANCIAL PARA LA ACREDITACION DELCUERPO DEL DELITO. La fácil manipulación de las circunstancias de comisión y el valor preponderante que destaca en la cantidad de narcótico, la jurisprudencia.	87-106

**CAPITULO TERCERO
LAS “TRAGEDIAS DOGMATICAS” EN EL DELITO DE POSESION
CON FINES”**

1.- EL ASPECTO DE LA TENTATIVA.	107-112
2.- LA IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERAR AL DELITO DE POSESION “CON FINES” COMO TIPO DE PELIGRO. Estudio Jurisprudencial.	113-121
3.- LA IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERAR AL DELITO DE POSESION “CON FINES” COMO DELITO DE RESULTADO COARTADO	122-143

O CONSUMACION ANTICIPADA. Estudio Jurisprudencial.

4.- GLOSARIO JURISPRUDENCIAL. Cuestiones pendientes de resolver por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 144-160

Conclusiones. 161-174

Bibliografía. 175-178

Alumno: Javier Hernández Aguayo

No. De Cuenta: 86700508

INTRODUCCION

El presente trabajo, motivo de esta tesis, tiene por objeto, la de analizar objetiva y jurídicamente el delito de NARCOTRAFICO, (Posesión con fines) descrito en el artículo 194 del Código Penal Federal, con sus diversas formas de conducta para cometerlo como son el de la producción, transportación, fabricación, comercialización, importación, exportación, etc., y su correlacionada descripción de lo que el artículo 195 del mismo cuerpo legal federal, ha denominado “**con la finalidad**”, de todo aquello que la ley General de Salud considera como psicotrópicos y estupefacientes en razón de que toda persona tiene derecho a la protección a la salud, tal y como lo indica el artículo 4 de Nuestra Carta Magna llegando a establecer una congruencia entre el tema central del presente estudio y las finalidades del mismo las cuales se contienen en sus conclusiones. Al referirnos a la finalidad, nos encontramos sondeando y vulnerando el lado interno del sujeto activo, mismo que resulta ser sancionado por la descripción de este ilícito, situación que va mas allá de lo esencialmente jurídico, pues es por demás explorado y sabido que solo pueden ser sancionados los actos perceptiblemente ejecutados y que lo que se encuentra dentro de nuestro fuero interno no puede ser punible, dicho de

otra manera y acuñando la vieja máxima del jurista Ulpiano que dice “***cogitationes poenam nemo patitur***”, esto es que nadie puede ser castigado por sus pensamientos. Manifestado en estos términos, la aplicación de estos artículos del Código Penal Federal, constituye una severa lesión a nuestras más indispensables garantías individuales, motivo por el cual decidimos titular este trabajo como el de “ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESION DE NARCOTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 194”, considerando que si nos referíamos a delitos contra la salud ya no era necesario referirnos de que cuerpo legal hablábamos, pues todo delito contra la Salud, está regulado y sancionado por el Código Penal Federal.

Desde el origen de la creación de dichos ilícitos penales, observamos que el proceso legislativo que dio vida al presente ilícito, no vislumbra una razón legal para la creación del mismo, sino más bien una acción mediática de parte de nuestros legisladores de hacer creer a la colectividad de que se está haciendo algo para combatir ese mal que es el Narcotráfico.

Debido a que nos preciamos de vivir en un Estado de Derecho, y atendiendo al principio de culpabilidad, mismo que ayuda al autor de un hecho frente a la acción represiva del estado, es que se deben de sancionar los hechos materialmente ejecutados y no así los que se encuentran dentro del fuero interno de este, los que no ponen de ninguna forma en peligro el bien jurídicamente tutelado o mas bien, no causan peligro o daño alguno. Al sancionar los artículos en estudio, el aspecto interno del sujeto, es por lo que llegamos a la consideración de que la aplicación de estos resultan ser Inconstitucionales.

Igualmente en el desarrollo de este trabajo, expresamos las ideas y principios acuñados por varios juristas respecto de su entender por la Política Criminal y como dirigir al Derecho Penal para que cumpla con su misión protectora hacia la sociedad. La forma en que deben de ser redactadas correctamente las conductas ilícitas, así como las características de los tipos penales y corresponder a una realidad factica. No menos importante resulta de inapreciable valor, el atribuido al Principio de Culpabilidad reconocido por nuestros más altos tribunales y el cual vemos transcrito en diversas ejecutorias y tesis jurisprudenciales, aceptando su invaluable trascendencia en nuestro sistema de derecho.

Así mismo hacemos un estudio detallado y puntual de las garantías consagradas en nuestra Carta Magna, y que se relacionan con el presente trabajo, como son la de Exacta aplicación de la ley y su respeto por parte del legislador, La Garantía de Presunción de Inocencia sus implicaciones en las conductas desplegadas y relacionadas con el presente trabajo de Tesis, y toda vez que estamos frente al estudio de un ilícito penal, no olvidamos considerar el desarrollo del aspecto de la Utilización de la Prueba de Indicios o Circunstancial para la acreditación del cuerpo del delito en estudio. La fácil manipulación de las circunstancias de comisión y el valor preponderante respecto de la cantidad de narcótico y su jurisprudencia.

Desde luego nuestro trabajo, no omite hacer un detallado estudio del aspecto de la tentativa, figura importante y fundamental en el desarrollo de la presente investigación, así como del tema relacionado con la Imposibilidad de considerar al delito de “posesión con fines”, (tema del presente trabajo), como un delito de Resultado o Consumación Anticipada, Por ultimo hacemos referencia a un glosario jurisprudencial, cuestiones pendientes de resolver por la nuestro máximo órgano jurisdiccional (Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Por otra parte, el presente estudio tiene por objeto poner al descubierto la ineficaz e inefectiva aplicación de los artículos que regulan la actividad del Narcotráfico, en tratándose de la posesión con fines, y poner de manifiesto la inconstitucionalidad de los mismos al tratar de sancionar y hacer punibles “los pensamientos”, mismo que como ya nos referimos con anterioridad, no son sancionables, y sea buen tiempo para echar mano de una política criminal que sirva de manera efectiva para prevenir y combatir los delitos contra la salud, abandonando por completo la idea de seguir pretendiendo castigar la esfera interna de cualquier individuo, y sea efectiva la frase de que todo aquello que sea delito debe de traducirse en acciones materiales y hechos sancionables.

De tal manera que del análisis, desarrollo y estudio de este trabajo ofrecemos de alguna forma elementos que puedan significar una contribución al presente tema y esperamos que las conclusiones expresadas constituyan una aportación eficiente respecto al estudio del catalogo de los delitos contra la salud.

CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y ASPECTOS DE POLÍTICA CRIMINAL EN EL ESTADO DE DERECHO

1.- LOS DOCUMENTOS DEL PROCESO LEGISLATIVO. Análisis de la prácticamente nula discusión sobre la viabilidad de crear una figura típica de “posesión con fines”.

2.- DISYUNTIVA POLÍTICO CRIMINAL: DERECHO PENAL DEL HECHO Y DERECHO PENAL DE AUTOR.

3.- EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD POR EL HECHO. Su eventual reconocimiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito. Criterios jurisprudenciales.

4.- LA MÁXIMA “EL PENSAMIENTO NO DELINQUE”. Los límites del legislador en la criminalización de conductas y elaboración de tipos penales.

1.- LOS DOCUMENTOS DEL PROCESO LEGISLATIVO. Análisis de la prácticamente nula discusión sobre la viabilidad de crear una figura típica de “posesión con fines”.

Es evidente que los documentos que avalan el proceso legislativo que dio origen a la introducción en la legislación penal del delito CONTRA LA SALUD en la modalidad de **POSESIÓN DE ALGUNO DE LOS NARCÓTICOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 193, CON LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE**

LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194, creado mediante el Decreto de Reformas al Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el día diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro, acusan un defecto común y no pocas veces visto en el trabajo legislativo, consistente en la pretensión mediática de apagar problemas que representan alarmas sociales y requieren de una rápida y publicitada (aunque no siempre efectiva y eficaz) acción de los poderes públicos, que obedecen más a una actitud simbólica de crear la idea colectiva de que se “esta haciendo algo” y no vislumbran tras de si una *ratio legis* meditada y verdaderamente atendida en un trabajo parlamentario auténtico e informado.

En efecto, sustenta la anterior premisa el hecho evidente que se extrae de una simple lectura de los trabajos de la legislatura que introdujo el nuevo tipo penal, donde se observa que en el proceso de creación del injusto típico previsto por el artículo 195 párrafo primero del Código Penal Federal vigente, los representantes populares, ni siquiera se detienen a examinar el estado de la cuestión y de la problemática social y estadística que pudiera servir de apoyatura de la medida legislativa que se instrumenta para tales fines.

Mucho menos se encontrará respuesta a la interrogante sobre la necesidad de introducir una figura típica que

enfatisa la carga del injusto no en la conducta activa que despliega el agente activo, sino en un elemento subjetivo diverso del dolo o ultraintención, que ya podría ser cubierto por la tentativa de otras tipificaciones del delito contra la salud. Lo anterior sin perjuicio de que, era altamente deseable que se efectuara un planteamiento político criminal y dogmático, sobre la necesidad y congruencia constitucional, de establecer un tipo penal que sanciona situaciones que sólo pueden ser sondeadas (si es que acaso así ocurre) en el fuero interno del infractor y su diferenciación dentro del *iter criminis* con la innegable posibilidad de que aparezca la forma imperfecta de ejecución respecto a prácticamente, cualquier modalidad de conducta relacionada con los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal.

Al respecto dichos artículos del Código Penal Federal, se encuentran en el título Séptimo Capítulo I, Delitos contra la Salud. (De la producción, tenencia tráfico, proselitismo y otros actos en materia de Narcotráfico los cuales mencionan lo siguiente: ¹

ARTICULO 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.

¹ Código Penal Federal. Edit. Sista 2006

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 constituye un problema grave para la salud pública.....”.

ARTICULO 194:

“Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.

Para los efectos de esta fracción por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico;

II Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuera en forma momentánea o en tránsito.

Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo.

III Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo, y

IV Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias comprendidas en el artículo anterior.

Las mismas penas previstas en este artículo y, además privación del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por cinco años, se impondrán al servidor público que, en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo, permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas señaladas en este artículo”.

Por lo que nos permitimos realizar un breve análisis de las conductas que se describen en el artículo que precede.

Todas y cada una de ellas y descritas en las cuatro fracciones, ya sea producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar o prescribir alguna droga o enervante, así como introducir o extraer del país, aportar recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de cualquiera de las conductas descritas en este delito, así como el de realizar actos de publicidad o propaganda se refieren a una, acción es decir; la exteriorización de la voluntad, traducida en un acto u omisión del sujeto activo que daña o pone en peligro la salud pública. La conducta desplegada por el agente de este ilícito en cualquiera de sus formas debe de ser realizada en forma voluntaria, esto, es en forma dolosa, no existe la posibilidad de realización de alguna de estas conductas de forma culposa. Así mismo podemos señalar que por lo que hace al resultado en este tipo de ilícito y sus diversas acciones para cometerlo y es cuando se llega a

la consumación de cada una de ellas, pues en caso de la realización de actos sin llegar a su consumación, estaríamos en presencia de la tentativa, la cual también acepta este tipo penal. Por consecuencia, si nos hemos referido a una conducta y un resultado, debe existir un nexo causal, entre la conducta desplegada por el sujeto y el resultado material, por lo que hemos de afirmar, que el nexo de causalidad, es la relación objetiva entre la conducta y el resultado. En cuanto a la Culpabilidad, se trata de un delito típico, doloso, donde el sujeto activo quiere y ejecuta el resultado antijurídico y punible. Dicha conducta no exige calidad alguna en el sujeto activo, por lo que estos son comunes, salvo el párrafo final de la fracción IV del artículo en comento, en donde el sujeto activo del ilícito es Servidor Público. En cuanto al bien Jurídicamente tutelado en el hecho punible en este ilícito lo constituye la Salud Pública. En tanto que el objeto material en dicho ilícito lo es la misma Salud Pública de la colectividad, y la salud pública y privada de todos aquellos sujetos que consumen estupefacientes o psicotrópicos. Se trata de un delito grave, así calificado por la ley Penal, consecuentemente perseguible de oficio, y finalmente podemos agregar que por lo que hace a la participación en la comisión de este tipo penal, se da la autoría material, la coautoría, cuando varios sujetos tienen dominio del hecho punible, repartiéndose su participación en la realización de la conducta punible, la autoría mediata, es decir; que se puede cometer sirviéndose de otro, el autor mediato, tiene dominio del hecho, pero lo realiza a través de otro al

cual utiliza como instrumento, igualmente se puede dar la presencia de cómplices, que son los que no tienen un dominio del hecho pero cooperan en la realización de este.

ARTICULO 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 fármaco dependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal.

No se procederá por la simple posesión de medicamentos, previstos entre los narcóticos señalados en 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”;

Resulta de suma importancia detenernos a realizar un breve pero objetivo análisis de este artículo, por lo que hace al primer párrafo descrito y precisamente en lo conducente al referirse a la posesión con fines, que viene a representar la parte toral y objeto de este trabajo de tesis, de ahí, que consideramos titularla “**ASPECTOS**

DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO CONTRA LA SALUD, EN LA MODALIDAD DE POSESION DE NARCOTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 194”, y esto es en razon precisamente de que atendiendo a que nuestros pensamientos no son sancionables, pues mientras se encuentren dentro del fuero interno del sujeto y no sean exteriorizados al mundo factico, no pueden considerarse como constitutivos de delito, por lo que el legislador al acuñar la frase **“con la finalidad”**, esta pretendiendo sancionar el pensamiento del individuo, pues como ya se menciona, cualquier pensamiento del sujeto, mientras no se haya ejecutado, no puede ser sancionable.

Por su parte, la Ley General de Salud contiene un catalogo de compuestos, sustancias o psicotr6picos que considera nocivos a la salud, y en sus respectivos art6culos nos seala lo siguiente:²

ARTÍCULO 237.- “Queda prohibido en el territorio nacional, todo acto de los mencionados en el artículo 235 de esta Ley respecto de las siguientes sustancias y vegetales: opio preparado para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, cannabis sativa, indica y americana o marihuana, papaver somniferum o adormidera, papaver bactreatum y erythroxilon novogratense o coca, en cualquiera de sus formas derivados preparaciones.

² Ley General de Salud. Edit. Isef 2006.

Igual prohibición podrá ser establecida por la Secretaria de Salud para otras sustancias señaladas en el artículo 234 de esta Ley, cuando se considere que puedan ser sustituidas en sus usos terapéuticos por otros elementos que, a su juicio, no originen dependencia”.

ARTICULO 245.- “En relación con las medidas de control y vigilancia que deberían adoptar las autoridades sanitarias, las sustancias psicotrópicas se clasifican en cinco grupos”:

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

Denominación común internacional

Otras denominaciones comunes o vulgares

Denominación Química

Catinona	NO tiene	(-)-a-
<i>aminopropiofenona</i>		
No tiene	DET	n, n
dietiltriptamina		
No tiene	DMA	d1-2,5-dimetoxi-
a-metilfe		Niletilamina.
No tiene	DMHP	3-(1,2-
dimetilheptil)-1hi-		droxi-7,8,9,10-
tetrahidro		6,6,9-trimetil-6H
dibenzo		(b,d) pirano.
No tiene	DMT	n,n
dimetiltriptamina		

Brolamfetamina dimetoxibromoanfe <i>Tamina.</i>	DOB	2,5-
No tiene dimetoxi-4etil- α -	DOET	d1-2,5-
(+)-Lisergida dietilsergamida- d-	LSD,LSD-25	Metilfeniletilamina. (+)-n,n- (dietilamida del acido Lisérgico).
No tiene metilenodioxianfeta	MDA	3,4- mina.
Tenanfetamina metilendioxi-n	MDMA	d1-3,4- α -dimetilfeniletilamina
No tiene trimetoxifenetilamina	Mescalina (peyo- te; Lophophora Williams II; Anha- lonium Williams II; Anhalonium Lewwin II).	3,4,5-
No tiene mutilen- metilfeniletilamina	MMDA	d1-5 metoxi-3,4- dioxi- α -

<p>No tiene 7,8,9,10- 6h-</p>	<p>PARAHEXILO</p>	<p>3-hexil-1hidroxi- tetrahidro-6,6,9-trimetil- dibenzo (b,d) pirano.</p>
<p>Eticiclidina fenilciclohexilamina</p>	<p>PCE</p>	<p>n-etil-1-</p>
<p>Rodiciclidina pirroli –</p>	<p>PHP, PCPY</p>	<p>1- (1-fenilciclohexil) dina.</p>
<p>No tiene metilfeniletila-</p>	<p>PMA</p>	<p>4-metoxi-a- mina.</p>
<p>No tiene dimetilaminoetil)-4-hi</p>	<p>PSILOCINA, PSI</p>	<p>3-(2- droxi-indol.</p>
<p>Psilocibina dihidrogenado de aminoetil)-in</p>	<p>LOTSINA</p>	<p>Hongos alucinan- fosfato tes de cualquier 3-(2-dimetil- dol-4-ilo</p>
<p>mexicana, stopharia cubensis y conocybe, y sus principios activos.</p>	<p>Variedad botánica, En especial las es- pecies psilocybe</p>	
<p>No tiene dimetoxi-4-</p>	<p>STP, DOM</p>	<p>2-amino-1-(2,5 metil) fenilpropano.</p>

Tenociclidina ciclohexil)-pi-	TCP	1-(1-(2-tienil) peridina.
No tiene Tetrahidrocannabinol, los		THC
varian		siguientes isómeros: A6a (10^a), A6a (7), A7, A8, A9, A10, A9 (11) y sus tes estereoquímicas.
No tiene α-metil	TMA	d1-3,4,5-trimetoxi- feniletilamina.

Cualquier otro producto derivado o preparado que contenga las sustancias señaladas en la relación anterior y cuando expresamente lo determine la Secretaria de Salud o el Consejo Salubridad General, sus precursores químicos y en general los de naturaleza análoga;

II.- Las que tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un problema grave para la salud pública, y que son:

Amobarbital

Anfetamina

Ciclobarbitol

Dextroanfetamina (dexanfetamina)

Fenetilina

Fenciclidina

Heptabarbital
Meclocualona
Metacualona
Metanfetamina
Nalbufina
Pentobarbital
Secobarbital

III.-Las que tiene valor terapéutico pero constituyen un problema para la salud pública, y que son:

Benzodiazepinas:

Alprazolam
Bromazepam
Brotizolam
Camazepam
Clobazam
Clonazepam
Cloracepato dipotásico
Clordiazepóxico
Clotiazepam
Cloxazolam
Delorazepam
Diazepam
Estazolam
Fludiazepam
Flunitrazepam
Flurazepam

Halazepam
Haloxazolam
Ketazolam
Loflaxepato de etilo
Loprazolam
Lorazepam
Lormetazepam
Medazepam
Nimetazepam
Nitrazepam
Nordazepam
Oxazepam
Oxazolam
Pinazepam
Prazepam
Quazepam
Temazepam
Tetrazepam
Triazolam

Otros:

Anfepramona (dietilpropion)
Carisoprodol
Clobenzorex (Clorofentermina)
Etclorvinol
Fendimetrazina
Fenproporex

Fentermina

Glutetimida

Hidrato de cloral

Ketamina

Mefenorex

Meprobamato

Trihexifenidilo

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

Gabob (ácido gamma amino beta hidroxibutírico)

Alobarbital

Amitriptilina

Aprobarbital

Barbital

Benzofetamina

Benzquinamina

Buspirona

Buabarbital

Butalbital

Butaperazina

Butetal

Butriptilina

Cafeína

Carbamazepina

Carbidopa

Carbromal

Clorimipramina clorhidrato

Cloromezanona
Cloropromazina
Clorprotixeno
Deanol
Desipramina
Ectilurea
Etinamato
Fenelcina
Fenfluramina
Fenobarbital
Flufenazina
Haloperidol
Hexobarbital
Hidroxicina
Imipramina
Isocarboxazida
Lefetamina
Levodopa
Litio-Carbonato
Maprotilina
Mazindol
Mepazina
Metilfenobarbital
Metiprilona
Naloxona
Nor-pseudoefedrina (+) catina
Nortriptilina

Paraldehido
Penfluridol
Pentotal Sódico
Perfenazina
Pipradol
Promazina
Propilexedrina
Sulpride
Tetrabenazina
Tialbarbital
Tiopropierazina
Tioridazina
Tramadol
TRazodone
Trifluoperazina
Valproico (ácido)
Vinilbital

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

Por su parte el artículo 248 de la citada Ley General de Salud nos señala:

“Queda prohibido todo acto de los mencionado en el artículo 247 de esta Ley, con relación a las sustancias incluidas en la fracción I del artículo 245”.

El artículo 247 dice: “ La siembra cultivo, cosecha , elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción medica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general, todo acto

relacionado con sustancias psicotrópicas o cualquier producto que los contenga, queda sujeto a:

- I. Las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos,**
- II. Los tratados y Convenciones Internacionales en los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte y que se hubieren celebrado con arreglo a las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,**
- III. Las disposiciones que expida el Consejo de Salubridad General,**
- IV. Lo que establezcan otras leyes y disposiciones de carácter general relacionadas con la materia,**
- V. Derogada,**
- VI. Las disposiciones relacionadas que emitan otras dependencias del Ejecutivo Federal en el ámbito de sus respectivas competencias.**

Los actos a que se refiere este artículo solo podrán realizarse confines médicos y científicos y requerirán, al igual que las sustancias respectivas, autorización de la Secretaría de Salud”.

De lo descrito en los artículos mencionados se observa que existe una voluntad por parte del legislador de proteger como valor fundamental, la salud de la población tratando de evitar por cualquier medio el consumo de cualquier sustancia o psicotrópico, tratando de regular en consecuencia el delito de NARCOTRAFICO, ya que este constituye un riesgo importante para la Nación y sus ciudadanos, sin embargo en el proceso legislativo no existen datos ni conclusiones objetivas y firmes que nos lleven a considerar que la descripción del

citado ilícito, se encuentre debidamente descrito de tal manera que al sujeto activo de la conducta tildada de ilegal, en cualquiera de sus formas, le cause perjuicio, por lo que su aplicación conculca sus garantías individuales consagradas en nuestra carta magna. Pues se encuentran prejuzgando respecto de la intención o llamada de igual forma **finalidad** del sujeto al momento de tener consigo la sustancia o psicotrópico, adentrándose en el fuero interno del sujeto, sancionándolo como ilícito. De tal manera que resulta inconstitucional cuando se trata de aplicar dicho artículo.

Lo anterior se pone de manifiesto al efectuar un somero, pero puntual análisis de los documentos que integran el proceso legislativo mencionado:

**A) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. CÁMARA DE ORIGEN:
DIPUTADOS. México, D.F., a 23 de noviembre de 1993.**³

En este documento, no se razona nada sobre la justificación que entraña la creación del tipo penal a estudio, pues al respecto sólo se expresa lo siguiente:

CAMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS

³ Página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, www.scjn.gob.mx

EXPOSICION DE MOTIVOS

México, D.F., a 23 de noviembre de 1993

INICIATIVA DEL EJECUTIVO

«Ciudadanos secretarios de la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión. Presentes.

Anexa al presente envío a ustedes, por instrucciones del ciudadano Presidente de la República y para los efectos constitucionales, Iniciativa de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del

Poder Judicial de la Federación.

Reitero a ustedes en esta oportunidad, las seguridades de mi atenta y distinguida consideración. Sufragio Efectivo. No reelección.

México, Distrito Federal, 22 de noviembre de 1993. El secretario, José Patrocinio González Blanco Garrido.»

«Ciudadanos secretarios de la honorable Cámara de Diputados

del honorable Congreso de la Unión. Presentes.

Las reformas que se proponen al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al Código Federal de Procedimientos Penales, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la Ley de Extradición Internacional, al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, a la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, a la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, a la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, tienen los fundamentos, motivos y características siguientes:

I. Actualización necesaria

I.1. Es imperioso actualizar la legislación que versa sobre la materia penal federal y del Distrito Federal, para ajustarla a las reformas recientemente aprobadas de los artículos 16, 19, 20 y 119, así como a la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante "Constitución Federal"), y para dar eficaz soporte y mayor agilidad a la lucha contra las actuales tendencias de la delincuencia organizada, que por la magnitud de sus efectos dañosos y por sus alcances, que llegan a ser internacionales, están conformando un nuevo fenómeno de criminalidad.

I.2. El problema de la delincuencia organizada ha alcanzado en los últimos tiempos dimensiones muy importantes en México, especialmente en las acciones de narcotráfico en sus diversas

fases de producción, distribución y consumo, con sus variados efectos sociales, económicos y políticos, efectos entre los cuales se da el de propiciar el aumento de las acciones ilícitas en otras líneas también gravemente afrentosas de la paz y la seguridad sociales.

Esa especie de delincuencia se ha convertido en un grave problema que obliga a analizarlo, evaluarlo y enfrentarlo en sus múltiples interacciones con máximo denuedo.

I.3. El Gobierno mexicano ha concentrado y ampliado sus esfuerzos en los últimos años en su lucha contra ese mal que afecta a la sociedad en su conjunto, que, además de la dolorosa pérdida de muchas vidas humanas, entre las cuales están las de servidores públicos que colaboraban en ella, ha significado enormes gastos que representan un porcentaje muy considerable del presupuesto de la Federación; también se ha incrementado la severidad de las sanciones penales y se han aplicado nuevos planes de lucha, de los cuales el más reciente ha sido la creación del Instituto Nacional para el Combate a las Drogas.

No obstante esa incesante batalla en contra de la delincuencia organizada, la detención de importantes jefes de ésta y el aseguramiento y decomiso de grandes cantidades de narcóticos y de bienes que surgen de sus actividades ilícitas, el fenómeno subsiste, pues han enraizado con hondura grupos o bandas bien organizadas y, consecuentemente, cada vez con mayor capacidad de resistencia a los empeños del poder público en contrarrestarlas.

Por ello, el Gobierno Federal busca nuevas directrices que enfoquen de modo integral el preocupante panorama de esa delincuencia, particularmente el narcotráfico, sin conformarse con sólo agravar las sanciones penales existentes. Es decir, se plantea la necesidad de revisar y reorientar la actual estrategia

político criminal, de suerte que abarque también los aspectos social, económico y financiero, para profundizar en el fenómeno de la demanda - oferta de la droga, de sus mercados y de sus efectos económicos, nacionales e internacionales, dado que se ha convertido en un problema de seguridad del Estado y de responsabilidad mundial.

I.4. Como parte de las medidas que se dirigen en general a los aspectos en que se ha exacerbado la criminalidad, se encuentran las de carácter estrictamente penal, que consisten en modificaciones tanto al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (en adelante "Código Penal Federal"), como al Código Federal de Procedimientos Penales, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y a otras leyes que inciden en la materia.

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 tiene 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.2. Es evidente que el contenido actual del artículo 193 del Código Penal, referido a grupos de estupefacientes y

psicotrópicos, no tiene utilidad práctica, pues no influye para el diseño de los tipos ni para la fijación de las penas respectivas. Por tal razón, se sugiere darle un sentido: que sirva para determinar la gravedad del hecho, atendiendo a la cantidad y a la especie de estupefacientes o psicotrópicos de que se trate y a su mayor o menor relación con el bien jurídico tutelado con lo cual influya en la individualización de las penas o de las medidas de seguridad.

II.3. Se plantea, finalmente, reconsiderar el contenido del vigente artículo 194, que se ocupa de los fármaco dependientes y de las diversas cantidades de droga que posean para su consumo; por lo que se sugiere una nueva fórmula en el artículo 199 del Código Penal.

II.4. Atención a otras conductas graves. No se debe perder de vista que, aunque el complejo de conductas comprendidas bajo la denominación común de narcotráfico, es el que alcanza mayores relieves, hay otras que frecuentemente se dan con aquéllas, y que también en sus manifestaciones independientes están desarrollándose como renglones de actividad gravemente atentatoria contra la seguridad de las personas en su vida e integridad física, en su patrimonio y también contra su libertad, en diversos aspectos de indiscutible trascendencia para la solidez de la paz y la seguridad sociales, o con la trascendente finalidad de quebrantar las instituciones públicas.

De la especie señalada vienen a ser, además de los delitos graves contra la salud, que son los que caen en el concepto genérico de narcotráfico, las acciones de terrorismo, sabotaje, algunas formas de evasión de presos, violación y sus equiparables, asalto a poblaciones, homicidio doloso, robo con violencia o con armas o en oficinas bancarias o recaudatorias o de guarda de caudales, o

contra sus custodios o sus transportadores, el de extorsión y algunas formas de ataques a las vías de comunicación”.

Seguidamente, en orden a las cuestiones de la autonomía entre la figura de posesión de narcóticos “con fines” y la tentativa de las figuras comitivas del diverso artículo 194 del Código Penal Federal, tampoco se señala prácticamente ninguna justificación de tipo dogmático, pero si se afirma, con evidentes visos de inconstitucionalidad que más adelante serán expuestos, la “necesidad” de extender la punibilidad más allá de la tentativa:

“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.”

Como se advierte, el legislador da por hecho lo que debió justificar, esto es, cuáles son “algunos actos preparatorios unívocos”. Esta vaguedad es morbosa y peligrosa a la vez, pues si habrán de sancionarse “actos preparatorios unívocos”, tendría el tipo que expresarlos de manera puntual en cumplimiento al mandato de

certeza derivado del principio de legalidad.⁴ Sin embargo, es evidente que no se abunda mayormente al respecto, produciéndose una evidente oscuridad que no tiene consonancia alguna con la garantía de exacta aplicación de la ley penal cuya salvaguardia corresponde también al Poder Legislativo, tal y como lo ha reconocido nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia recientemente definida sobre el punto:

TESIS JURISPRUDENCIAL 10/2006.

EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. LA GARANTÍA, CONTENIDA EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, TAMBIÉN OBLIGA AL LEGISLADOR. El significado y alcance de dicha garantía constitucional no se limita a constreñir a la autoridad jurisdiccional a que se abstenga de imponer por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al hecho delictivo de que se trata, sino que también obliga a la autoridad legislativa a emitir normas claras en las que se precise la conducta reprochable y la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito, a fin de que la pena se aplique con estricta objetividad y justicia; que no se desvíe ese fin con una actuación arbitraria del juzgador, ni se cause un estado de incertidumbre jurídica al gobernado a quien se le aplique la norma, con el desconocimiento de la conducta que constituya el delito, así como de la duración mínima y máxima de la sanción, por falta de disposición expresa.

Amparo directo en revisión 268/2003. 11 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo directo en revisión 1294/2004. 27 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

⁴ Véase al respecto con referencias de la jurisprudencia mexicana, Díaz Aranda, E. Derecho Penal, pag. 61-65, 2ª. Edición, Porrúa, México, 2004. Haciendo referencia al principio de legalidad con la denominación de "principio de intervención legalizada", Muñoz Conde, Francisco, **Derecho penal. Parte General**, pag. 155, 2ª. Ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Amparo en revisión 534/2005. 22 de junio de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Amparo en revisión 933/2005. 3 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Roberto Ávila Ornelas.

Amparo directo en revisión 55/2006. 8 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalía Rodríguez Mireles.

B) DICTAMEN/ORIGEN CAMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS México, D.F., a 14 de diciembre de 1993.

El legislador desgraciadamente, sólo manifiesta un catalogo de buenas intenciones en este documento expresado la necesidad de plantear un proceso necesario de criminalización, precisado los contenidos de los presupuestos de la pena y de sus elementos típicos. Así señala:

«Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia.

Honorable Asamblea: a las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, fue turnada para su estudio y dictamen la iniciativa con proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público

Federal.

Estas comisiones con las facultades que les confieren los artículos 56 y 64 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos; y 87 y 88 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, se avocaron al estudio de la iniciativa, bajo los siguientes:

ANTECEDENTES

1. En sesión celebrada por esta Cámara de Diputados el día 23 de noviembre del año en curso, los ciudadanos secretarios de la misma dieron cuenta al pleno de la iniciativa que contiene proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de las leyes anteriormente señaladas.

2. El presidente de la mesa directiva acordó dar el siguiente trámite: "Recibo y tórnese a las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia."

3. Por la importancia y trascendencia que tiene la iniciativa de referencia en relación con el respeto de los Derechos Humanos las comisiones unidas citadas acordaron invitar a la Comisión de Derechos Humanos de la propia Cámara de Diputados a participar en el estudio, análisis y discusión de dicha iniciativa.

4. En reunión de trabajo celebrada el día 25 de noviembre del año en curso con la asistencia de diputados de los diversos partidos políticos que concurren en esta Cámara, las tres comisiones de referencia acordaron los siguientes puntos:

a) Que por la amplitud de la iniciativa de referencia se constituirán tres subcomisiones para hacer su respectivo estudio y análisis por paquetes.

b) A la primera subcomisión le correspondió hacer el estudio y análisis de las modificaciones que se proponen al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; a la segunda subcomisión le correspondió hacer el estudio y análisis de las modificaciones que se proponen al Código Federal de Procedimientos Penales, al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y a la Ley de Amparo; y a la tercera subcomisión le correspondió hacer el estudio y análisis de las modificaciones que se proponen a la Ley de Extradición Internacional, al Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, y de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

5. Hecho el estudio y análisis de las modificaciones a las diversas leyes que a cada subcomisión le correspondieron, en sesión celebrada por el pleno de las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales, de Justicia y de Derechos Humanos, se procedió a discutir cada uno de los paquetes en que se dividió la iniciativa por todos los diputados que quisieron hacer uso de la palabra.

6. Las comisiones unidas llevaron a cabo reuniones en conferencia con senadores de la República, miembros de las comisiones correspondientes de la legisladora, con el objeto de intercambiar opiniones, respecto de la iniciativa materia del presente dictamen. Los senadores acompañaron diversas propuestas que previa su valoración se incorporaron al cuerpo del presente dictamen.

7. Con objeto de lograr una mayor precisión y explicación de los

alcances de esta iniciativa, los miembros de las tres subcomisiones, tuvieron reuniones con funcionarios de diversas dependencias y especialistas en la materia.

8. Digno de mención es el caso de la propuesta que hicieron diversos diputados que integran la Comisión de Defensa Nacional, para integrar adicionalmente a nueve artículos del Código Penal y dos artículos del Código Federal de Procedimientos Penales, diversas modificaciones para sancionar actuaciones de integrantes de las fuerzas armadas en caso de involucrarse en la comisión de delitos contra la salud.

Estas adiciones, por su trascendencia, representan un amplio espíritu de vocación a la legalidad de las instituciones armadas y un refrendo de la institucionalidad que representan ante la nación, dejando de manera clara y separada las situaciones legales que afecten de manera individual a sus integrantes, de la institución que se rige por otras leyes específicas.

9. Asimismo se acordó constituir una subcomisión de diputados de las tres comisiones ordinarias señaladas anteriormente con representación de todos los partidos que convergen en esta Cámara para elaborar el dictamen que ahora se presenta, bajo los siguientes

CONSIDERANDOS

I. Razones de las reformas

1. La iniciativa de decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos de las leyes anteriormente señaladas obedece fundamentalmente a la necesidad de adecuar o actualizar a la legislación secundaria, como consecuencia de la reformas a los artículos 16, 19, 20 y 119, así como de la derogación de la fracción XVIII del artículo 107, de la Constitución.

2. Las reformas que se plantean, sobre todo las que se refieren a

la legislación penal sustantiva y a la procesal, tanto federal como a la del Distrito Federal, procuran por otra parte, como se señala en la exposición de motivos, "dar eficaz soporte y mayor agilidad a la lucha contra las actuales tendencias de la delincuencia organizada", la que, sin duda, en los últimos tiempos ha alcanzado dimensiones muy importantes, sobre todo en las acciones relacionadas con el narcotráfico, cuyos efectos dañosos se manifiestan gravemente en diversos sectores de la vida. Problema que preocupa no sólo a la sociedad mexicana, sino a toda la comunidad internacional.

3. Por razón de la importancia de las reformas que la presente iniciativa plantea, se ha considerado conveniente elaborar el dictamen en forma sistemática, para poder destacar los aspectos más relevantes de ellas en cada una de las leyes que se ven afectadas.

II. Reformas al Código Penal

Por lo que hace al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, la iniciativa contiene importantes reformas que se refieren tanto al Libro Primero (parte general) como al Libro Segundo (parte especial), comprendiendo igualmente disposiciones que se ocupan del delito en general, que precisan los contenidos de los presupuestos de la pena y los criterios que debe tomar en cuenta el juzgador a la hora de individualizar la pena, como de las figuras delictivas en particular, precisando sus elementos típicos y racionalizando su punibilidad, o planteando un proceso necesario de criminalización o descriminalización, o uno de penalización o despenalización; adecuándose así a nuestra cambiante realidad.

1. Delito y responsabilidad penal

La iniciativa presidencial plantea importantes reformas en el Libro

Primero del Código Penal, entre las que destacan, en primer lugar, las que se refieren al delito en general, que tienden a precisar algunos rasgos característicos de éste, así como remarcar ciertos criterios y principios que deben regir en nuestro derecho penal.

a) Una de esas propuestas es regular lo que doctrinalmente se conoce como omisión impropia o delito de comisión por omisión, en un párrafo segundo del actual artículo 7o. del Código Penal. Se trata en efecto de una regulación necesaria en virtud de que este tipo de conductas no encuentra un sustento adecuado en la Ley. De ahí que se considera adecuada la propuesta, pues con ella se colma un vacío. Además, según los términos de la reforma que se sugiere, se precisa el ámbito de las personas que pueden responder por tales conductas omisivas, al establecer que sólo la persona que tenga la calidad de "garante" puede ser vinculada al resultado típico. Efectivamente, de acuerdo con los argumentos expuestos en la iniciativa, si la omisión impropia no se limita en cuanto a la calidad específica del activo, el tipo penal resulta de tal manera impreciso que viola el principio de la legalidad. Este principio se observa aún más, cuando en la fórmula propuesta se especifica la fuente del deber de actuar que, según opinión doctrinaria dominante, puede ser la Ley, un contrato o el propio actuar precedente de quien en el caso concreto omite evitar el resultado típico.

b) Pero además de la observancia del principio de legalidad con la regulación de la omisión impropia, se ha considerado también conveniente precisar los alcances del párrafo primero del mencionado artículo 7o., cuyo contenido desde siempre ha sido objeto de consideraciones críticas, porque la definición que encierra, aparte de no señalar los diversos presupuestos de la pena, no aporta mayor cosa a lo ya sabido. Adquiere mayor sentido, en cambio, si en él se establece que los delitos sólo pueden realizarse por acción o por omisión en los términos previstos por la Ley.

De esta manera se delimita más adecuadamente lo que puede ser objeto de regulación de las normas penales, así como el principal objeto de valoración judicial para determinar la existencia del delito; reforzándose con ello, no sólo la vigencia del "principio de legalidad", sino también la del "principio de acto" o de conducta, que es otro de los pilares del derecho penal moderno de un Estado democrático de derecho.

c) En cuanto a la nueva concepción del dolo y de la culpa que contiene la iniciativa (artículos 8o. y 9o.), se comienza por sustituir los conceptos de "intención" e "imprudencia" por los de dolo y culpa, debido fundamentalmente a que estos últimos términos tienen una aceptación generalizada tanto en la nueva legislación penal mexicana (a partir del Código de Veracruz de 1979), como en el derecho comparado y en la doctrina mexicana, y porque precisamente la doctrina les ha dado un contenido más adecuado con el concepto de tipo penal que ya forma parte de la legislación penal constitucional. Es por ello que los artículos respectivos de la iniciativa utilizan esta nueva nomenclatura; modificándose, además de los artículos 8o. y 9o., los artículos 13, fracciones V y VI, 15, fracciones II, IV y X, 16, 31, 60, 61, 62, 71, 84, 86 fracción II, 90, fracciones I, VII y VIII, 228 fracción I, 315, 315-Bis, 318, 333, 336-Bis, 341 y 368 fracción I, del Código Penal. Por lo que hace a la conducta dolosa, el párrafo primero del artículo 9o. prevé con mayor precisión sus elementos constitutivos, que son el intelectual y el volitivo, mismos que además permiten distinguir con claridad por parte del juzgador lo que es el "dolo directo" y el "dolo eventual".

En relación a la culpa, se agrega en esta iniciativa el elemento "previsibilidad", que no contiene la actual regulación y que es necesario, ya que ella permitirá al juzgador distinguir en los casos concretos la culpa con previsión o inconsciente y la culpa sin previsión o inconsciente, para efectos de la individualización penal.

Por lo que toca a la "preterintencionalidad", ésta se suprime; y la idea de suprimirla está de acuerdo con los avances y aportes que ha tenido la doctrina penal y al legislación comparada, por considerar que esta forma de cometer conductas delictivas queda comprendida en la nueva concepción que se tiene de lo que son los delitos culposos y, además, es un problema que se atiende y resuelve en la individualización judicial de la pena. Por ello, resulta necesario y adecuado modificar los artículos que hacen referencia a ella, como son el 8o., 9o. y 60 fracción VI.

d) Se considera igualmente necesaria y adecuada la modificación que se propone al artículo 12 del Código Penal, que mejora la fórmula actual de la tentativa punible y que permite considerar tanto los casos de tentativa inacabada, que se dan cuando sólo hay una realización parcial de los actos ejecutivos, como los de tentativa "acabada" o delito frustrado, que son aquellos en que hay una realización total de dichos actos, pero el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente; superando así la crítica de que la regulación vigente no resuelve adecuadamente los casos de tentativa inacabada.

Por otra parte, la reforma sugerida al párrafo segundo del mencionado artículo 12 resulta indispensable, porque reorienta el criterio para la individualización de la pena, ajustándolo al que se propone en el artículo 52 del propio Código Penal, que plasma el principio de culpabilidad y supera al tradicional y ampliamente criticado criterio "peligrosista" más propio de sistemas penales autoritarios, por partir no ya de la consideración del hecho cometido y de la valoración del reproche al autor por este hecho, sino atendiendo sobre todo al estado de la persona o a la forma de conducir su vida como se verá más adelante al hablar del artículo 52.

e) Toda vez que la tendencia es resaltar la vigencia de ciertos principios fundamentales, que caractericen a nuestra legislación

penal como propia de un Estado democrático de derecho, resulta importante la adición del párrafo segundo que se sugiere al artículo 13 del Código Penal, que remarca la observancia del principio de culpabilidad, al establecer que cada uno de los autores o partícipes del delito responderá según su propia culpabilidad. Esta disposición toma en cuenta las diferentes formas y los grados de intervención en la comisiones de un delito; por lo que, en base a esa idea, establece también una punibilidad diferenciada para ciertos partícipes como se prevé en el artículo 64 bis”.

Sin embargo, al referirse al delito objeto de esta tesis, de manera increíble y seguramente sin imaginar el impacto que tendría como herramienta efectista pero inconstitucional para combatir el aumento del fenómeno del narcotráfico, no se le dedica una sola línea a las razones de su introducción como figura delictiva autónoma en el catalogo de conductas contra la salud.⁵

⁵ . Sobre las reformas al Título Séptimo “Delitos Contra la Salud”, se indica con evidente ausencia de referencia específica al delito de posesión de narcóticos con la finalidad de efectuar alguna conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal Federal, lo siguiente: “7. Reformas en el Libro Segundo del Código Penal

a) Como se desprende de la iniciativa, se propone una reestructuración del Capítulo I del Título Séptimo del Código Penal, que se refiere a los delitos contra la salud, para considerar, por una parte, el problema de la delincuencia organizada relacionada con el narcotráfico y, por otra, para dar un trato más racionalizado y diferenciado para los que comercian o trafican con estupefacientes o sicotrópicos y para los que siembran, cultivan, cosechan etcétera, dichos vegetales o sustancias.

En este sentido, es menester señalar que dicha iniciativa contienen avances importantes en el trato que se debe dar al problema de la delincuencia organizada, y particularmente del narcotráfico, que en los últimos tiempos se ha convertido en un problema desmesurado en nuestro país. Los diputados que han participado en el proceso legislativo hasta esta etapa, han manifestado su preocupación en torno a este problema, considerando positivo el trato que la iniciativa le da.

Se considera adecuado dar un trato diferenciado a los que siembran, cultivan o cosechan estupefacientes o psicotrópicos de aquellos que comercian o trafican con los mismos, además de que se contienen criterios de tipificación que toman en cuenta actos de producción con y sin fines de tráfico, superando de esta manera la actual regulación del artículo 197 que no hace distinción alguna. Resulta asimismo adecuado el trato diferenciado de penalidad que se da a la posesión de estupefacientes o psicotrópicos, que atiende a si se realiza con o sin fines de tráfico, así como a la cantidad y demás circunstancias del hecho.

En el artículo 193 de la iniciativa se utiliza el término genérico narcóticos para referirse a los estupefacientes y psicotrópicos y demás sustancias vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México, así como los que señalan las demás disposiciones legales aplicables en la materia. Se ajusta con ello a las recomendaciones de ciertos convenios, como es el caso de la Convención de Viena de 1988, de la que México ha sido partícipe importante. En el propio artículo 193 se incluyen elementos que deberán ser tomados en cuenta por el juzgador para determinar la gravedad del hecho, atendiendo a la cantidad y clase de estupefaciente o psicotrópico de que se trate y a su mayor o menor relación con el bien jurídico tutelado, que es un criterio adecuado para individualizar la pena o la medida de seguridad de manera más justa y racional.

sentencias individualizando la pena con reglas generales, de lo que resulta la misma sanción para aquel individuo que posee o transporta un kilogramo de marihuana o el que lo hace con una tonelada. Se desvirtúa de esta manera, la finalidad de la individualización de la pena, al no guardar proporción la sanción con la cantidad de narcótico.

Esta situación propicia que el sujeto activo tienda a poseer o transportar mayor cantidad de narcótico, puesto que lo hace sabiendo que la pena será la misma. Por otro lado, resulta excesiva la pena de prisión para aquellos individuos que son sentenciados por la posesión o transporte de cantidades que no impactan de manera considerable el bien jurídico tutelado y que en consecuencia, no requieren de un tratamiento de readaptación social prolongado y su necesaria reclusión atendiendo a la sentencia, propiciando un riesgo considerable de revertir el referido tratamiento.

Se estima que al proporcionar a las autoridades jurisdiccionales un instrumento jurídico idóneo que le permita atender los criterios que los artículos 193 y 195-bis propugnan, como lo es una tabla de referencia sobre las cantidades y tipo de narcótico que se posea o transporte, y la primodelincuencia o reincidencia del sujeto activo, posibilitando de esta manera la unificación de criterios de acciones en la administración de justicia.

En atención a lo anterior, estas comisiones proponen la incorporación al texto de la iniciativa de unas tablas que normen los criterios de las autoridades al individualizar la pena, tratándose de posesión o transporte de cantidades de narcóticos que no repercutan de manera considerable en el bien jurídico tutelado en materia de delitos contra la salud. Asimismo para adecuar la iniciativa que nos ocupa conforme a esta propuesta, resulta pertinente a adicionar el artículo 195-bis, suprimir el párrafo segundo del 195 y suprimir el último párrafo del 198.

Con esa misma idea, en el artículo 194 se regula lo que propiamente es el narcotráfico, con la misma penalidad que actualmente prevé el artículo 197, ya que el aumento de ésta es relativamente reciente; mientras que las hipótesis de agravación de la pena se prevén en el artículo 196.

Con el nuevo artículo 196-bis la iniciativa propone regular la conducta de quienes por sí mismos, a través de terceros o a nombre de otros, dirigen, administran o supervisan cualquier tipo de organización para realizar de manera sistemática conductas delictivas que afectan la salud. Sin duda, se trata de una adición muy necesaria y conveniente como forma de enfrentar la delincuencia organizada relacionada con el narcotráfico, a la cual se le asigna una penalidad bastante elevada, de 20 a 40 años de prisión y de 500 a 10 mil días multa, además del decomiso.

La iniciativa, finalmente, considera el problema de los farmacodependientes en el artículo 199, ampliando las hipótesis de prevención por lo que hace a la cantidad de droga para su consumo y estableciendo que no serán objeto de pena alguna si el narcótico que poseen es para su estricto consumo personal. Con la nueva fórmula se supera la contenida en el actual artículo 194, sobre todo por lo que hace a los efectos prácticos. Página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, www.scjn.gob.mx

A efecto de garantizar una adecuada administración de justicia, y considerando que los tipos penales en materia de delitos contra la salud señalan de manera general el transporte y la posesión y no determinan las cantidades del narcótico que se posee o transporta, se propone adicionar el artículo 195-bis de este Código Penal, en el que se precisan las punibilidades para el caso de posesión y transporte de narcóticos. Se ha observado que en la práctica se imponen las mismas penas de prisión atendiendo exclusivamente a dicho transporte o posesión sin considerar las cantidades, de esta manera, se dictan

C) DISCUSION/ORIGEN CAMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS

México, D.F., a 20 y 21 de diciembre de 1993

Como es de esperarse, ante el panorama irreflexivo en lo dogmático y entusiasmado en lo político social que reflejan los anteriores documentos, ni un solo diputado cuestionó siquiera, la

introducción de este precepto penal, animados quizá por la idea loable, altamente rentable en el discurso político y siempre bien recibida por la población en general, sobre el combate al narcotráfico, pero absolutamente atropellada en cuanto al respeto a las garantías constitucionales y los derechos del ciudadano, así como a los presupuestos de un derecho penal en un estado social y democrático de derecho. Bajo este panorama, podemos decir utilizando un término acuñado por el maestro argentino Marcel A. Sancinetti, **“que ante la ausencia de discusión se abrió pasó a la “auto dignificación” del precepto”**.⁶

Finalmente, señores diputados, una reflexión significativa que tiene qué ver con la teleología de la iniciativa: el valor esencial de

⁶ El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Pag. 17 y ss.; Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

una sociedad es la justicia sólo equiparable quizá a la libertad y a la democracia. El propósito esencial e inacabado e inalcanzable a veces del derecho, es la consecución de la justicia para todos. En ese sentido, a mi juicio, se inscribe la actual iniciativa. Muchas gracias.

El Presidente:

Gracias diputado Correa Ceceña.

Se ha agotado la lista de oradores. Consulte la Secretaría a la Asamblea si el dictamen se encuentra suficientemente discutido en lo general.

El secretario Juan Adrián Ramírez García: En votación económica se pregunta a la Asamblea si se encuentra suficientemente discutido el dictamen en lo general.

Los diputados que estén por la afirmativa, sírvanse manifestarlo...

Los diputados que estén por la negativa, sírvanse manifestarlo... Suficientemente discutido, señor Presidente.

El Presidente:

Se reserva para su votación nominal en lo general y en lo particular en un solo acto, al término de la discusión en lo particular.

Esta Presidencia se permite informar que se han reservado para su discusión por los grupos parlamentarios los siguientes artículos:

El Partido Auténtico de la Revolución Mexicana el artículo 33 de la Ley de Extradición Internacional; el 266, 267, 268, 268 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

El Partido del Frente Cardenista de Reconstrucción Nacional el 35, el 52 fracción V, 231 y 387 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal.

El Partido de la Revolución Democrática el 9, 13, 15, 32, 65, 85, 194, 196, 403, 405, 406, 407 y 409 del Código Penal; 152, 155, 168, 171, 179, 181, 194, 194 bis, 198, 265 y 399 del Código Federal de Procedimientos Penales; el 3, 10, 15, 22, 122, 126, 267, 268, 268 bis y 418 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal; 5 y 136 de la Ley de Amparo.

El Partido Acción Nacional, 16 y 192 del Código Federal de Procedimientos Penales; 286 bis y 674 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y 1927 del Código Civil.

El Partido Revolucionario Institucional 142, 152, 161, 168, 193, 194 y 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales; 122, 286 bis, 314 y 653 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, y el transitorio primero del dictamen.

Se han registrado para la discusión de los artículos reservados los siguientes oradores diputados: Francisco Dorantes Gutiérrez, para hacer propuestas; José Camilo Valenzuela, para hacer propuestas; Víctor Orduña Muñoz, para hacer propuestas; Guadalupe Enriquez Magaña, para hacer propuestas; Emilio Becerra González, para hacer propuestas y Pedro de León Sánchez, para hacer propuestas.

En Consecuencia, tiene la palabra el diputado Francisco Dorantes Gutiérrez.

El diputado Francisco Dorantes Gutiérrez (desde su curul):

Señor Presidente, le ruego posponer mi intervención.

El Presidente:

Bien señor diputado. Entonces tiene la palabra el diputado José Camilo Valenzuela.

El diputado José Camilo Valenzuela:

Con su permiso, señor Presidente; compañeras y compañeros diputados:

La reforma penal que estamos discutiendo, junto a otras del paquete de reformas que se derivan de la reforma a la Constitución en materia penal, se configura como la pinza, como el ala que viene a cerrar la pinza, junto a la reforma electoral, que conservó para el gobierno el control del sistema electoral y la posibilidad de volver a encarar el reto de unas elecciones en las que pueda ser derrotado como lo fue en 1988.

Ahora quedó claro que el enfoque que ya preveíamos y denunciábamos existía en la reforma penal en materia constitucional, persiste y se ha profundizado.

El combate al narcotráfico, que fue la razón y el objetivo principal que se esgrimió para esta reforma, quedó relegado junto a la gran cantidad de delitos políticos que vinieron en el proyecto de reforma que nos envió el Ejecutivo.

Hoy han salido alguna de las figuras que se introducían dentro de la categoría de delitos graves y de delincuencia organizada, pero persisten otros que en lo esencial conservan el sentido y el contenido que el conjunto de delitos políticos buscaba en la actual reforma.

Destaca dentro de ellos lo relativo a sabotaje, que queda

precisado en el artículo 140 del Código Penal, y que a la letra dice: "Se impondrá pena de dos a 20 años de prisión y multa de 1 mil a 50 mil pesos al que dañe, destruya o ilícitamente entorpezca vías de comunicación, servicios públicos, funciones de las dependencias del Estado, organismos públicos descentralizados, empresas de participación estatal o sus instalaciones, plantas siderúrgicas, eléctricas o de las industrias básicas, centros de producción o de distribución de artículos de consumo, de armas, municiones o implementos bélicos, con el fin de trastocar la vida económica del país o afectar su capacidad de defensa".

D) DISCUSION/REVISORA. CAMARA REVISORA: SENADORES.

México, D.F., a 21 de diciembre de 1993

Mejor suerte no encontramos en los documentos legislativos del proceso parlamentario de creación del tipo penal a estudio correspondiente a la Cámara de Senadores. De nueva cuenta, se observan una pléyade de argumentos políticos, económicos, sociales, financieros y hasta criminológicos, ignorando la justificación dogmática jurídico penal del precepto y su respecto irrestricto a las garantías individuales y a los principios de un derecho penal democrático. Claro esta que, menos aún, se mencionó siquiera el artículo 195 párrafo segundo y su contenido de injusto.⁷

⁷ En tercer lugar. Pero de una enorme trascendencia por citar ubicado en el mismo contexto jurídico y político social que anima las propuestas del Ejecutivo, están las reformas al libro Segundo del Código Penal que se refiere a los delitos contra la salud.

Al respecto, en el dictamen, se pone énfasis en los importantes avances que la iniciativa contiene en el trato que se debe dar al problema de la delincuencia organizada, y particularmente del narcotráfico que se ha llegado a límites intolerables

"COMISIONES UNIDAS DE JUSTICIA Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, PRIMERA SECCION H. ASAMBLEA:

"A las Comisiones Unidas que suscriben fue turnada para su estudio y la elaboración del dictamen correspondiente, la minuta proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Penal para el Distrito Federal en materia de común y para toda la República en materia del fuero federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; de la Ley de Amparo reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos; de la Ley de

especialmente en las acciones de narcotráfico en sus diversas fases de producción, distribución y consumo que, como se expone en la iniciativa del Ejecutivo, tienen "variados efectos sociales, económicos y políticos, efectos entre los cuales se da el de propiciar el aumento de las acciones ilícitas en otras líneas también gravemente afrentosas de la paz y la seguridad sociales".

El gobierno mexicano ha concentrado y ampliado sus esfuerzos en los últimos años en su lucha contra este mal que afecta la sociedad toda y, no obstante -según la propia iniciativa-, el fenómeno subsiste, pues han enraizado con hondura grupos o bandas bien organizadas y, consecuentemente, cada vez con mayor capacidad de resistencia. Con las reformas propuestas, se buscan nuevas directrices para revisar y reorientar la actual estrategia político-criminal, de suerte que abarque también los aspectos social, económico y financiero, para profundizar en el fenómeno de la demanda-oferta de la droga, de sus mercados y de sus efectos económicos nacionales e internacionales.

La razón de ello, y lo reconoce el Ejecutivo en su iniciativa, es que el narcotráfico se ha convertido en un problema de seguridad y de responsabilidad mundial.

Por ello, es adecuado dar un trato diferenciado a los que siembran, ocultan o cosechan estupefacientes o psicotrópicos de aquellos que comercian o trafican con los mismos, además de que se contienen criterios de tipificación que tomen en cuenta actos de producción con y sin fines de tráfico, superando de esta manera la actual regulación del Artículo 197 que no hace distinción alguna.

Asimismo, es adecuado el trato diferenciado de penalidad que se da a la posesión de estupefacientes o psicotrópicos, que atiende a si se realiza con o sin fines de tráfico, así como la cantidad y demás circunstancias.

Se utiliza el término genérico de "narcóticos" para referirse a estupefacientes y psicotrópicos y demás sustancias vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales, de observancia obligatoria en México, así como los que señalan la demás disposiciones legales aplicables en la materia, con lo cual se ajusta a lo recomendado por ciertos convenios como el de la Convención de Viena de 1988 de la que México ha sido importante participante.

Resalta la adición del Artículo 196 bis para regular la conducta de quienes por sí mismos, a través de terceros o a nombre de otros, dirigen, administran o supervisan cualquier tipo de organización para realizar de manera sistemática conductas delictivas que afectan la salud, ya que es una forma de enfrentar la delincuencia organizada relacionada con el narcotráfico y a la cual se le asigna una penalidad de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a diez mil días multa además del decomiso.

Se amplía la hipótesis de prevención por lo que hace a la cantidad de droga para consumo personal para afrontar el problema de la farmacodependencia, en el Artículo 199. Página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, www.scjn.gob.mx

Extradición Internacional; del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación; de la Ley del Tribunal de Contencioso Administrativo del Distrito Federal; de Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; de Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Federación.

Al efecto, de conformidad con lo dispuesto en Artículo 102 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el Artículo 90 del Reglamento para su Gobierno Interior, los miembros de estas Comisiones Unidas llevamos a cabo trabajos en conferencia con los integrantes de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados a fin de intercambiar puntos de vista con respecto a iniciativa de reforma legal que dio origen a la minuta y motiva el presente dictamen, así como para aportar nuestros comentarios y proporciones sobre su contenido y alcances.

A partir de estos antecedentes, los miembros de Comisiones Unidas que suscriben hemos otorgado seguimiento permanente a los trabajos de las mencionadas Comisiones de la Colegisladora, así como del debate y en el Pleno suscitó la presentación del dictamen correspondiente, con el objeto de concluir el análisis respectivo y preparar la redacción de este dictamen.

En tal virtud, con fundamento en lo establecido en los Artículos 86, 87, 95 y 98 de la Ley Orgánica citada, así como 65, 66, 87, 88 y demás relativos del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General, nos permitimos someter a la consideración de esta Asamblea el presente legislativo, mismo que consta de los siguiente (sic) elementos.

1.FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Con base en lo dispuesto en la fracción I del Artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el titular del Poder Ejecutivo Federal promovió la correspondiente iniciativa para reformar, adicionar y derogar diversos artículos de los ordenamientos legales señalados en el proemio de este dictamen.

El fundamento constitucional que tienen ambas Cámaras del Congreso de la Unión para "definir delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse", se deriva de lo dispuesto por la fracción XXI del Artículo 73 de la Ley Fundamental de la República. Por su parte, en el caso de las leyes penales vigentes en el ámbito del Distrito Federal, el fundamento constitucional surge de la fracción VI del artículo señalado, en el que se establece la facultad del Congreso para "legislar en todo lo relativo al Distrito Federal"

En el caso de la Ley de Amparo, Reglamentaria de artículos 103 y 107 constitucionales, el fundamento a la intervención legislativa se encuentra en lo previsto por dichas disposiciones de la Carta Magna; en tanto que formas relativas a la organización del Poder Judicial de la Federación, encuentran sustento en lo previsto en el párrafo cuarto del Artículo 94 de la propia Ley Fundamental. A su vez, en el caso de las modificaciones propuestas a la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, nuestra intervención se fundamenta en lo dispuesto en la fracción XXIX-H de la artículo 73 constitucional.

Por su parte, el Artículo 109 constitucional dispone la intervención del Congreso de la Unión para establecer la normas relativas a las responsabilidades de los servidores públicos federales.

1. ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL QUE SUSTENTA LAS MODIFICACIONES PROPUESTAS EN LA MINUTA MATERIA DEL PRESENTE DICTAMEN

Durante el período extraordinario de sesiones a que fueron convocadas ambas Cámaras del Congreso de la Unión en el segundo receso del segundo año de ejercicio LV Legislatura Federal la Cámara de Senadores conoció -como integrante del Constituyente Permanente- la iniciativa para la reforma y adición a los Artículo 16, 19, 30 y 119, así como la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el caso del Artículo 16 constitucional, la reforma aprobada en su momento consistió en ampliar de cuatro a nueve párrafos el texto del artículo, el primero de los cuales conservó el segundo regula actualmente a la orden judicial de aprehensión; el tercero, las disposiciones relativas a la detención cuando se trate de delito flagrante; el cuarto, la detención de un indiciado en casos urgentes cuando exista delito grave señalado por la ley; el quinto, el plazo máximo en que puede ser detenido el indiciado, en tanto que los párrafos subsecuentes mantuvieron la redacción en vigor hasta antes de la reforma constitucional mencionada.

Por cuanto a las modificaciones aprobadas por el Constituyente Permanente de la República al Artículo 30 Constitucional, son de mencionarse las siguientes: Se sustituyó la expresión "juicio de orden penal" por "proceso de orden penal", además de sustituirse el termino "acusado" por "inculpado"; se amplió el derecho a gozar de la libertad provisional bajo caución en el caso de las especificaciones correspondientes ahí señaladas; se ratificó la obligación de las autoridades de respetar los derechos humanos de las personas sujetas a procedimiento penal; se estableció el principio de sancionar en los términos que la ley secundaria especifique, toda forma de incomunicación, intimidación o tortura, además de que las confesiones que realice el inculpado deberán ser voluntarias, ante el Ministerio Público o el Juez, y al momento de realizarlas debe estar presente su

defensor, ya que en caso contrario dichas diligencias carecen de todo valor probatorio

Asimismo, la reforma al Artículo 20 constitucional implicó que los careos se lleven a cabo a solicitud del procesado, a fin de evitar prácticas que retarden indebidamente los procedimientos en perjuicio de los acusados; el derecho de plazo para dictar sentencia, se subordinó al derecho de la defensa del procesado; se establecieron plazos de los cuales no deberán exceder la prisión preventiva, salvo que la peligrosidad del inculpado lo justifique; se definieron reglas para hacer efectiva la garantía jurídica de defensa y se adicionó un párrafo para ampliar lo dispuesto en el caso de la averiguación previa. Asimismo, se adicionaron disposiciones relacionadas con la garantía de las víctimas u ofendidos por contar con asesoría jurídica, obtener la reparación del daño, poder coadyuvar con el Ministerio Público y recibir atención médica de urgencia.

En el caso del Artículo 119 constitucional, por su parte, se fundamentó el trámite de extradición interestatal habiendo orden judicial de aprehensión y en los casos de flagrancia o urgencia, debiéndose desahogar sin demora alguna conforme a los convenios de colaboración y coordinación que al efecto celebren los gobiernos de los Estados de la República entre si o con el gobierno del Distrito Federal. Se previo, igualmente, el caso de las extradiciones internacionales tramitadas a través del Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial y en los términos de la ley reglamentaria y de los tratados internacionales suscritos al efecto.

En virtud de haberse derogado la fracción XVIII del Artículo 107 constitucional, se trasladó lo dispuesto en los párrafos primero y segundo de dicha fracción al Artículo 19 constitucional, lugar de su correcta ubicación.

III. EL CONTENIDO DE LA REFORMA PROPUESTA

Es de señalarse que el contenido de la reforma legal que en materia penal se somete a la consideración de las Cámaras del Congreso de la Unión, reúne temas y ordenamientos más allá de aquéllos que están directamente vinculados al contenido de la reforma constitucional que acabamos de describir. Como pasamos a analizarlo en seguida, el alcance de esta propuesta incluye -por una parte- la adecuación de los ordenamientos penales a las nuevas normas constitucionales aprobadas por el Constituyente Permanente de la República. Por otro lado, implica una reforma a las normas penales secundarias, que conduce a un nuevo tratamiento de las conductas delictivas, tanto desde la óptica de las causas excluyentes de responsabilidad y la integración misma de las figuras punibles, como desde la perspectiva del establecimiento de nuevos ilícitos penales en virtud de la evolución de la sociedad y de las conductas antisociales mismas.

Como ha quedado oportunamente mencionado, esta iniciativa de reforma, adición y derogación de diversos artículos comprende doce diferentes ordenamientos normativos, mismos que pasamos a estudiar individualmente en los temas que aborda la iniciativa correspondiente.

a) CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL

La reforma propuesta plantea la reestructuración del Capítulo I del Título Séptimo de este ordenamiento sustantivo, a fin de dar un tratamiento acorde a las diversas connotaciones que implican las conductas relacionadas con estupefacientes y psicotrópicos. Al efecto, en el caso del Artículo 197 en vigor del Código Penal existen diversas conductas previstas, cuyas connotaciones y relación con el consumo de las drogas enervantes cambian en función del bien jurídico que la ley intenta proteger. Es por ello

que se propone una regulación específica en los Artículos 194,196 y 196 bis contenidos en el texto de la iniciativa

En el caso del Artículo 193, la reforma sometida a la consideración del Poder Legislativo Federal propone determinar la gravedad de la conducta delictiva en función de la cantidad y de la especie de estupefacientes o psicotrópicos de que se trate, así como en función del bien jurídico cuya tutela se pretende, estableciéndose de esta manera las bases legales suficientes para individualizar la pena o la medida de seguridad de que se trate.

Por cuanto al contenido del Artículo 194 en vigor, se propone que regule de manera más amplia el llamado delito de narcotráfico, incluyéndose en el tipo de elementos necesarios para permitir en su momento la individualización de la pena.

Asimismo, se establece la relación explícita y se le imputa una penalidad nueva en virtud de su gravedad, a aquellas conductas que se encuentran directamente vinculadas con los delitos graves contra la salud genéricamente incluidos en dicho concepto de narcotráfico; nos referimos a las acciones de terrorismo, sabotaje, algunas formas de evasión de presos, violación y sus equiparables, asaltos a poblaciones, homicidio doloso, robo con violencia o con armas o en oficinas bancarias o recaudatorias o de guardia de caudales o en contra de sus custodios o sus transportadores, el de extorsión y algunas formas de ataques a las vías generales de comunicación.

En los delitos graves contra la salud, la iniciativa propone la conveniencia de extender la punibilidad mas allá de la tentativa, la cual implica actos de ejecución no consumados, a fin de incluir también los llamados actos preparatorios unívocos, entendidos como aquellos que revelan la intervención clara de cometer el ilícito, pero que por causas ajenas a la voluntad del o de los autores no llegan a cometerse.

Se propone la adición necesaria al Artículo 7 de este mismo

ordenamiento, para definir las bases del delito de omisión impropia o comisión por omisión; se sugieren cambios terminológicos y fórmulas más precisas para definir el dolo y la culpa, se llega así a distinguir entre "dolo directo" y el "dolo eventual", y entre una culpa "con previsión" y una "sin previsión". En virtud de que cambia los conceptos de intención e imprudencia ;por los de dolo y culpa, se modifica por lo tanto numerosos artículos en los cuales son utilizadas hasta ahora las dos primeras voces expresadas.

Asimismo, se propone la supresión de la figura del delito preterintencional.

En los Artículos 52, 13 y 64 bis, se refuerza el principio de culpabilidad y se prevé una punibilidad diferenciada para los casos de complicidad, auxilio posterior en virtud de promesa anterior y complicidad correspectiva o autoría indeterminada.

En el texto propuesto para el Artículo 15 se da nuevo tratamiento a las hasta ahora llama "circunstancias excluyentes de responsabilidad" denominadas en la iniciativa causas de exclusión del delito. Se definen por lo tanto la ausencia de conducta, la atipicidad, la justificación y la inculpabilidad, además de que introducen como causas de exclusión la falta alguno de los elementos del tipo, el consentimiento del titular del bien jurídico y la no exigibilidad de otra conducta, además de preverse la imputabilidad disminuida y la atención de su pena o de la medida de seguridad que le corresponda".

D) DISCUSION/REVISORA. CAMARA REVISORA: SENADORES

México, D.F., a 21 de diciembre de 1993

Sólo dos Senadores hicieron uso de la tribuna, tan sólo para prácticamente reproducir el texto del dictamen y exaltar sus bondades y su sobrestimación como medio para el combate de la delincuencia organizada en los aspectos de conductas delictivas que afectan la salud colectiva.

”El C. Secretario Ernesto García Sarmiento: Se va a dar lectura al dictamen suscrito por la Comisiones Unidas de Justicia y Primera Sección de la de Estudios Legislativos, el que contiene proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley de Extradición Internacional; del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal; de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación; de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; de la Ley del presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

-El C. Presidente: Consulte la Secretaria a la Asamblea, en votación económica en virtud de que en nuestra sesión anterior este dictamen fue leído y distribuido entre todos los ciudadanos Senadores, siendo por tanto de su conocimiento, se omite la lectura del mismo y se pasa a discusión y votación de inmediato

El C. Secretario Ernesto García Sarmiento: Por disposición de la Presidencia, se consulta a la Asamblea, en votación económica si en virtud de que el dictamen fue leído y distribuido entre todos los ciudadanos Senadores en la sesión anterior, y ser por tanto de su conocimiento, se omite la lectura del mismo y se pone de inmediato a discusión y votación. Quienes estén por la afirmativa, sírvanse manifestarlo poniéndose de pie (la Asamblea asiente)

-Si se omite, Señor Presidente.

-Esta a discusión en lo general.

-El C. Presidente: Se abre el registro de oradores

-El C. Senador Roberto Robles Garnica: En contra

-El C. Senador Antonio Melgar Aranda: En pro.

-El C. Presidente: Se han inscrito el Señor Senador Roberto Robles Garnica, en contra, y el señor Senador Antonio Melgar Aranda, en pro

Se le concede el uso de la palabra al señor Senador Roberto Robles Garnica.

El C. Senador Roberto Robles Garnica: Señor Presidente; Honorable Asamblea: Hoy analizamos modificaciones al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal; el Código Federal de Procedimientos Penales; el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; la Ley de Amparo; la Ley de Extradición Internacional, y otras muchas leyes mas, en total suman modificaciones a 12 ordenamientos jurídicos .

Para abreviar, llamaremos al conjunto de esta reformas, Reforma Penal. La Reforma Penal que hoy se discute, no es sólo la

consecuencia natural de las modificaciones constitucionales que en su oportunidad se hicieron sobre esta materia, en las que entre otras cosas se dio al Ministerio Público, facultades que antes no tenía. Ampliar el ámbito de Operación del Ministerio Público fue darle mas poder a la figura ya desprestigiada que en México tiene la administración de la justicia.

Es experiencia muy antigua, que el Ministerio Público no es una figura que tenga el apoyo moral de la sociedad; por su pésimo comportamiento con los ciudadanos que caen en su esfera de acción, y que además, por ser designado por el Poder Ejecutivo, es motivo de diversos tipos de presiones directas.

Seria independiente el Ministerio Público, si fuera designado por el Poder legislativo, pero estamos lejos de tal posibilidad. No obstante, la contradicción de que al Ministerio Público se le llame representante de la sociedad, y sea designado por el Ejecutivo y actúa, con frecuencia, contra la sociedad que dice representar.

Es natural que haya excepciones, pero no son las suficientes, como para dignificara las agencias del Ministerio Público.

Pero decía que no son las reformas que ahora nos ocupan simplemente una consecuencia de reformas constitucionales, sino que sospechosamente se hacen en vísperas del proceso electoral federal y, para muchos observadores de nuestra realidad social y política, las reformas tienen relación con las elecciones del 94.

Como el Ministerio Público puede retener al supuesto delincuente hasta por 96 horas, ésta trae consigo la fundada preocupación de que un ciudadano con civismo político, pueda ser detenido por 96 horas a pretexto de algún llamado delito grave y, en tal caso, tendría que ser confinado en algún lugar especial, que no seria otra cosa que un separo policiaco.

Es por ello que desde el primer momento en que se dio a conocer el proyecto de estas reformas penales, numerosos organismos de derechos humanos, desvinculados de los partidos políticos, dieron la voz de alarma.

Deberá recordarse que originalmente el proyecto contenía, entre la lista de delitos graves, la sedición, el motín y la rebelión, que era obvio, tenían una clara intención represiva contra la oposición política.

Fue tal el escándalo que esto provocó, que las protestas se multiplicaron; el proyecto cayó en descrédito y los autores de la iniciativa tuvieron que retirarlos.

Esto fue una derrota para quienes, durante mas de un año, habían trabajado en la iniciativa. Todo en nombre de combatir con más eficacia a la llamada delincuencia organizada.

Es una falacia que el narcotráfico pueda ser combatido con mayor eficacia por la existencia de una Ley penal mas rígida. Los narcotraficantes están al margen de la ley, a sabiendas del daño que hacen y de los riegos que corre.

Para ellos es lo mismo estar en poder del Ministerio Público 72 ó 96 horas. Es posible que a los narcotraficantes no les quite el sueño esta modificación legal, ni las demás que contiene el proyecto, mientras cuenten con poder económico y nexos con los órganos de seguridad y altos funcionarios. La prensa de los últimos días ha dado a conocer casos en los cuales narcotraficantes han sido puestos en libertad, no obstante las numerosas pruebas acumuladas contra ellos.

La lucha contra el narcotráfico y otros llamados delitos graves como el secuestro, el asalto en carreteras, las violaciones y otros, son fruto de un complejo de causas entre las que se pueden

situar la corrupción de los órganos de justicia, habida cuenta de su ineficacia, y el estado de indefensión en que se siente buena parte de la sociedad.

Para evitar equívocos, declaro categóricamente, que el narcotráfico debe ser severamente sancionado, empezando por la prevención y terminando con los privilegios que tienen en las prisiones, vía corrupción de los funcionarios, motivo de cohecho por los delincuentes.

Los narcotraficantes tienen mucho dinero para comprar conciencias y voluntades en las cárceles. Pero el endurecimiento de la ley no debe servir para la represión a los opositores políticos y si en cambio, debe ingresar a la lista de los llamados delitos graves el enriquecimiento ilícito y el fraude electoral. Este último, producido por una delincuencia perfectamente organizada y que mina las bases de una sociedad que aspira a vivir un sistema democrático.

Si alguien estimara que no hay relación de causa-efecto entre una ley mas estricta y la represión política, es porque olvida la experiencia ya se vivió en nuestro país cuando estaba tipificado en los años 50 y 60 el delito de disolución social, que nació al amparo de la existencia de la Segunda Guerra Mundial y se perpetuo después de terminada durante los años de la Guerra Fría en el cual el objetivo a perseguir era la ideología de quienes disentían del gobierno.

Fue el amparo de delito de disolución social, como centenares de luchadores sociales, sindicalistas y políticos, purgaron largas sentencias injustificadamente

Aun están vivos muchos de los que sufrieron aquella barbara persecución y pueden dar testimonio de lo que significo el delito de disolución social para el destino de sus vidas.

Una situación equivalente no deberá darse jamás. No se deja de reconocer que la iniciativa tiene avances importantes, entre otros, la obligación del Estado de resarcir a las víctimas de los daños que causen sus agentes y la invalidación de las confesiones sin la presencia de un defensor.

Pero debe llamarse la atención sobre las consecuencias que podrían tener el que atentarse contra las vías de comunicación sea llamado delito grave, que bien podrían conformarse cuando, por ejemplo, haya más ciudadanos u obstrucciones en las carreteras, como protestas políticas o por motivos sociales.

Estos no son atentados contra las vías de comunicación, son ejercicios de derechos ciudadanos y debiera darse una clara distinción entre lo que es el delito cometido por una banda criminal de lo que es una acción de protesta cívica. Este tipo de protestas no deben ser reprimidas en ninguna circunstancia, a menos que se quisiera desde ahora delinear un sistema prefascista.

Se podrá argumentar, algún miembro de las Comisiones me lo ha dicho ya, que esto no está contenido en la iniciativa de Ley que discutimos. Sin embargo deliberadamente lo traigo a colación porque el Artículo 172 bis contiene que las sanciones previstas en este artículo se impondrán, sin perjuicio de las medidas que disponga la Ley de Vías Generales de Comunicación y de las sanciones que correspondan en su caso.

Aquí está vivo el castigo para quienes en una carretera quieran manifestar públicamente una inconformidad política o social, y nosotros estamos en contra de esto porque esto es, ni más ni menos, que represión política

El grupo parlamentario de la Revolución Democrática, propuso en la Cámara de Diputados una moción suspensiva que permitiera hacer un análisis más detenido de algo tan delicado como

modificar el sistema de justicia penal. Pero fue desoído y la discusión de la iniciativa siguió adelante hasta llegar a su aprobación final por mayoría. Y aquí cabe hacer una precisión.

Una cosa es que la Comisión de Justicia de la Colegisladora tuviera lista sus conclusiones desde hace meses, y otra muy distinta, es que la sociedad civil haya tenido oportunidad de hacerse escuchar, olvidando que la cuestión de la justicia afecta a todos, y por tanto, todos los que estuvieran interesados en dar su opinión debieron haber tenido oportunidad de hacerlo. Legislar al margen de la sociedad es la peor decisión que puede tomar un legislador, nada bueno de ello puede resultar.

Un análisis objetivo debe hacer notar que la inclusión de la tortura y el lavado de dinero en la lista de delitos graves, fue una modificación positiva con la cual todos estamos de acuerdo . Esta modificación -lo subrayo- fue resultante no de los autores de la iniciativa, sino de la presión que desde afuera de la Cámara de Diputados , hicieron los defensores de los derechos humanos; que por fortuna tienen cada vez mas peso en la conducción de asuntos vitales para la sociedad.

Si se hubiera dispuesto de mas tiempo, se habrían podido hacer todas las modificaciones igualmente positivas; pero una suma de fracciones parlamentarias decidieron salir de una buena vez adelante, sin medir las consecuencias que en la practica puede tener un apresuramiento innecesario e injustificable.

Cuando se habla de sabotaje, como delito grave a sancionar, es absolutamente necesaria una gran precisión, no vaya a ser que se entienda como tal, como sabotaje, la obstrucción a una función de una dependencia del Estado, a un organismo descentralizado o de una empresa de participación estatal, a causa de un paro o un platón (sic) a las puertas de la dependencia o lo que seria peor, culpando a una huelga infiltrada por provocadores, por ejemplo.

Es oportuno recordar que acabar con el delito de disolución social, costó a la sociedad un prolongado esfuerzo que se levo años, con base en esta experiencia, ahora puede constarle a la sociedad un esfuerzo de igual magnitud derogar disposiciones penales cuya aplicación sean notoriamente injustas y arbitrarias. Esta es la perspectiva que advertimos en la iniciativa de reforma Penal que hoy rechazamos.

-El C. Presidente: Se concede el uso de la palabra al señor Senador Antonio Melgar Aranda.

-El C. senador Antonio Melgar Aranda: Con su permiso, señor Presidente: compañeras y compañeros Senadores: He solicitado hacer uso de la tribuna para el efecto de apoyar el dictamen y las reformas que nos caracteriza en esta hora en el pleno.

La iniciativa de Reformas Penales enviada por el Ejecutivo, estudiada y analizada en Comisiones, tienen como objetivo, adecuar las leyes secundarias a las reformas constitucionales que modificaron los Artículos 16, 19, 20, 107 y 119 en materia tanto sustantiva como de procedimiento.

Es pertinente, sin embargo, subrayar algunos aspectos que tienen un interés que va más allá de la simple adecuación.

En primer lugar, que las reformas propuestas se ubican en el contexto mas amplio de la modernización del sistema jurídico emprendido en la presente administración y en cuyo Proceso, los trabajos del Honorable Congreso de la Unión han sido no solamente técnicos o de meros tramites legislativos.

Porque para llevar a cabo la modernización del sistema jurídico mexicano se ha tomado en cuenta la gran experiencia que ha dejado la practica jurídica, el reconocimiento a los avances en la

teorización de juristas de alto prestigio y el desarrollo del derecho a nivel nacional e internacional.

La iniciativa ha contado además con un sistema con un sistema de consulta que la ha hecho mas participativa, practica que también ha sido fundamental en el trabajo legislativo especialmente en lo que se refiere al trabajo de las Comisiones en el que se han invitado, por ejemplo a importantes y destacados maestros de Derecho así como a funcionarios que también son reconocidos especialistas en la materia.

En segundo lugar hay que resaltar el carácter democrático de las reformas penales propuestas por el Ejecutivo y que se plasma en el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales, de Justicia y Derechos Humanos.

Así por ejemplo, en cuanto a las reformas al Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero común y para toda la República en materia de fuero federal lo que se refiere a delito y Responsabilidad Penal, se asegura con razón que al reformarse el Artículo 7 del Código Penal, adquiere mayor sentido si se establece en los delitos solo pueden realizarse por acción u omisión en los términos previstos por la ley para delimitar mas adecuadamente lo que puede ser objeto de regulación de las normas penales, así como el principal objeto de valoración para determinar la existencia del delito

Se refuerza, indudablemente "no sólo la vigencia del principio de legalidad sino también la del principio de acto o de conducta, que es otro de los pilares del derecho penal moderno de un Estado democrático de derecho". Es muy importante el trabajo clarificador y de precisión no solamente terminológico sino de la mas pura técnica jurídica el de proponer la sustitución de conceptos tales como "intención" e "imprudencia" por los de dolo y culpa, así como suprimir el concepto de "preterintencionalidad".

Se reorienta así el criterio para la individualización de la pena ajustándolo al que propone en el Artículo 52 del Código Penal que plasma el "principio de culpabilidad" y supera al tradicional y ampliante (sic) criticado criterio "peligrosista" más propio de sistemas penales autoritarios.

El propio dictamen resalta que "la tendencia es resaltar la vigencia de ciertos principios fundamentales, que caractericen a nuestra legislación penal como propia de un Estado democrático de derecho".

Lo mismo se puede decir de la propuesta para denominar "causas de exclusión del delito" a las actualmente llamadas "circunstancias excluyentes de responsabilidad", por tratarse en efecto de una expresión más técnica que hace referencia a la naturaleza de cada una de ellas.

Se aclara que "el hecho de que un caso concreto intervengan diversas personas y respecto de alguna o algunas se afirme alguna excluyente, el delito se excluirá con relación a ellas, es decir, ellas no habrá cometido delito, pero subsiste por lo que hace a los otros; pues el delito, en cualquiera de sus niveles, necesariamente se vincula con un sujeto".

Además, se precisan la fórmula, los requisitos y alcances de cada una de las causas excluyentes y se consideran otras no previstas en el texto vigente "para responder a las exigencias de una política penal democrática de tomar en cuenta reglas de justicia y condiciones de racionalidad, como lo han puesto de manifiesto la experiencia legislativa y la doctrina".

En cuanto a la multa y reparación del daño, es, en efecto, conveniente, la reforma propuesta al Artículo 29 del Código Penal, en cuanto que prevé salvedades al monto máximo de la multa, ya que hay casos en que dicho monto es mayor a quinientos días y

que resulta necesario mantener la segunda parte del párrafo segundo, que establece la equivalencia del día multa.

En correspondencia con el Artículo 20 constitucional, sobresale la propuesta de que el Estado queda obligado a reparar el daño de manera "solidaria" por los delitos dolosos de los servidores públicos, realizados con motivo del ejercicio de sus funciones y "subsidiariamente" cuando aquellos fueren culposos.

El dictamen considera muy atinadamente que "se trata de una propuesta plausible y conveniente, basada en criterios actuales de política criminal que tienden a reivindicar a la víctima en animo de humanización de la justicia penal; animo que se perdió en época precedente, debido a una actitud exarcebada en torno al interés jurídico penal del Estado, la cual moda la víctima del drama penal, lo que es injusto".

Y en cuanto a la individualización de la pena, el dictamen también subraya que los criterios propuestos son también "importantes indicadores de la orientación político-criminal de la legislación penal para que el Código se ajuste a la orientación que lo caracterice como propio de un Estado democrático de derecho".

En la propuesta de reformas al Artículo 52 se propone en este sentido excluir la expresión de "temibilidad" (o peligrosidad) que representa el criterio contrario al principio de culpabilidad y "su presencia constituye un obstáculo para la democratización del derecho penal.

Al respecto, el dictamen asienta que "resulta plausible que por fin se haya propuesto la erradicación de un criterio mas propio de un sistema penal autoritario y, en su lugar, la inclusión del "principio de culpabilidad" que es considerado mas garantizador de derechos del hombre frente al Estado"

La reforma que se propone al Artículo 65 del Código Penal acerca

de la "reincidencia", sigue la misma inspiración porque también procura ajustarse a principios fundamentales propios de un sistema penal de un Estado democrático de derecho.

En tercer lugar. Pero de una enorme trascendencia por citar ubicado en el mismo contexto jurídico y político social que anima las propuestas del Ejecutivo, están las reformas al libro Segundo del Código Penal que se refiere a los delitos contra la salud.

Al respecto, en el dictamen, se pone énfasis en los importantes avances que la iniciativa contiene en el trato que se debe dar al problema de la delincuencia organizada, y particularmente del narcotráfico que se ha llegado a límites intolerables especialmente en las acciones de narcotráfico en sus diversas fases de producción, distribución y consumo que, como se expone en la iniciativa del Ejecutivo, tienen "variados efectos sociales, económicos y políticos, efectos entre los cuales se da el de propiciar el aumento de las acciones ilícitas en otras líneas también gravemente afrentosas de la paz y la seguridad sociales".

El gobierno mexicano ha concentrado y ampliado sus esfuerzos en los últimos años en su lucha contra este mal que afecta la sociedad toda y, no obstante -según la propia iniciativa-, el fenómeno subsiste, pues han enraizado con hondura grupos o bandas bien organizadas y, consecuentemente, cada vez con mayor capacidad de resistencia.

Con las reformas propuestas, se buscan nuevas directrices para revisar y reorientar la actual estrategia político-criminal, de suerte que abarque también los aspectos social, económico y financiero, para profundizar en el fenómeno de la demanda-oferta de la droga, de sus mercados y de sus efectos económicos nacionales e internacionales.

La razón de ello, y lo reconoce el Ejecutivo en su iniciativa, es que

el narcotráfico se ha convertido en un problema de seguridad y de responsabilidad mundial.

Por ello, es adecuado dar un trato diferenciado a los que siembran, ocultan o cosechan estupefacientes o psicotrópicos de aquellos que comercian o trafican con los mismos, además de que se contienen criterios de tipificación que tomen en cuenta actos de producción con y sin fines de tráfico, superando de esta manera la actual regulación del Artículo 197 que no hace distinción alguna.

Asimismo, es adecuado el trato diferenciado de penalidad que se da a la posesión de estupefacientes o psicotrópicos, que atiende a si se realiza con o sin fines de tráfico, así como la cantidad y demás circunstancias.

Se utiliza el termino genérico de "narcóticos" para referirse a estupefacientes y psicotrópicos y demás sustancias vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales, de observancia obligatoria en México, así como los que señalan la demás disposiciones legales aplicables en la materia, con lo cual se ajusta a lo recomendado por ciertos convenios como el de la Convención de Viena de 1988 de la que México ha sido importante participe.

Resalta la adición del Artículo 196 bis para regular la conducta de quienes por sí mismos, a través de terceros o a nombre de otros, dirigen, administran o supervisan cualquier tipo de organización para realizar de manera sistemática conductas delictivas que afectan la salud, ya que es una forma de enfrentar la delincuencia organizada relacionada con el narcotráfico y a la cual se le asigna una penalidad de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a diez mil días multa además del decomiso”.

2.- DISYUNTIVA POLÍTICO CRIMINAL: DERECHO PENAL DEL HECHO Y DERECHO PENAL DE AUTOR.

Expresa la doctrina a través de Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas: **“que la Política Criminal se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir al Derecho Penal para poder cumplir de la mejor forma su misión de proteger a la sociedad”**.⁸

Es mismo autor nos manifiesta **“La Política Criminal conecta con las causas el delito, discute cómo deben ser redactadas correctamente las características de los tipos penales para corresponderse con la realidad del delito, intenta determinar el modo en que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en derecho penal, toma en consideración hasta qué límite el legislador puede extender el Derecho penal para no restringir más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano, y prueba si el Derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal.”**⁹

En consecuencia, sigue diciendo el citado autor **“no todo lo que parece adecuado al fin es también justo. Como criterios de Justicia en la Política Criminal se entienden sobre**

⁸. Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas: **Tratado de Derecho Penal. Parte General**, pag. 24, Traducción de Miguel Olmedo Cardenote de la 5ª. Ed. Renovada y ampliada, Ed. Comares, Granada, 2002.

⁹ *ibidem*, pag. 24.

todo el principio de culpabilidad, el principio del Estado de Derecho y el principio de humanidad”.¹⁰

En el sistema del **Derecho penal del hecho** la pena se anuda al hecho antijurídico; pero lo decisivo para la punibilidad es, ante todo, el reproche que realiza al autor a causa de la **comisión de un hecho** determinado en sus caracteres esenciales (culpabilidad por el hecho). Y nos termina señalando **”En el sistema del Derecho penal de autor, por el contrario, la pena se asocia de modo inmediato a la peligrosidad del sujeto activo, por lo que para la justificación de la sanción aquélla debe ser atribuible a la “culpabilidad por el modo de vida”,**¹¹ es decir, atendiendo a cuestiones que trascienden exclusivamente en el fuero interno del sujeto y que no constituyen aún, actos ejecutivos de ninguna especie orientados a la puesta en peligro o daño efectivo de un bien jurídico penalmente tutelado.

Del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el

¹⁰ *ibidem*, pag. 24.

¹¹ *ibidem*, pag. 58.

resultado).¹² El principio de culpabilidad sirve, de un lado, para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva del Estado,¹³ constituyendo además, valuarde del derecho penal del hecho, donde ante la inexistencia de una resolución manifestada traducida en actos de carácter ejecutivo y perceptibles a través de los sentidos por tener vigencia ontológica en el mundo fáctico, no es posible solicitar aún la intervención del instrumento punitivo de que hecha mano el Estado de Derecho para prevenir y castigar los ataques más intensos e intolerables a los bienes jurídicos, que además resulta imposible controlar por otros medios menos invasivos del espacio de libertad asegurado al ciudadano (principios de fragmentariedad, subsidiaridad, mínima intervención y *ultima ratio* que informan el moderno derecho penal).¹⁴

En este orden de ideas, por derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una **acción concreta** descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al **hecho individual**, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. Frente a esto, se

¹² *ibidem*, pag. 24. Similarmente, Bacigalupo, Enrique: **Principios de Derecho Penal. Parte General**. Pag. 109, 4ª. Ed. Editorial Akal, Madrid, 1997.

¹³ *ibidem*, pag. 25.

¹⁴ Sobre estos principios limitadores del *ius puniendi* véase: González-Salas, Raúl: **La teoría del bien jurídico en el derecho penal**, pags. 103 y ss., 1ª. Ed., Pérez-Nieto editores, México, 1995.

tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción.¹⁵

Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea “tal” se convierte en objeto de la censura legal; allí donde entre los presupuestos de la conminación penal se incluye algo distinto y más que el sí y el cómo de una acción individual, y donde ese algo más debe buscarse en la peculiaridad humana del autor, estamos ante un sistema en que la pena se dirige al autor como tal.¹⁶

En ese mismo orden de ideas, no es posible bajo los postulados del moderno derecho penal y aún más, de un Estado que se precie de ser democrático y de derecho (*donde tenga vigencia el pleno respeto a la igualdad y la dignidad de la persona humana, de cuyos rasgos esenciales de protección, forma parte indiscutible el fuero interior de las personas, que por no exteriorizarse aún, pertenecen en exclusivo a su espiritualidad y esencia*),

proceder a la criminalización y consecuente sanción mediante instrumentos penales, de las eventuales disposiciones anímicas en relación con un objeto cualquiera, o inclusive con un objeto de delito,

¹⁵ Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, pag. 176. Trad. de la 2ª. Ed. alemana, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

¹⁶ *ibidem*, pag. 177.

al no poder conocerse con un grado de certeza tal que fundamente una condena y no atropelle las mínimas garantías y el más elemental garantismo penal, la disposición (si es que existe) criminal del autor, que transcurre en su insondable fuero interno, ya que dentro del *iter criminis* es consabido que resulta regla sin excepciones, que todo lo que transcurre en la esfera interna (ideación, deliberación y que preceden a su manifestación, es penalmente irrelevante e incoercible.

Derivado de las anteriores reflexiones, es claro e indiscutible que el principio de culpabilidad, es parte de un sistema penal de garantías para el ciudadano, que no reacciona al delito de manera efectista y eficientista, o mediante la utilización del ciudadano para entronizar un derecho penal de la seguridad o de la prevención criminal, construido a costa de la eliminación de los más elementales derechos públicos fundamentales, entre los que se encuentra, por derivación de la dignidad y el respeto a la calidad de persona humana, la infranqueable barrera del respeto a la intimidad y a las ideas, que aunque puedan ser *a posteriori* constitutivas de algún delito en caso de traducirse en **acciones materiales** y **hechos sancionables**, mientras transcurran en el fuero interno del autor, resultan inocuas y de nula ofensividad social.

En términos generales, siguiendo las ideas doctrinales sobre la relevancia de los principios constitucionales que

informan el moderno derecho penal, puede decirse que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del acto (exigibilidad).¹⁷ Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido. Pero además, en un Derecho penal basado en la culpabilidad pierde apoyatura legal, la vieja presunción de culpabilidad del acusado.¹⁸

El principio de culpabilidad no se encuentra formulado expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni en los tratados y declaraciones internacionales que México ha suscrito, pero puede derivarse de dos principios firmemente acuñados en nuestro orden legal, como son el principio del Estado de democrático y de derecho de seguridad jurídica, igualdad¹⁹ y del principio de legalidad, pues para el respeto de aquél, es dable

¹⁷ . Jaen Vallejo, Manuel: **Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional**, pag. 39, 1ª. Ed.; Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.

¹⁸ *ibidem*, pag. 39

¹⁹ Sobre las dificultades para utilizar la expresión "Estado democrático y de Derecho" en la perspectiva constitucional . nacional, véase: Díaz Aranda, E., *op.cit.*, pags. 53 y ss; concluye este autor diciendo que: "Con los anteriores argumentos hemos podido sostener la existencia de un Estado *jen México*", pag. 55.

efectuar una aplicación de los principios no explícitos en la ley, y no en contrario que a través de una interpretación literal de esta los contradigan.

De igual manera juegan en el reconocimiento del principio de culpabilidad, el principio superior de justicia, como valor supremo del ordenamiento jurídico,²⁰ así como el de dignidad de la persona (artículos 3º fracción II inciso c) y 25 de la Constitución)²¹ y los derechos que le son inherentes, como lo es la igualdad (artículo 1º Constitucional),²² que entraña también en una de sus subvertientes de naturaleza penal, no sancionar con penas equivalentes actos similares, y tampoco sancionar penalmente actos o hechos inexistentes y sin materialidad objetiva perceptible alguna, así como el castigo de posiciones de “autor” que entrañan la penalización de su forma de vida o de ser, y de el mundo personal de las ideas que le pertenece.

²⁰ . Véase, Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.*, pag. 40.

²¹ . Así, Bacigalupo, *op. cit.*, pag. 108.

²² Así lo reconoce Diego-Manuel Luzón Peña. Curso de Derecho Penal. Parte General I, pag. 86, 1ª. Reimp., Ed.Universitas, Madrid, 1999.

En resumen, tenemos que el principio de culpabilidad es un principio estructural básico,²³ el cual se decanta en dos vertientes históricas que son: el del derecho penal del hecho o culpabilidad por la comisión de un hecho, o bien el derecho de autor, o culpabilidad por la personalidad del autor, siendo el primero de ellos el que rige en todos los sistemas que se precian de tener un derecho penal democrático y liberal, donde lo que interesa no es el juicio sobre la vida o forma de conducción de esta, por parte del autor, así como sus pensamientos y emociones que sólo transcurren en su fuero interno, sino un juicio sobre un hecho ilícito concreto decidido y exteriormente manifestado por el autor, mediante actos que entrañen un principio de ejecución.

3.- EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD POR EL HECHO. Su eventual reconocimiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito. Se corrobora con los siguientes Criterios jurisprudenciales.

Pero además, es claro que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su jurisprudencia definida 123/2004 y en otros precedentes de los Tribunales

²³ Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.*, pag. 40.

Colegiados de Circuito, nunca ha desconocido la presencia rectora del principio de culpabilidad, de lo cual son ilustrativos además, los siguientes criterios:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Febrero de 2005

Página: 143

Tesis: 1a./J. 123/2004

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

“INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA TRATÁNDOSE DE DELITOS QUE LA LEY PREVÉ COMO GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA, CUANDO EN SU COMISIÓN SE ACTUALIZA UNA AGRAVANTE. De una armónica interpretación de los artículos 63, párrafos primero y tercero, en relación con lo previsto en el párrafo segundo del numeral 51, ambos del Código Penal para el Distrito Federal abrogado, y partiendo del principio de culpabilidad que rige el sistema penal mexicano para la individualización de las penas, se obtiene que para la imposición de las sanciones en el caso de delitos cometidos en grado de tentativa, calificados como graves por la ley, debe atenderse, en primer término, a la regla general contenida en el artículo 63, párrafo primero, del código punitivo en cita, pues es ahí donde se establece la punibilidad para los casos de tentativa, esto es, disminuir hasta las dos terceras partes en su mínimo y máximo el rango de punibilidad previsto en la norma aplicable, tanto para el delito básico como para las agravantes. Satisfecho lo anterior, debe realizarse la individualización de las penas que corresponde imponer al sentenciado, conforme al grado de culpabilidad que le fue apreciado, y sólo en caso de que la punición determinada resultara inferior a la mínima prevista para el delito consumado con sus modalidades, con fundamento en el artículo 63, párrafo

tercero, del Código Penal para el Distrito Federal, debe imponerse al sentenciado precisamente la pena de prisión mínima, puesto que en este último párrafo sólo se señala una regla de excepción para el caso de que de la operación matemática el resultado sea una pena menor a la mínima que corresponda al delito consumado”.

Contradicción de tesis 28/2003-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Séptimo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz Joaquina Jaimes Ramos.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Octubre de 2003

Página: 899

Tesis: II.2o.P.112 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“ARMA DE FUEGO, PORTACIÓN DE. CONCEPTO DE AUTOR BAJO EL CRITERIO DEL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO. No se discute en lo absoluto la esencia indispensable del principio de culpabilidad, relacionado con la necesidad de acreditar el vínculo de pertenencia entre el autor y su hecho, como justificación del juicio de reproche personal e intransferible; sin embargo, es evidente que conforme a la concepción de la autoría bajo el criterio del dominio funcional del hecho, puede atribuirse tal carácter a quien tiene la posibilidad concreta y material de decidir conscientemente sobre la continuación, ejecución o interrupción del cause delictivo, con independencia de que sea uno o sean varios los sujetos que se ubiquen en tal circunstancia de disponibilidad fáctica del curso causal del suceso, de tal suerte que si en el caso a estudio se atribuye al quejoso el haber sido capturado de manera flagrante a bordo de un vehículo llevando bajo su propio asiento un arma de fuego, encontrándose

también en el vehículo el dueño de éste quien había sido secuestrado y despojado de sus pertenencias, mientras que un coacusado trataba de hacer uso de las tarjetas de crédito del pasivo, resulta indiscutible que las circunstancias del hecho acreditado demuestran el conocimiento y voluntad (dolo) respecto de la acción de mantener dentro del ámbito de disponibilidad material el arma de fuego en cuestión, evidenciándose así el indiscutible dominio funcional del hecho respecto de la conducta de portación atribuida, ello con independencia de que en forma previa y con diversas circunstancias espacio-temporales, su coacusado también hubiese hecho uso del arma, pues eso no exime al aquí quejoso de responder a título de autor por el dominio funcional ejercido en las condiciones de su particular actuación”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 641/2002. 27 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Octubre de 2003

Página: 1108

Tesis: II.2o.P.113 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA, LA SOLA PRESENCIA EN EL LUGAR DE LOS HECHOS, TRATÁNDOSE DE DELITOS DE ACCIÓN Y RESULTADO MATERIAL, NO CONFIGURA UN SUPUESTO DE. La llamada "responsabilidad correspectiva", en principio, implica la demostración previa de una forma de intervención conjunta, en la que cada participante realiza una conducta atentatoria del bien jurídico por sí misma y concurrente en la producción del resultado final lesivo, pero desconociéndose la magnitud del daño producido por cada aportación conductual,

de manera que ante esa imprecisión, entiéndase únicamente respecto del grado de afectación logrado por cada uno de los comportamientos, mas no de la forma efectiva de intervención, algunas legislaciones punitivas establecen una específica penalidad para todos aquellos participantes; sin embargo, de ningún modo resulta jurídico pretender llamar con esa denominación un supuesto en el que ni siquiera está señalada y mucho menos acreditada la efectiva y real intervención de un sujeto en la comisión de los hechos, pues en tal supuesto, atento al principio de culpabilidad, no puede hablarse de ninguna forma de intervención delictiva acreedora de un potencial juicio de reproche, y sin que pueda basarse esa pretensión en el señalamiento de que una determinada persona estuvo presente en el lugar de los hechos cuando éstos, por su naturaleza, exigen una conducta de acción positiva en la producción de la lesión al bien jurídico tutelado”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 405/2002. 3 de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVI, Julio de 2002

Página: 1354

Tesis: I.2o.P.59 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“PENA. PARA EFECTOS DE SU INDIVIDUALIZACIÓN, LA SOLA CONFESIÓN POSTERIOR AL DELITO NO ES UN COMPORTAMIENTO QUE DEBA TOMAR EN CUENTA EL JUZGADOR. El comportamiento posterior del acusado en relación con el delito cometido, a que hace mención la fracción VI del artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal, sólo influye en la medición de la pena cuando significó una supresión del

riesgo o una reducción del daño causado por el delito en los bienes jurídicos tutelados, o cuando se impidió la efectiva causación de la lesión al bien jurídico protegido por la norma, pues en atención al principio de proporcionalidad no puede sancionarse de la misma forma a quien después de causar un daño o peligro lo repara o disminuye o, incluso, impide que se produzca efectivamente la lesión o el peligro correspondiente, que a quien deja intacto el daño ocasionado, caso este último en el que se ubica la sola confesión del hecho criminoso, dado que tal manifestación, aun cuando pudiera revelar arrepentimiento en el infractor penal, lo cierto es que no beneficia en forma alguna al bien jurídico vulnerado por el delito, por lo que no alcanza relevancia singular para la medición de la pena. Así resulta de una interpretación no literal del precepto de mérito, sino de una razonable exégesis del contexto normativo en que se inscribe el dispositivo legal de examen, pues en principio se advierte que, de tomarse en cuenta cualquier comportamiento posterior al delito para el efecto de atenuar la pena, ello contrastaría con el principio de culpabilidad cimentado en el hecho punible perpetrado, conforme al cual el autor es sancionado en razón de su acción típica y no por actos posteriores al delito, si son ajenos al riesgo o daño inferidos; luego, si el propio artículo 52 del Código Penal para el Distrito Federal establece que se fijarán las penas con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad, ello significa que dicha legislación acoge un sistema penal que atiende esencialmente al hecho punible perpetrado y no al comportamiento posterior del autor, menos aún al peligro que pudiera representar su conducta futura; en virtud de lo cual, la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente y la sanción representa esencialmente la respuesta punitiva al hecho individual constitutivo de delito; asimismo, sólo una interpretación de este tenor permite que subsista una congruente armonía en el sistema punitivo, dado que únicamente en los casos de excepción en que exista un comportamiento posterior positivo, en que el inculpaado procura disminuir el daño o suprimir el riesgo generado, tal manifestación ulterior al delito sí puede

tomarse en cuenta para atemperar la pena, en la medida que se relaciona directamente con el hecho culpable perpetrado; en cambio, tomar en consideración la sola confesión no se aviene al principio de culpabilidad precitado, pues, se insiste, dicho comportamiento no tiene una relación eficiente con el delito cometido, ya que a lo más sólo favorece una pronta persecución e impartición de justicia, lo cual no atañe directamente a la sistemática propia de la individualización de la pena conforme a lo establecido por los artículos 51 y 52 del ordenamiento legal de invocación”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 702/2001. 15 de noviembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Estrever Escamilla. Secretario: Alfonso Pérez Daza.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
IV, Septiembre de 1996

Página: 649

Tesis: II.2o.P.A.38 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“FALSIFICACION DE DOCUMENTOS, DELITO DE. DE LA CIRCUNSTANCIA DE PODER RESULTAR BENEFICIADO POR LA ALTERACION DEL DOCUMENTO, NO ES VALIDO INFERIR APODICTICAMENTE LA REALIZACION DE LA CONDUCTA TIPICA. No puede afirmarse de manera subjetiva y dogmática que el responsable de tal conducta sea el quejoso sólo por el hecho de haber utilizado los documentos dubitados como base en el ejercicio de una acción civil, o por ser la persona que resulta beneficiada con el contenido de la supuesta falsificación, ya que el hecho de que se haga uso de un documento falsificado, en todo caso podrá dar lugar a una figura delictiva distinta, mas no autoriza a suponer que aquel que emplea o utiliza un documento

con tales características forzosamente haya sido quien produjo materialmente la alteración o falsedad, por lo que el hecho de resultar hipotéticamente beneficiado con la comisión de un delito determinado no implica por fuerza que se trate del autor del ilícito, pues de ser así se llegaría al absurdo de afirmar que todo aquel que resultase directa o indirectamente favorecido con el acontecer de un ilícito deba automáticamente ser considerado como responsable de su autoría o participación. Por el contrario, de conformidad con el principio de culpabilidad que impera en un sistema de derecho penal propio de un Estado de derecho, como el nuestro, sólo puede condenarse por un delito a aquel cuya responsabilidad o culpabilidad obre plenamente demostrada, por tanto, si el tipo penal del delito que se atribuye, se configura por el acto material de alterar un documento, es esa la conducta que debe demostrarse a fin de emitir el correspondiente juicio de reproche al autor de aquel evento, siendo irrelevante el que alguien pueda o no resultar beneficiado con la perpetración del actuar ilícito de otros, pues de acuerdo con la descripción típica respectiva lo que se sanciona como conducta central del delito es realizar la falsificación por conducto de una alteración en el documento de que se trate, después de concluido y firmado éste y no el hecho de resultar beneficiado por una alteración de tal naturaleza”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 336/96. Alejandro Marín Gómez Casas. 11 de julio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Nieves Luna Castro

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

VII, Enero de 1991

Página: 286

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“INTENCIONALIDAD DELICTUOSA. EXCLUSION DE SU PRESUNCION EN LA LEGISLACION PENAL DEL ESTADO DE ZACATECAS. La presunción del dolo que se contenía en el artículo 8o. del Código Penal para el Estado de Zacatecas, de vigencia anterior, se suprimió en el nuevo Código Penal para el propio Estado, en vigor a partir del 16 de julio de 1986, señalándose al efecto, en la exposición de motivos del nuevo código, que aquella disposición es criticable al negar relevancia penal a verdaderas situaciones de error en que se excluye totalmente el dolo o la culpa, o negar total, relevancia a errores de derecho, no acordes con nuestra realidad. Que la propia disposición legal, contradecía radicalmente el "principio de inocencia" y, según la interpretación tradicional que se hace de la misma respecto de la ubicación de la intención delictuosa, también el "principio de culpabilidad", que son característicos de un derecho penal liberal, propio de un Estado democrático de derecho. Que por otra parte, encerraba la idea de que la ignorancia de la ley no es excusa; principio que viene desde el Derecho Romano y que se ha plasmado en el Derecho Civil, pero que en el derecho penal es inadmisibles chocando con nuestra realidad social y con los más elementales principios de la moderna política criminal. Y que en virtud de lo anterior, se consideró una necesidad ineludible suprimir el contenido del mencionado precepto, y, con ello, lograr una mayor adecuación de la legislación penal a nuestra realidad. Así, el actual Código Penal del Estado de Zacatecas, se refiere al dolo, a la culpa y a la preterintención en su artículo 6o., con términos y fórmulas más o menos adecuados, lo que constituye un cierto avance, según se expone en la propia exposición de motivos citada”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 493/90. Magdalena Rivas López. 31 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Esteban Oviedo Rangel.

Es innegable que al desarrollo jurisprudencial, no le es ajena la comprensión y reconocimiento del principio de culpabilidad. Pues de los anteriores criterios se colude, que este juega un papel fundamental en el aspecto jurídico objetivo y a efecto de llegar a considerar a una persona responsable de un ilícito penal, de tal manera que resulta innegable que el principio de culpabilidad, desempeñe un papel importante en la impartición de la justicia en nuestro sistema penal mexicano. Siendo el que impera en un sistema de derecho penal propio de un Estado de Derecho, tal y como se reconoce en los criterios jurisprudenciales ya citados.

4.- LA MÁXIMA “EL PENSAMIENTO NO DELINQUE”. Los límites del legislador en la criminalización de conductas y elaboración de tipos penales.

Derivado de un derecho penal propio de un Estado democrático y de derecho, es claro que el *ius poenale y puniendi* estatal, tienen ciertos límites frente al ciudadano, de los que el más palpable y significativo para el respecto irrestricto a los anteriores principios, es aquel que se condensa en la vieja máxima de **Ulpiano que reza: “*cogitationes poenam nemo patitur*”,²⁴** esto es, que nadie puede ser castigado

²⁴ Véase al respecto, Antolisei, Francesco, Manual de Derecho Penal, pag. 335, 8ª. Edición, Temis, Bogotá, 1988; Cobo Del Rosal, Manuel / Anton Vives, T.S.: Derecho penal. Parte General., pags.343 y 712; 5ª. Ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, parte general, págs. 409-410, Porrúa, México, 1967; Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pag. 284, 28ª. Edición, Porrúa, México, 1990. Welzel, Hans: Derecho Penal Alemán, pag. 259, 11ª. Ed., traducción de Juan Bustos y Sergio Yañez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

por sus pensamientos, y así expresado, tal y como lo describe el jurista, Manuel Cobo del Rosal “**puede violarse mediante la incriminación directa de actitudes internas y también mediante el castigo de hechos exteriores carentes de lesividad, utilizados, por lo tanto, como meros síntomas del ánimo**”.²⁵

Así en consecuencia, el mismo maestro Cobo del Rosal nos comenta” **la dogmática jurídico penal informa que el principio del hecho o de la objetividad material del delito exige que el sustrato del delito se halle constituido por un acontecimiento del mundo exterior²⁶ como base de la tipicidad y la antijuridicidad**”, esta última que no debe servir de base o apoyatura por sí sola, a factores de determinación de la dirección del actuar externo hacia sus consecuencias jurídicamente desaprobadas.

Prueba marcada de lo anterior es la rudimentaria *-pero ilustrativa al caso-*, definición que contiene nuestro Código Penal Federal de lo que considera delito en su artículo 7º, al establecer:

ARTICULO 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

²⁵ Cobo Del Rosal, Manuel / Anton Vives, T.S.: *op. cit.*, pag. 343; 5ª. Ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

²⁶ *ibidem*, pag. 343.

Pero no sólo éste dispositivo es prueba de que en nuestro Código Penal Federal se respeta y se consagra el derecho penal del hecho y la culpabilidad por el mismo, sino que también es muestra de esa exigencia la definición de la *tentativa*:

ARTICULO 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Al respecto en los mencionados artículos se hace hincapié, que solo se **podrán sancionar actos exteriorizados** por el sujeto activo del delito, esto es; los actos ejecutados y perceptibles en nuestro mundo factico y no los actos ideados pero no realizados o ejecutados por el sujeto.

Igualmente es prueba de lo anterior la regulación del *desistimiento* en el segundo párrafo del dispositivo en cita:

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.

Finalmente, la formulación de *la autoría* es también una prueba de que el legislador se decanta por el respeto al derecho penal del hecho:

ARTÍCULO 13.- Son autores o partícipes del delito:

II.- Los que los realicen por sí,²⁷

Es claro entonces que el legislador, no goza de una libertad inconmensurable e incontrolable en la realización y formulación de los distintos tipos penales que contiene la parte especial del Código Penal Federal, que raye en la facultad de incriminar los fines que discurren en el ánimo del autor, sino que se encuentra limitado por diversos principios que informan todo el ordenamiento jurídico, algunos explícitamente previstos en la Constitución y en las normas que de ella emanan, y otros que se derivan de aquellos y que el legislador no puede atropellar si desea en verdad continuar manteniendo la premisa política que adopta el Estado de Derecho como forma de gobierno, con todas las aristas y consecuencias que devienen de esa proclamación general. Por lo tanto, si derivado de garantías como la de legalidad y exacta aplicación de la ley, se informa, entre otras, el principio de culpabilidad por el hecho, es claro que no puede escapar su respeto al legislador en la formulación de las conductas o hechos

²⁷ Así lo considera con referencia al derecho penal español, Cobo Del Rosal, Manuel / Anton Vives, T.S.: *op. cit.*, pags. 344-345.

que son constitutivos de delito por dañar de manera insoportable bienes jurídicos tutelados.

Así lo ha reconocido la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación el siguiente criterio jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Apéndice 1917-2000

Tomo: Tomo I, Constitucional, Sección Precedente relevante S.C.J.N.

Tesis: 1062

Página: 74

Materia: Constitucional

Precedente relevante

“EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL, GARANTÍA DE. SU CONTENIDO Y ALCANCE ABARCA TAMBIÉN A LA LEY MISMA.- La interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República”.

**Amparo directo en revisión 670/93.-Reynaldo Álvaro Pérez Tijerina.-16 de marzo de 1995.-
Mayoría de siete votos.-Ponente: Juan Díaz Romero.-Secretario: Jorge Careño Rivas.**

Consecuencia entonces, del reconocimiento de un derecho penal del hecho y del principio de culpabilidad, es que allí donde el sujeto no haya realizado el hecho (como resolución manifestada concretizada en un principio de ejecución mediante actos de esa misma naturaleza) no podrá hacerse responsable del mismo en virtud de su culpabilidad, ya que las hipótesis de responsabilidad sin hecho son casos de responsabilidad sin culpabilidad.

CAPITULO SEGUNDO
EL ARTÍCULO 195 PRIMER PÁRRAFO DEL
CÓDIGO PENAL FEDERAL.
EL DELITO CONTRA LA SALUD EN LA
MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS
CON LA FINALIDAD DE COMETER ALGUNA
DE LAS CONDUCTAS DEL ARTÍCULO 194
DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

UN ANÁLISIS DE SU CONSTITUCIONALIDAD

- 1.- LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY Y SU RESPETO POR PARTE DEL LEGISLADOR. El mandato de determinación.
- 2.- LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Implicaciones en el delito de CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194.
- 3.- LA UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE INDICIOS O CIRCUNSTANCIAL PARA LA ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO. La fácil manipulación de las circunstancias de comisión y el valor preponderante que destaca en la cantidad de narcótico la jurisprudencia.

1.- LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY Y SU RESPETO POR PARTE DEL LEGISLADOR. El mandato de determinación.

Conforme a la interpretación jurisprudencial que hemos transcrito con anterioridad, es claro que la Suprema corte de Justicia de la Nación ha reconocido en todo momento que en la creación de la ley penal, existen exigencias materiales que implican la necesidad de incorporar un mensaje normativo determinado, claro, preciso, taxativo, cerrado, ya que la exigencia de tipicidad debe estar vinculada con la idea de seguridad jurídica.

Así las cosas, el penalista **JOSE MARIA SILVA SANCHEZ**, nos menciona **“el mandato de determinación, se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una *lex certa*. Por otro lado se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia a ceñirse a la *lex stricta*”**.¹

Consecuencia a su vez de lo anterior, es que la norma de determinación de la conducta del sujeto a la que va dirigida, para que entrañe antijuridicidad material y fundamente el injusto desde perspectivas teleológicas, no sea, como afirma con gran precisión Silva Sánchez, **“*un elemento subjetivo una intención, un acot***

¹ **SILVA SANCHEZ, J. MARIA:** Aproximación al Derecho Penal contemporáneo; p. 254, Editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1992.

interior de desobediencia), sino una conducta, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídico penales”.²

Lo brevemente reseñado, traducido a la hipótesis de trabajo que abordamos en este estudio, implica que el tipo penal analizado, quiebra el principio de legalidad, al pretender sancionar intenciones y dimensiones internas de la subjetividad del autor en relación con la posesión de la droga, incriminando con una pena más elevada la dimensión subjetiva que la propia posesión simple (difícilmente comprobable en el caso particular), y a partir de ciertos datos objetivos de naturaleza las más de la veces equívoca (cantidad, ámbito circunstancial, forma de presentación del narcótico, etc.). En ese orden de ideas, es erróneo e impropio de un derecho penal democrático y moderno, considerar bajo amenaza de pena, aspectos subjetivos de la voluntad y no conductas determinadas *que se dirigen al concreto destinatario del Derecho, cuya infracción asume prevalente relevancia en el plano de la culpabilidad del autor por su comportamiento típicamente antijurídico.*³

² . *Ibidem*, pag. 386.

³ POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, pag. 342, 1ª. Ed., Editorial Porrúa, México, 2001.

Así las cosas, en el delito de **POSESIÓN DE ALGUNO DE LOS NARCÓTICOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 193, CON LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194**, quiebra el principio de culpabilidad y del derecho penal del hecho, así como la exacta aplicación de la ley penal, al pretender sancionar con penas más elevadas, un dato subjetivo *per se*, y no un hecho objetivamente perceptible y materialmente perturbador, que implique la presencia de un riesgo objetivo para el bien jurídico, haciéndose responsable al sujeto de lo que es propiamente interno, pues la pretendida “finalidad” no puede imaginarse (que no probarse sin asomo de duda razonable) sino en el fuero interior del sujeto (los pensamientos no pagan aduanas)⁴, en el ámbito de sus ideas y su pensamiento, que es una barrera infranqueable para el legislador punitivo, que se precie de ser respetuoso de la igualdad y dignidad de las personas, así como de los principios constitucionales que rigen el moderno derecho penal, y que no echa mano del mecanismo más severo de control social con el que cuenta, para sancionar pensamientos o intenciones que sólo transcurren en el mundo de las ideas de cada persona, y que no conllevan por tanto, riesgo alguno de ofensividad, ni la puesta en peligro de algún bien jurídico que sea de apreciarse con una

⁴ Como recuerda el mismo Polaino, se expresa en la tradición germánica. *Ibidem*, pag. 302.

materialidad inobjetable, especialmente cuando el bien jurídico tutelado por el tipo penal que se tilda de inconstitucional, lo constituye “la salud pública”, con lo que se pretende salvaguardar un bien de naturaleza supraindividual y colectiva, en donde es más que dudosa su afectación o puesta en peligro, abstracto o concreto, mediante la “comprobación” inferencial más o menos establecida, de la “finalidad” que subyace en el fuero interno del autor, sin acto ejecutivo alguno que plasme el inicio de la tentativa (principio de ejecución) de una de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal.

En base a estos principios, es claro que no puede tener asidero constitucional ni justificación legal alguna, la punición *–además con penas tan elevadas y bajo el epígrafe de un delito grave–* de las conductas de tenencia de estupefacientes “con fines”, donde ni siquiera ha dado comienzo de ejecución la conducta reputada como peligrosa y aflictiva para el bien jurídico en los delitos contra la salud, y muy especialmente, cuando el núcleo de la prohibición no entraña una conducta material y objetivamente precisa, sino la finalidad del autor, que se deduce por indicios como la cantidad de droga que mantiene en posesión y otros semejantes, pues con ello se esta basando la antijuridicidad de la conducta únicamente en la intención (supuesta) del sujeto de realizar algo en el futuro, deducida además de datos indiciarios y no incontestables que ha ido

estableciendo la Jurisprudencia,⁵ y que casi nunca garantizan certeza alguna de la finalidad que se pretende acreditar para fundar una sentencia de condena, pues su manipulación y falsificación hipotética, además de su escaso valor para la “acreditación” de la actitud interna del sujeto que posee la droga, conllevan tan sólo inseguridad jurídica en la aplicación de los tipos penales y en la determinación de las responsabilidades que aparejan como consecuencia de su actualización.

Además, es más que dudosa la constitucionalidad de la construcción de un *sistema de presunciones* con base en las circunstancias que a menudo, y a gusto de cada órgano jurisdiccional, se utilizan para dar por acreditada la finalidad, irrespetando incluso el valor PREPONDERANTE de la cantidad con base a las establecidas en el Apéndice Uno del Código Penal Federal, para la apreciación de la modalidad de tenencia simple del artículo 195 bis, pues es el único referente legal que podría tomarse en consideración para determinar en qué casos específicos, la cantidad de droga entraña presumiblemente la finalidad que requiere el tipo de “posesión con fines” y en qué otros da lugar tan sólo a una posesión simple del diverso numeral 195 bis.

⁵ . MENDOZA BUERGO, BLANCA. *El Derecho penal en la Sociedad de Riesgo*, pag. 103 nota 238 *in fine*, 1ª. Edición, Civitas, Madrid, 2001.

Concluyendo sobre la evidente penalización de un delito que no tiene como referente una conducta humana exteriormente manifestada, es claro que con este tipo de tipificaciones, se adelanta el umbral de la punibilidad de tal manera, que el Estado comienza a incidir conculcando garantías, en el substrato espiritual e intelectual de las personas, que no puede ser la base que de contenido material a lo antijurídico y, por consecuencia, al mandato de determinación que la norma penal dirige al ciudadano, pues se omite cumplir con la exigencia de la *lex certa y stricta*, al no establecer la materia de la prohibición, sobre la existencia de una conducta, o si se quiere al menos, una resolución manifestada al mundo fáctico, y que suponga ya, sin tener que recurrir a indicios y pruebas de elementos subjetivos, al menos la posibilidad de surgimiento del peligro para el bien jurídico que se pretende tutelar, pues es claro que aquello que el sujeto desea hacer con la droga, transcurre en su fuero interno, barrera infranqueable para el poder penal estatal.

2.- LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Implicaciones en el delito de CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON LA FINALIDAD DE EFECTUAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194.

En este punto es necesario detenerse a considerar sobre una infracción más de carácter constitucional, que se

produce con la tipificación del delito en análisis. Nos referimos al principio de presunción de inocencia.

En efecto, la incriminación que efectúa un tipo penal como el que es nuestro objeto de estudio y análisis dogmático, en el que falta precisamente una conducta o hecho a la cual hacer referencia para la pretendida “finalidad”, siquiera con carácter de principio de ejecución, que entrañe la comisión de alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, conlleva una clara vulneración a la presunción de inocencia, que si bien tampoco se expresa de manera explícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye un paradigmático ejemplo de que no por ese hecho, deja de tener vigencia y rango de garantía individual, en semejanza a como se argumentó en ocasión de la sostenida vigencia y validez del principio de culpabilidad y del derecho penal del hecho. Así lo ha determinado ya el Pleno de nuestro más Alto Tribunal en el siguiente precedente:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Agosto de 2002

Tesis: P. XXXV/2002

Página: 14

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los

artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado".

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

No pasa desapercibido que el principio que traemos a colación, tiene vigencia mayor en el ámbito de las garantías procesales que asisten al individuo, donde se exige de un mínimo de actividad probatoria ⁶ que sea apta e idónea para destruir la presunción de inocencia. Sin embargo, el adelantamiento que se efectúa en la criminalización de circunstancias que transcurren en el fuero interno del autor del delito, nos lleva a concluir que se infringe la presunción de inocencia, pues si ya para el legislador es suficiente como materia del injusto penal, el pensamiento del individuo, que no puede ser constatado con medios empíricos, es claro que considerando circunstancias tales como que “la cantidad y demás circunstancias del hecho” para de ello inferir la existencia de la intención que el tipo en análisis reclama como penalmente sancionable, se quiebra la presunción de inocencia al subvertir el contenido del pensamiento en una condición del injusto inculparable.

3.- LA UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA DE INDICIOS O CIRCUNSTANCIAL PARA LA ACREDITACIÓN DEL CUERPO DEL

⁶ Así, JAEN VALLEJO, MANUEL: La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia Constitucional, pag. 74, Ed. Aka/Ure, Madrid, 1987.

DELITO. La fácil manipulación de las circunstancias de comisión y el valor preponderante que destaca en la cantidad de narcótico la jurisprudencia.

La consecuencia natural de lo anterior, es que ante la evidente dificultad de que en el plano procesal, se perciba por prueba apta e idónea un dato con tan marcado contenido subjetivo, se tenga que recurrir a “inferencias” cuya puridad lógica y concluyente significación, son las más de las veces, muy escasas y que no debieran ser suficientes para efectuar el juicio del reproche que entraña la culpabilidad como antecedente de la pena a imponer.

El establecimiento de un tipo penal como el que se tilda de inconstitucional ocasiona que la prueba de la pretendida finalidad, no sea posible más que por un medio de dudosa efectividad para lograr la certeza del contenido de la voluntad, que en el caso a estudio no es exclusivamente el dolo típico que como parte del tipo subjetivo, debe acompañar normalmente a cualquier figura de delito, entendido como conocimiento y voluntad de efectuar la parte objetiva del delito en cuestión, sino que en el caso que nos ocupa, la pretendida “finalidad” sobre el narcótico que se mantiene en posesión, constituye el NÚCLEO de la propia prohibición, con lo que provisionalmente y a pesar de no serlo, vendría a tener valor equivalente al comportamiento típico.

Nos referimos a la prueba de indicios que por su naturaleza es indirecta y altamente falible, y es el medio de prueba del que comúnmente se echa mano para acreditar la voluntad que requiere el tipo en cuestión, lo que simple y sencillamente lleva a un callejón sin salida que nos ubica en la frontera del delito de sospecha, que es también contrario al principio de culpabilidad e incompatible con la función de garantía de la tipicidad y el principio de legalidad.

Lo anterior es así, porque a través de la prueba de indicios o circunstancial, no es posible, por ser indirecta, constatar plenamente un elemento subjetivo específico como el contenido en el tipo penal de “posesión con fines” del artículo 195 párrafo primero, ya que a lo más podrá existir el convencimiento personal del juez de su existencia, con lo que en definitiva y en honor a la verdad, de *lege lata*, se admite la posibilidad de que se den por probados determinados indicios en su realidad concreta, y que a partir de ellos se fundamente una condena sin que se haya eliminado completamente el riesgo de divergencia entre el contenido de la convicción judicial y la realidad efectivamente acaecida, ante el elevado peligro de que los indicios, no obstante su existencia, indiquen precisamente la hipótesis contraria a la que se pretende acreditar (una finalidad diversa a la de realización del alguna conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal Federal), como no sin poca frecuencia viene a ser el consumo estricto

personal o entre grupos de personas adictas y no la pretendida finalidad que el tipo requiere.

Y para muestra de lo anterior, basten dos indicios que son frecuentemente utilizados por el juzgador para acreditar la pretendida finalidad, como son el **lugar** y la **forma** en que es asegurado el narcótico, cuyo valor probatorio es altamente equívoco y falsamente utilizado sin inferencia lógica alguna, para acreditar la pretendida finalidad, cuando lo cierto es que su valor es altamente falsificable y perceptivo de la hipótesis contraria a la que se pretende acreditar.

Por lo que toca al lugar, se dice con no poca frecuencia que si al activo se le ubica con la droga en “la vía pública”, de este dato incontestable es posible derivar la finalidad. De inmediato surge en el más mínimo sentido común, el por qué no se razona de manera inversa con igual o mayor validez, pues resulta hasta notorio que el fenómeno de la distribución de narcóticos en pequeña escala, opera bajo el manto favorable de la clandestinidad, de la cual no puede formar parte la “vía pública”. Dicho de otro modo, con los mismos argumentos que se utilizan para otorgar valor inferencial al lugar (vía pública) en que se descubre la posesión del narcótico, es posible efectuar el juicio contrario, esto es, que la droga estaría

destinada, no a realizar una de las conductas que previene el artículo 194 del Código Penal Federal (transporte, venta, compra, suministro, etc.), sino al consumo personal y estricto del agente, pues con la misma ligereza puede afirmarse que las conductas que entrañan la modalidad agravada, no puede pensarse lógicamente que se pretendan realizar en plena “vía pública” a la luz de todo mundo, sino que conllevan por lo menos determinado ropaje de ocultamiento en su ejecución.

El segundo dato (forma) contiene inferencias aún más flexibles y manipulables que el anterior. En efecto, es frecuente el argumento de que si la droga se encuentra separada en pequeños envoltorios, ello indica que la intención del poseedor era su posterior distribución o tráfico. Pero de inmediato vuelve a emerger con mayor fuerza la hipótesis contraria pues . . . ¿Acaso no es también y aún más frecuente, que el adicto o usuario de la droga la adquiera en dosis separadas para su consumo personal?

Lo anterior evidencia la fragilidad e incerteza jurídica que provoca la utilización de la prueba de indicios para acreditar una finalidad buscada en el ánimo interno del autor, sobre la base de circunstancias que no indican un propósito concreto, y que dan pauta a cualquier número de orientaciones en la convicción

judicial, siendo práctica frecuente que se tome la que perjudica precisamente al reo, contrariando la presunción de inocencia e inclusive el principio *in dubio pro reo*, que muy a menudo utiliza el juzgador al emitir sus resoluciones.

En consecuencia, es evidente la vaguedad manifiesta que las “otras circunstancias del hecho” tienen para la comprobación de la finalidad específica del autor en relación con la tenencia de la droga, pues resulta claro que dichas circunstancias tienen escaso valor concluyente para la comprobación del dato subjetivo específico que el tipo penal requiere no como contenido del dolo, sino como elemento subjetivo del injusto material, que como ya hemos dicho, difícilmente se puede anclar en la mente del sujeto activo, sino que debe tener como referente inexcusable una conducta humana con sentido en el mundo fáctico, y no con pretendida vigencia en la mente del autor.

Es por ello que cuando el juzgador echa mano de datos circunstanciales tales como “la forma” en que se encontraba distribuida la droga (pequeños envoltorios), derivando de ese dato fáctico el juicio de que “es la forma de distribución a los adictos a su consumo”; así como “el lugar” en que se incautó siendo éste “la vía pública”, ello no puede tener valor indiciario para desprender la verdad que se busca sobre la pretendida finalidad que el tipo sanciona más

severamente, pues por lo que hace a la primera circunstancia, igual valdría decir lo contrario, esto es, que dicha forma de presentación del narcótico (envoltorios), es la que se presenta cuando comúnmente se adquiere por parte de los fármacodependientes y en esas condiciones, el hecho de que el narcótico se encuentre distribuido en pequeños envoltorios, no proporciona un dato fáctico incontrovertible y probado para desprender del mismo un indicio que sirva a la acreditación de la finalidad prohibida, pues razonar lo contrario implica proceder de manera dogmática en la apreciación de una circunstancia de la que no puede desprenderse, por sí ni a través de un razonamiento silogístico, la finalidad que el tipo requiere para su configuración.⁷

Respecto al lugar (vía pública), es evidente que tal circunstancia nada aporta a la finalidad, ni permite establecer un nexo de causalidad entre la posición espacial del autor en específico y la ultraintención de efectuar alguna conducta del numeral 194 del Código Penal Federal, pues no aparece que el lugar sea condicionante del propósito delictivo, y por ende, no puede inferirse del dato objetivo del lugar en que se posee la droga, una finalidad ulterior de las que requiere el tipo, ya que ese dato circunstancial no aporta un suceso

⁷ . Al respecto, es más que ilustrativo el juicio de Blanca Mendoza Buergo, al criticar el problema que plantea la prueba de la voluntad del sujeto de destinar la droga a alguno de los fines que el tipo prohíbe, expresando: *Entre otros indicios, el de encontrar la droga distribuida en bolsitas, papelines o papel aluminio, dato del que, por sí sólo, no puede en absoluto deducirse sin más el destino ulterior al tráfico, pues el sujeto pudo haberla adquirido así, o almacenarla de modo ya fraccionado para su consumo posterior.*

que pudiera engarzar en un enlace lógico, con la finalidad de cometer alguna conducta del mencionado artículo 194.

Lo anterior son sólo ejemplos de el escaso valor incriminante que tienen los datos circunstanciales para la efectiva comprobación de la intención específica que el autor guarda en su fuero interno, con relación a la droga que mantiene en posesión, y las arduas e irresolubles dificultades que proporciona la comúnmente utilizada prueba de indicios, que quiere efectuar un salto al vacío, al pretender justificar la utilización de una operación lógica para derivar de datos del mundo exterior y empíricamente constatables, abstracciones o entelequias que transcurren en el mundo interior del sujeto y que no gozan de esa comprobación empírica.

En fin, otras “circunstancias del hecho” de las que frecuentemente se echa mano por los jueces para acreditar por la vía inferencial la existencia del elemento típico de la “finalidad” y que gozan de las mismas críticas anteriormente expresadas, por carecer del valor suficiente para efectuar un razonamiento con arreglo a las reglas de la lógica y el saber empírico humano que conlleven alcanzar la convicción de que existió la finalidad que el tipo en cuestión, inconstitucionalmente pretende penar, son las que a continuación se reseñan críticamente:

1.- Circunstancias de tiempo. Son los casos en que se emplea el dato fáctico de que la posesión se efectúe por la noche o en horas que no son hábiles, para ligar ese aspecto a la finalidad de realizar alguna conducta establecida por el artículo 194 del Código Penal Federal. Pues bien, tal aspecto nada puede aportar para acreditar inferencialmente la finalidad agravante en la posesión, pues no se trata más que de una referencia de tiempo inocua, que el tipo penal en cuestión no prevé expresamente, pero además, aún cuando el juez pretenda efectuar una valoración sobre su aptitud en orden al extremo que pretende acreditar, es claro que es indiferente que el sujeto activo posea la droga en la mañana, al medio día o en la noche, pues si lo que se pretende inferir (a falta del razonamiento judicial que explique porqué esa circunstancia de tiempo tiene valor para acreditar la finalidad) es que en la noche es más factible efectuar conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, esa atribución de aptitud resulta más que cuestionable e incomprobada, pues podría igualmente argumentarse que es precisamente en la noche cuando existe mayor vigilancia por parte de las autoridades policíacas, especialmente en las zonas urbanas; de tal manera que un dato de esa naturaleza, por su absoluta equivocidad, no puede ligarse de manera inferencial en un razonamiento inductivo, para acreditar un aspecto subjetivo de la conducta del agente activo de la posesión de droga, pues las conclusiones que se obtengan sobre su verificación, son altamente manipulables para efecto de excusar o incriminar.

2.- Circunstancia de compañía de personas adictas o no adictas al momento de la posesión. Con cierta repetición en las resoluciones jurisdiccionales, se utiliza la circunstancia consistente en que el sujeto activo se encuentre al momento de ser sorprendido flagrantemente en la posesión de la droga en compañía de persona que resultó adicto a las drogas o que por el contrario no sea fármacodependiente. Este dato fáctico basado en dictámenes periciales, se manipula constantemente en perjuicio del reo, para señalar que si el acompañante era adicto al consumo de algún enervante, ello es indicio de que la finalidad de la posesión era efectuar alguna venta o suministro del narcótico al acompañante.

A la inversa, si el sujeto acompañante del poseedor no era adicto a la droga, ese dato se emplea para desestimar la modalidad privilegiada del delito contra la salud que establece el párrafo segundo del artículo 197 del Código Penal Federal que señala:

“Al que indebidamente suministre gratis o prescriba a un tercero, mayor de edad, algún narcótico mencionado en el artículo 193, para su uso personal e inmediato, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de cuarenta a ciento veinte días multa. Si quien lo adquiere es menor de edad o incapaz, las penas se aumentarán hasta en una mitad.”

Pero es el caso que el único caso en que la circunstancia de acompañamiento personal al sujeto activo de otra u otras personas, adictas o no al narcótico específico, no puede utilizarse como dato de comprobación en unión de otros más y del preponderante de la cantidad de droga asegurada, si en el sumario de lo actuado no aparece formalmente como prueba testimonial rendida con las formalidades de ley. Es decir, es necesario que el acompañante vierta testimonio en relación a los hechos ocurridos para que en base a su deposado, pueda constatarse el motivo real de su presencia en el lugar del aseguramiento y su relación específica con el detentador la sustancia ilícita.

Sin embargo, debe señalarse que para el caso de que el testigo acompañante afirme en formal diligencia que el sujeto activo pretendía venderle o suministrarle la droga y exprese la razón de su dicho, por lo que hace al antijurídico que se analiza (artículo 195 párrafo primero), éste ya no se tipificaría, pues tendría necesariamente que dar paso al delito de TENTATIVA DE VENTA O SUMINISTRO DE NARCÓTICO, previsto y sancionado por el artículo 194 en relación con el 12 del Código Penal Federal, pues ya existiría prueba material de un verdadero principio de ejecución de la conducta (esta sí material y fácticamente acreditable) que previenen los artículos citados, y no de una finalidad inmersa en el mundo subjetivo del autor,

con lo que se evidencia la ineptitud de una circunstancia de esta naturaleza para acreditar la tipicidad del delito de posesión “con fines”.

En conclusión, resulta que lo único cierto y fuera de duda, es que un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones diametralmente opuestas y que también, bajo la pretendida apreciación inferencial de los datos que concurren al hecho, ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas, siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional. Por ello, es pertinente recordar el parecer de *Mittermaier* en su obra **“Tratado de la prueba en materia criminal”** cuando señala:

“cada prueba, cada hecho del que se deduce la prueba, produce, pues, como hemos dicho, un movimiento en la conciencia humana: movimiento que varía de intensidad según los individuos. Compárese un Juez de imaginación viva con otro habituado a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado sería muy distinto”⁸

La cuestión de inconstitucionalidad es evidente: se vulnera abiertamente la garantía de seguridad jurídica o de igualdad cuando se admite que dos supuestos idénticos pueden tener

⁸ Citado por RAGUES I VALLES, RAMON: El dolo y su prueba en el proceso penal, pag. 270 nota 743, 1ª. Ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999. Quien además agrega con puntualidad que: *se admite la posibilidad de que se den por probados determinados hechos y que a partir de ellos se fundamente una condena sin que se haya eliminado completamente el riesgo de divergencia entre el contenido de la convicción judicial y la realidad efectivamente acaecida. Ibidem, pag. 269*

dos soluciones correctas en función de la personalidad de quien los enjuicia, lo que viola además los principios lógicos elementales de “no contradicción” y del “tercero excluido”

Y aún más, el recurso a la convicción judicial formada mediante la prueba de indicios, ostenta graves deficiencias de legitimidad en la condena por un tipo penal como el cuestionado

En efecto, la insuficiencia viene dada por el hecho de que difícilmente puede considerarse compatible con la dignidad de la persona humana, aplicar a alguien una sanción para generar determinados efectos (pretendidamente) benéficos (que más bien son simbólicos) para la colectividad, sin que exista la plena seguridad de que el sujeto haya tenido la “finalidad” típica. Ello es tan evidente, que la propia formulación del valor probatorio que el Código Federal de Procedimientos Penales concede a la construcción de la prueba de indicios, no deja lugar a otra interpretación cuando en el artículo 286 se expresa sin empacho alguno que:

“Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.”

La conclusión obligada en orden a la flagrante violación a la garantía expuesta de dignidad de la persona y de

seguridad jurídica, descansa sobre el hecho de que, al confiarse la última palabra sobre la prueba de indicios a la convicción judicial se admite, de modo **más o menos** explícito, que toda condena significa y entraña la posible instrumentalización del individuo, ante la sola probabilidad, que no certeza, de su culpabilidad, y especialmente cuando como en el caso a estudio, lo que se pretende dilucidar como verdad formal y forense que se busca, es algo que solo tiene cabida en la insondable alma humana, esto es, una intención, una idea, un propósito, y no un hecho material buscado a través de inferencias lógicas derivadas de circunstancias que contiene hechos de la misma naturaleza que aquél que se pretende establecer, es decir, algo que atañe al mundo de la facticidad y no al mundo de las ideas.

En conclusión, las circunstancias de que a menudo echa mano la jurisprudencia, no son ni remotamente reglas de experiencia de vigencia incontrovertida y empíricamente comprobadas, por lo que no pueden servir de premisa mayor en el razonamiento silogístico que derive en la conclusión de que el sujeto tuvo la finalidad de efectuar alguna conducta prevista en el artículo 194, con la droga cuya tenencia se le atribuye.

Considerar lo contrario, es tan solo caer en la arbitrariedad y el acaso, tratando de afirmar certeza donde solo existe probabilidad, y encarnar la crítica que en su día hiciera **Framarino dei**

Malatesta, al indicar que tal proceder sirve “ . . . *de cómodo sillón a la pereza, que incita a descansar en él con el pretexto hipócrita de una buena conciencia*”.⁹ Por tanto, es precisamente este margen de error el que debería llevar a renunciar a la prueba de indicios en la determinación de fenómenos psicológicos, por su deliberada falta de aptitud e idoneidad para tales extremos.

Pero además, de nueva cuenta, el método probatorio empleado fracasa al pretender inferir de datos circunstanciales, no la real presencia de una conducta o hecho que entrañe una manifestación de voluntad expresada en un movimiento corporal externo ligado causalmente a un resultado e imputable de manera objetivo a su autor como su obra, sino un dato todavía más controvertible como lo es la voluntad del sujeto, que es finalmente lo que se sanciona.

En este orden de ideas, el empleo de cuestiones accesorias y sin significado propio en orden a la voluntad real del agente de que se viene echando mano por nuestros tribunales para acreditar el dato subjetivo del propósito o finalidad del agente en relación a la posesión del narcótico, tales como la *cantidad*, el *lugar*, la *presentación del narcótico*, la *condición o no de fármacodependencia del poseedor*, todos ellos son datos que, son de suyo insuficientes para integrar la prueba circunstancial y destruir la presunción de inocencia.

⁹ . *Ibidem*, pag. 27

En efecto, para que la prueba de indicios tenga el valor que la ley procesal penal le confiere, es necesario cuando menos que se den los siguientes requisitos, como atinadamente lo expresa Jaén Vallejo:¹⁰

a).- “La prueba de indicios ha de partir de hechos plenamente probados;

b).- los hechos constitutivos del delito deben deducirse de esos hechos a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano;

c).- si los mismos hechos permiten diversas interpretaciones, el Tribunal debe razonar por qué elige la que estima probada:

d).- estos criterios rigen también respecto de los dichos del inculgado”.

Es evidente que el punto b).- no puede tener actualización al utilizar el razonamiento inferencial o prueba de indicios, para la acreditación del elemento subjetivo de la “finalidad”, porque los datos que se toman en consideración para efectuar la inferencia lógica en el tipo a estudio, no se refieren a ningún hecho delictivo sino a la mera sospecha in comprobada e improbable por vía de la indiciaria, de la finalidad del autor que transcurre en su aspecto espiritual y en el espacio de sus pensamientos, es decir, no se

¹⁰ . Op. cit., *La presunción . . .*, pag. 55

trata de la acreditación de un “hecho” sino de una “idea” o al menos, de un dato puramente “psíquico”.

En conclusión, pretender aplicar una pena sin la existencia de actos materialmente perceptibles y comprobables que entrañen al menos un principio de ejecución del delito que se pretende atribuir, conlleva la criminalización de voluntades e intenciones no verificables con certeza absoluta, y conculcan el derecho a la presunción de inocencia, pues resultara que el activo en todo caso, tendrá la necesidad de comprobar, ante el cúmulo (si es que se llegan a verificar) de indicios que rodean circunstancialmente su posición frente al tipo penal, que “no tenía la intención” de verificar con la droga que posee, alguna de las conductas del artículo 194 del Código Penal Federal, lo que desde luego únicamente le es dable demostrar mediante su propio dicho, el cual se encuentra condenado por una arraigada práctica judicial, a estimarse como producto de “aleccionamiento o reflexiones defensivas”, sin ulterior comprobación de tales extremos, ni precisión de los elementos de prueba que obren en el sumario que determinen dicha estimación, o bien, como una confesión calificada divisible.

No es posible la justificación de la relajación del campo de la prueba, conculcando la presunción de inocencia, en

orden a combatir “epidemias delictivas”,¹¹ si no se quiere caer en un efectivismo penal injustificado y en un empleo pernicioso del derecho penal como instrumento de seguridad a futuro y no como el último mecanismo de protección de bienes jurídico penales contra ataques que en el mejor de los casos son de naturaleza futura. La creciente desformalización y flexibilización¹²39 en la exigencia de la prueba y su plenitud, conduce únicamente a traicionar los principios del derecho penal liberal del Estado de derecho y debilita la confianza del justiciable en los aparatos de procuración y administración de justicia.

Por último, debe señalarse que en definitiva, la jurisprudencia se ha decantado por dar carácter preponderante al dato fáctico de la CANTIDAD de droga que se encuentra en posesión del sujeto activo, para desprender la comprobación de la finalidad típica exigida en el delito objeto de nuestro estudio.

Por último, debe señalarse que en definitiva, la jurisprudencia se ha decantado por dar carácter preponderante al dato fáctico de la CANTIDAD de droga que se encuentra en posesión del sujeto activo,

¹¹ Así, Angel Torío. Citado por Mendoza Buergo, Blanca, Op. Cit. Pag. 109.

¹² Son los términos que utiliza Mendoza Buergo, para hacer referencia al relajamiento que sufren diversos principios y categorías del derecho penal y procesal penal, en aras de un derecho penal de la seguridad, de cuyas estrategias forma parte sin duda alguna, el establecimiento de tipos penales que pretenden incriminar el fuero interno del sujeto, adelantando la punibilidad a cuestiones que transitan en la fase subjetiva del *iter criminis*. Op. cit., pag. 92 y ss.

para desprender la comprobación de la finalidad típica exigida en el delito objeto de nuestro estudio.

Sin embargo, el problema ha sido la variabilidad de criterios sobre el *quantum* o la frontera que indica la diferencia entre la posesión simple y la posesión “con fines”, cuando no se da, en el peor de los casos, un sin número de resoluciones que ignora el jurisprudencialmente determinado carácter PREPONDERANTE de la cantidad, para convertir verdaderos casos de posesión simple o más grave aún, de posesión para estricto consumo personal del adicto, en posesiones “con fines” con las graves consecuencias de penalidad y procesales que conllevan para el autor.

Por ello, destaca el criterio que nos parece más atinado, sin perder de vista la relatividad del dato fáctico de la cantidad por las razones ya apuntadas, para la determinación de la supuesta “finalidad” que entrañan los siguientes criterios:

Novena Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Marzo de 1999

Tesis: XX.1o.120 P

Página: 1461

“SALUD, DELITO CONTRA LA POSESIÓN DE NARCÓTICOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA CANTIDAD POSEÍDA EXCEDA DEL MÁXIMO QUE CONTEMPLAN LAS TABLAS DEL APÉNDICE 1 DEL CITADO ORDENAMIENTO, BASTA PARA CONSIDERAR QUE LA POSESIÓN TIENE COMO FINALIDAD REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL DIVERSO ARTÍCULO 194. Para la demostración del elemento subjetivo consistente en la finalidad de la posesión del narcótico, que requiere el artículo 195 del Código Penal Federal, es preponderante la cantidad del narcótico materia del delito, pues tal dato fue atendido por el legislador en el artículo 195 bis, para que pudiera o no considerarse como destinado a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, a fin de que el juzgador, en aquellos casos en que la cantidad de droga poseída no excediera de las que señalan las tablas del Apéndice 1 del citado ordenamiento, apreciando las demás circunstancias, determinara si los hechos materia de la consignación o acusación son constitutivos de la posesión genérica de narcóticos prevista por el referido artículo 195, o bien de la posesión atenuada descrita por el diverso numeral 195 bis del propio código. Sin embargo, cuando la cantidad del narcótico rebasa el máximo previsto por las tablas contenidas en el Apéndice 1 invocado, ello por sí solo basta para considerar que la posesión tiene como objetivo la realización de alguna de las conductas previstas en el artículo 194, pues de otra manera no se hubiesen fijado en las tablas referidas cantidades límite”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 309/98. Arlindo Amaury Rivera Velázquez. 24 de septiembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Alcántara Moreno. Secretario: Javier Alfredo Cervantes Gutiérrez.

Novena Época

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: III, Enero de 1996
Tesis: XXIII.5 P
Página: 351

“SALUD, DELITO CONTRA LA. PARA LA DEMOSTRACION DEL ELEMENTO SUBJETIVO CONSISTENTE EN LA FINALIDAD DE LA POSESION DE NARCOTICOS A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 195 DEL CODIGO PENAL FEDERAL, TIENE VALOR PREPONDERANTE LA CANTIDAD DEL MISMO. Para la demostración del elemento subjetivo consistente en la intención volitiva pretendida por el activo del ilícito contra la salud en la modalidad de posesión de narcóticos prevista y sancionada por el artículo 195 del Código Penal Federal, son preponderantes los datos que puedan desprenderse o inferirse de las circunstancias concretas de comisión de la conducta, las condiciones, estado, conformación del narcótico materia de dicha conducta y especialmente, la cantidad de ésta, pues los datos señalados fueron considerados por el legislador en el artículo 195 bis, para que pudieran o no considerarse como destinados a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, para que el juzgador, en cada caso, en uso del arbitrio judicial que le confiere el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales y demás disposiciones aplicables, tomando en cuenta la cantidad del narcótico materia de la conducta y las demás circunstancias del hecho, determine si los hechos materia de la acusación son constitutivos de la posesión genérica de narcóticos prevista por el artículo 195 del Código Penal Federal o de la posesión atenuada descrita por el artículo 195 bis del propio Código, para lo cual constituye un dato relevante el que la cantidad del narcótico rebase el máximo previsto por las tablas contenidas en el Apéndice 1 del artículo 195 bis del Código Penal Federal, cuando se trate de narcóticos en ellas comprendidos”.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 695/95. Pascual Ibarra Juárez. 25 de octubre de 1995. Unanimidad de votos.
Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretario: David Espejel Ramírez.

Novena Epoca

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Julio de 1995

Tesis: VII.P.10 P

Página: 215

“ARTICULO 195 BIS DEL CODIGO 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”.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 483/94. Avelino Lavidá Pedro. 25 de mayo de 1995. Unanimidad de votos.
Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretario: Nicolás Leal Salazar.

No obstante lo anterior, es evidente la contradicción de que adolece el primer criterio jurisprudencial transcrito, pues en el rubro se señala que basta para la comprobación de la finalidad de realización de alguna conducta del artículo 194, que la cantidad exceda de las Tablas del Apéndice I del Código Penal Federal, agregando en el texto del criterio que el dato es

preponderante. Si “basta” para la comprobación del dato subjetivo, ello quiere decir que no es “preponderante” sino “concluyente”.

CAPITULO TERCERO

“LAS TRAGEDIAS DOGMÁTICAS” EN EL DELITO DE POSESION “CON FINES”.

1.- EL ASPECTO DE LA TENTATIVA.

2.- LA IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERAR AL DELITO DE POSESIÓN “CON FINES” COMO TIPO DE PELIGRO. Estudio jurisprudencial.-

3.- LA IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERAR AL DELITO DE POSESIÓN “CON FINES” COMO DELITO DE RESULTADO COARTADO O CONSUMACIÓN ANTICIPADA. Estudio jurisprudencial.

4. GLOSARIO JURISPRUDENCIAL. Cuestiones pendientes de resolver por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1.- EL ASPECTO DE LA TENTATIVA.- Independientemente de los motivos de inconstitucionalidad que se han señalado, correspondientes a la conculcación que el tipo penal en análisis implica a insoslayables principios del derecho penal democrático, es claro que ocurren otras “tragedias” ¹ de orden estrictamente dogmático, de las que la más sensible representa la difuminación de la distinción entre *conductas preparatorias, tentativa y conductas consumadas*, lo que sólo conlleva la clara disminución de los requisitos para la punibilidad de una conducta, la merma en las posibilidades de una defensa adecuada y el control de las decisiones de los jueces mediante la utilización de los criterios dogmáticos.

En este orden de ideas, si el límite mínimo infranqueable de lo antijurídico se concibe en el derecho penal con el sustrato de la

¹ El término que empleamos (tragedias dogmáticas) nos parece el que mejor ilustra la extensión de la idea que pretendemos sostener, y es utilizado magistralmente por la profesora española Blanca Mendoza Buergo. *Op. cit.*, pag.

tentativa de delito,² no se comprende como es posible que se incriminen conductas tales como la posesión “con fines” de efectuar alguna conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal Federal. Al efectuar este tipo de tipificaciones legales, el legislador difumina la distinción dogmática que en el *iter criminis* se plasma básicamente en dos esferas: la interna y la externa, de la cual es postulado del derecho penal universal que no es posible sancionar las fases que abarca la primera (ideación, deliberación y resolución) ya que el campo de lo ilícito no se revela, sino desde el momento en que, si acaso, se ha manifestado la resolución del delito en ocasión de efectuar “actos” que entrañen un principio de ejecución y un comienzo de afectación o peligro para el bien jurídico tutelado.³

² Al respecto, es ilustrativo transcribir el pensamiento de Elena Farre Trepát (donde hace suyo a su vez el de Santiago Mir Puig) cuando toma posición sobre la naturaleza del delito tentado y señala: “Ésta constituye precisamente una de las exigencias que impone un Derecho Penal que corresponde a un Estado democrático, en el cual el objeto de la prohibición no podrá ser una decisión de voluntad contraria a los bienes jurídicamente protegidos, sino una conducta externa, ya que el ámbito que se persigue regular no constituye el fuero interno de los individuos sino los procesos de interacción social. Puesto que el Estado no tiene como misión el probar la obediencia de sus ciudadanos, ni tampoco, por lo menos directamente, el pretender conformar voluntades respetuosas en relación a los bienes jurídicamente protegidos, <el núcleo de lo injusto no ha de consistir...en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir. Un tal Derecho Penal sólo puede prohibir conductas que aparezcan objetivamente peligrosas para los bienes que se desean proteger. No se prohíbe en el sentido de un juicio de desvalor jurídico a la acción delictiva como expresión de su desobediencia al Derecho, sino a causa de las posibilidades reales que en ella se contiene de lesión del bien jurídico”, *La Tentativa de Delito*, pag.35, Librería Bosch, Barcelona, 1986. (el subrayado es nuestro).

³ Así la mayoría de la doctrina, véase en este punto la bibliografía y jurisprudencia que proporciona Porte Petit Candaudap, Celestino, *Programa de Derecho Penal*, pags. 741-743, 3ª. ed., Ed. Trillas, México, 1990. Farré Trepát, Elena, *Op. cit.*, pag. 138 y 139. Inclusive, dichas tesis por su importancia, son dignas de invocarse: **TENTATIVA**. La ley establece que la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por otra parte, el campo de las meras intenciones escapa de la órbita de lo jurídico, a menos que a la intención sigan actuaciones que revelen, de manera indubitable, su vinculación unívoca con el delito. Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Primera Sala, Segunda Parte, Tomo X Página: 125. **TENTATIVA**. Mientras el **designio criminoso** del sujeto no se materializa en sucesivos actos de ejecución que constituyan el núcleo central del delito, su conducta no puede ser punible, porque el juzgador se apartaría del criterio jurídico de que el delito es, ante todo, conducta objetiva, además de la subjetiva del autor; y si el comportamiento desplegado por el acusado hace ostensible el deseo de cometer el delito, pero no seguido de actos materiales tendientes a su consumación, resulta incuestionable que la deliberación a que sujetó el imputado su propio comportamiento, ponderando las consecuencias jurídicas de llevarlo a término, esto es, el desistimiento en la **tentativa** del tipo

Es por ello que a nadie se le ocurriría negar la existencia de una conducta prevista en el artículo 194 (comercio <compra o venta>, tráfico, suministro, transporte) en grado de tentativa, cuando el agente exterioriza su resolución de cometer el delito, realizando en parte o totalmente los **actos ejecutivos** que deberían producir el resultado, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, como lo establece en su definición de delito intentado el artículo 12 del Código Penal Federal. Aquí es evidente que ya podemos hablar de unos actos que llevan *per se* un contenido de injusto específico, por su peligro abstracto, pero objetivo para el bien jurídico tutelado de la salud pública, pero si lo que se pretende criminalizar es la voluntad interna del sujeto o la especial

perseguido, conducen a establecer que no se dieron los elementos constitutivos del delito en **grado de tentativa**. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXIX, página: 3124 **TENTATIVA**. El propósito o la intención de delinquir, cuando no pasan de eso, son cosas de las que la Ley Penal se desatiende, y sólo las castiga cuando ese propósito o intención de delinquir son seguidos de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, pues entonces estamos frente a la **tentativa punible** señalada por el artículo 12 del Código Penal. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, Tomo CXIX, Página: 2596. (el subrayado es nuestro)

disposición anímica en relación con la posesión de la droga,⁴ vulneramos la frontera de lo antijurídico y caemos irremisiblemente en el derecho penal de autor, que sólo es propio de algunos sistemas penales totalitarios, produciendo en el agente activo, graves aflicciones de su libertad personal y su dignidad humana, al pretender indagar aspectos de orden psicológico como “la finalidad”, que transcurre exclusivamente en su mente, y que además es más que dudosa su plena acreditación, al basarse en la íntima y subjetiva convicción del juez, envuelta en la duda de datos objetivos que no son incontestables, con lo que se recorre injustificadamente el límite mínimo de lo injusto, transgrediendo los más elementales principios del derecho penal moderno, llevando la frontera de la intervención punitiva estatal, al ámbito interno, espiritual e ideal de la persona humana

Un Estado que pretende verificar con los medios de prueba que proporciona el derecho procesal penal, el estado de la conciencia de un ciudadano, para asociarle como consecuencia jurídica una pena de tal entidad que no le permitirá recuperar su libertad bajo ningún substitutivo o beneficio penal,

⁴ Así lo indica Cornelius Nestler al señalar: “No obstante, aun en el caso de que se haya planeado un delito, con la sola posesión todavía no se ha alcanzado el estadio de la tentativa”. *La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y sustancias estupefacientes, en La Insostenible situación del Derecho Penal*, pag. 66, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt-Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Ed. Comares, Granada, 2000.

traiciona el contenido de su Norma Fundamental, al violar abiertamente la intimidad de las personas y su igualdad, con el pretexto de anticiparse a la comisión de conductas delictivas que pretendidamente y sin comprobación empírica verificable, afectan a la salud pública, cuya prueba de actitud interna del sujeto no es verificable por medios científicos, y que a lo más se establece mediante probabilidades basadas en criterios altamente manipulables de manera radical entre la inocencia y la responsabilidad, y que además para colmo, implican una expresión, esta sí cognoscible por medio de la sentencia, de una actitud subjetiva de convencimiento del juez en turno, lo que no conlleva seguridad jurídica de ninguna especie, en un campo jurídico que reserva las mayores aflicciones para el ciudadano que viola la confianza en la vigencia objetiva de las normas que lo componen.

Pero además, tal incriminación resulta a todas luces, frente a la previsión de la tentativa punible de las conductas que previene el artículo 194 del Código Penal Federal, completamente inadecuada y simbólica,⁵ ya que no conduce a una mejor y real

⁵ La función simbólica del derecho penal, la describe Mendoza Buergo, al decir que es el que se presenta como aparente solución del problema por parte del legislador, que promete efectividad pero no la consigue. *Op. cit.*, pag. 55. O bien, como señala Silva, "se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución directa del problema jurídico-penal (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido". *Op. cit.*, pag. 305. Y es evidente que en nuestro sistema de tipificación penal sobre la salud, la introducción de este tipo penal de posesión "con fines", atento a la nula discusión que de su contenido y constitucionalidad provocó en el Congreso

protección del bien jurídico consistente en la salud pública, que por cierto es un bien supraindividual y de contenido difuso, que no se verá afectado por que alguna persona que posea droga, tenga la supuesta intención (*de la cual inclusive pueda quizás desistir activa y eficazmente*) de realizar “alguna” conducta de transporte, suministro, venta, etcétera. En cambio, es evidente que ante la realización de cualquier acto materialmente ejecutivo y que entrañe por ende un principio de ejecución funcionalmente efectivo de afectación al bien jurídico, realizado por el sujeto activo, ya incidirá en el ámbito de lo penalmente prohibido, y será materia de una condena en donde se respete una mínima actividad probatoria apegada a los principios de un garantismo penal inexcusable. Pensar lo contrario implica incurrir en una violación más, esta vez al principio de proporcionalidad que es criterio general del derecho y que se desprende del de igualdad, pues se reacciona con una medida privativa de derechos fundamentales inmensamente aflictiva, en contra de una insuficientemente comprobada voluntad maliciosa, que nunca fue exteriorizada, y que recuerda incluso las comprobaciones del dolo *ex re*.⁶

de la Unión como se vio *supra* Capítulo I, evidencia que su establecimiento es más simbólico que práctico, pues la realidad revela que nada a aportado a la disminución de los problemas relacionados con el uso y abuso de sustancias ilícitas.

⁶ Sobre el dolo *ex re*, es decir, aquel que se comprueba a partir de la naturaleza exterior de la conducta realizada por el sujeto, presumiéndolo a partir de circunstancias externas, lo que en el caso de la posesión con “fines”, derivaría simplemente de la circunstancia objetiva de la mera posesión y otras de carácter circunstancial como la cantidad, la forma de presentación, el lugar, la hora, etcétera. Ragués I Vallés, Ramón, *Op. cit.*, pag. 278.

2.- LA IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERAR AL DELITO DE POSESIÓN “CON FINES” COMO TIPO DE PELIGRO.- Estudio Jurisprudencial.- Así las cosas, y llegados a este punto, resulta que los intentos dogmáticos de justificación sobre la constitucionalidad del tipo penal objeto de este estudio, revelan que no es posible considerar al delito de **POSESIÓN DE ALGUNO DE LOS NARCÓTICOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 193, CON LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL**, como un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada.

En efecto, por delito de peligro en forma general se entiende, aquel en que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro para el bien jurídico.⁷

Históricamente la doctrina ha distinguido entre **delitos de peligro concreto** que serían delitos de resultado en el que éste vendría constituido por la creación de un peligro efectivo para el bien jurídico, mientras que en los **delitos de peligro abstracto**, constituirían una categoría residual de delitos de mera actividad en los que el legislador ha seleccionado y tipificado **determinadas**

⁷ Así los define, Paz M. de la Cuesta Aguado, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, pag. 84, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1988.

conductas por la gravedad que generalmente lleva en sí misma implícita su realización para el peligro o lesión del bien jurídico, pero sin que en el caso concreto sea preciso constatar que efectivamente la conducta presumiblemente peligrosa puso en peligro al bien jurídico, identificándose en algún punto con los delitos de desobediencia.

Ante tal construcción no se hicieron esperar las críticas de la doctrina sobre la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, pues resulta evidente que la presunción de peligrosidad de la conducta no satisface los mínimos de lesividad material que debe reunir una conducta para ser antijurídica y punible y la propia formulación típica adelantada de la lesión del bien jurídico, impide la concreta visualización del mismo, evitando que se cumpla con la función de garantía del tipo penal y sus efectos limitadores, lo que ocasiona una excesiva amplitud del ámbito de las conductas sancionables, lesionando la seguridad jurídica y propiciando una desmedida intervención del poder punitivo en la esfera privada de los ciudadanos, ahí donde opera una presunción de lesividad para el bien jurídico, que de nueva cuenta trae aparejada la violación al principio de presunción de inocencia y de proporcionalidad.

Ahora bien, sobre el particular, nuestros Tribunales han efectuado casuísticos señalamientos, sin establecer una regla general. Así tenemos a guisa de ejemplos los siguientes:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Diciembre de 2003

Página: 1376

Tesis: II.2o.P.118 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“DELINCUENCIA ORGANIZADA. CUANDO CONCURRE ALTERNATIVAMENTE CON UN DELITO ESPECÍFICO, PARA CUMPLIR CON LA DEBIDA MOTIVACIÓN QUE EXIGE EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES NECESARIO DEMOSTRAR QUE LOS SUJETOS ACTIVOS SABÍAN DE SU CONFIGURACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FINALIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Cuando en un hecho delictivo concreto participen diversos sujetos activos, en términos de alguna o varias de las formas previstas por el artículo 11 del Código Penal para el Estado de México, y alternativamente se considere que existe delincuencia organizada como delito autónomo, a fin de satisfacer la garantía constitucional referente a una adecuada motivación a que alude el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con independencia de la comprobación del delito específico que resulte, es menester acreditar la intención de los sujetos (tres o más) de organizarse de manera permanente o reiterada con el propósito **abstracto de cometer delitos y en cada uno la pertenencia voluntaria en esa agrupación, es decir, debe demostrarse que sabían que la configuración y organización de sus asociados era el fin de delinquir, y que su intención fue formar parte de ésta (ya sea habitual u ocasionalmente)**

compartiendo su finalidad, esto es, que estaban dispuestos a participar en delitos aún no determinados específicamente, pues se trata de un delito doloso por excelencia y de **peligro abstracto**".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 231/2003. 11 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo García Torres. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIV, Octubre de 2001

Página: 1151

Tesis: III.1o.P.38 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“OMISIÓN DE CUIDADO, DELITO DE. EL DAÑO A LA VÍCTIMA O SU PUESTA EN PELIGRO NO ES UN ELEMENTO DEL TIPO PENAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COLIMA). A diferencia de otros delitos similares contemplados en distintos ordenamientos punitivos del país, el tipo penal del delito de omisión de cuidado, previsto por el artículo 194 del Código Penal para el Estado de Colima, que a la letra dice: "Artículo 194. Al que no cumpla sus deberes de cuidado respecto a su cónyuge, menores hijos o de cualquier persona incapaz de valerse por sí misma, o abandone a quien hubiese atropellado con un vehículo, se le impondrán de tres días a tres años de prisión y multa hasta por 30 unidades. ...", en su primera hipótesis, se consuma con el solo hecho de no cumplir con los deberes de cuidado respecto al cónyuge, los menores hijos o cualquier persona incapaz de valerse por sí misma, con independencia de que se produzca o no un daño al sujeto pasivo. Se trata de un delito de simple omisión y de **peligro abstracto, en el que el daño a la víctima o su puesta en **peligro** no es un elemento del tipo penal, sino la razón que llevó al legislador a sancionar penalmente la conducta".**

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 112/2001. 14 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Cedillo Orozco. Secretaria: Ana Victoria Cárdenas Muñoz.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XIV, Octubre de 1994

Página: 271

Tesis: I. 2o. P. 203 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“ABANDONO DE PERSONA, NATURALEZA Y CARACTERISTICAS DEL DELITO DE. El delito de abandono de persona a que se refiere el artículo 336 del Código Penal para el Distrito Federal, es de naturaleza continua, cuya consumación es lineal, en cuanto a que todos sus momentos son de comisión, según la actitud omisa del agente, misma que, en **abstracto, pone en **peligro** la integridad física del o los pasivos, y donde a su vez deviene irrelevante el concreto y efectivo riesgo que hayan sufrido”.**

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1158/94. Miguel Aguilar Rubio. 25 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretario: Rafael Remes Ojeda.

Amparo directo 1142/90. Roberto Godoy Morales. 12 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretaria: María del Pilar Vargas Codina.

Quinta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

CXXII

Página: 104

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“DROGAS ENERVANTES. Si la acusada tenía en su poder la droga, en tal cantidad, que crea la presunción fundada de que con la misma realizaba actos de suministro y tráfico, ello implica que tal conducta ilícita ponía en **peligro la salud privada y pública, independientemente de la lesión concreta que haya causado, pues es bien sabido que el contenido del injusto típico está constituido por la lesión concreta que se produce al interés protegido por el Derecho o por el hecho de poner en **peligro** al mismo, tratándose de lo que el Derecho material designa como **peligro abstracto**, pues en ilícitos de la categoría del inculpativo, la simple posesión agota el tipo delictivo, sin que sea necesaria la lesión concreta del bien jurídico que protege”.**

Amparo penal directo 3875/54. Por acuerdo de Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 6 de octubre de 1954. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación III, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1989

Página: 551

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“PORTACION DE ARMA DE FUEGO, CONFIGURACION DEL DELITO DE. La circunstancia de que el acusado manifestara que el arma afecta a la causa no podía usarse, por encontrarse en mal estado mecánico, no obsta para tener por configurado el delito de que se trata, puesto que basta que se justifique que el activo portó un arma de las determinadas en la ley especial aplicable, como la de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea nacionales, para tener por comprobado el cuerpo del delito en cuestión, en razón de que el bien jurídico tutelado por este tipo penal, no es solamente el **peligro abstracto de la vida e integridad personal de los ciudadanos, sino también la paz y seguridad, por lo que aun cuando el arma afecta a la causa estuviera descompuesta, y no pudiera prácticamente crear**

peligro abstracto contra la vida e integridad corporal, sí afecta la paz y seguridad de las personas, toda vez que los pasivos fueron amedrentados con el arma, lo que indudablemente afectó su paz y tranquilidad y motivó que solicitaran el auxilio de la policía”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 247/89. Fernando Agustín Espinoza Cardoso. 28 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Silvia Lara Guadarrama.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

34 Segunda Parte

Página: 17

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“ARMAS, ACOPIO O ACUMULACION DE. Debe estimarse que el acopio o acumulación de armas tiene el carácter de delito si para hacerlo la persona poseedora de las armas no obtuvo el permiso reglamentario o la acumulación de armas no es hecha con un fin lícito, puesto que tal delito es de los considerados como de **peligro abstracto”.**

Amparo directo 2667/71. Arturo González Marín. 7 de octubre de 1971. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Pues bien, de la lectura de las anteriores tesis jurisprudenciales, se observa que si bien ninguna contiene una declaración general sobre lo que debe entenderse por delito de peligro abstracto, y menos aún un pronunciamiento tajante sobre la

constitucionalidad de esta forma de tipificación de conductas penales, si destacan dos rasgos muy nítidos que atañen a su caracterización:

a).- La distinción con los delitos de peligro concreto, relativa a que en los delitos de peligro abstracto, no es necesaria la prueba de que el peligro se hubiese verificado efectivamente, sino que el mismo se presume por la sola verificación de la **conducta** que el tipo incrimina como elemento objetivo o material.

b).- La exigencia inexcusable de que en cualquier tipo de peligro abstracto, exista una conducta o hecho del agente con vigencia material y fáctica en el mundo exterior, no la mera existencia de una presunción sobre determinada voluntad dirigida a un fin específico, a verificar mediante la prueba judicial.

Es por ello que manifestamos que el tipo de “posesión con fines” del artículo 195 párrafo primero del Código Penal Federal, no puede considerarse como un delito de peligro abstracto, pues para que el legislador considere que el peligro aconteció, independientemente de su real verificación fáctica, es necesario que se lleve a efecto una acción u omisión que el tipo penal prevé y considera de una manera general como idónea para la producción del peligro, por verificarse **actos** que ya inciden en el núcleo de la

descripción típica e invaden su ámbito de injusto, pero en ningún caso puede racionalmente pensarse, que la cuestionada existencia de una actitud subjetiva interna del agente (finalidad de efectuar una conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal Federal), pueda poner en peligro un bien jurídicamente tutelado en forma abstracta, pues la mera posesión de la droga, no puede ser el núcleo típico que entraña el peligro abstracto para el bien jurídico que pretende tutelar el delito de posesión “con fines”, ya que de ser así, ninguna diferencia material existiría con la materia de la prohibición a que se refiere el diverso artículo 195 bis del Código Penal Federal (posesión simple), ya que en ambos antijurídicos, la conducta es la misma. Esto ha sido reconocido aunque desde otra perspectiva, por la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito como se observa en la siguiente jurisprudencia:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XI, Mayo de 2000

Página: 874

Tesis: III.2o.P. J/10

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

“SALUD, DELITO CONTRA LA DEBIDA INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL (REFORMADO). El artículo 195 del Código Penal Federal, en su párrafo primero establece: "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.". Sin embargo, tal hipótesis no debe entenderse en el sentido de que dichas conductas se justifiquen de manera plena, sino basta la existencia de indicios al respecto, pues aceptar lo contrario significaría que es necesaria la actualización de otra modalidad, la que en su caso tendría que sancionarse junto con la diversa de posesión".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 178/95. 30 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: José Guadalupe Hernández Torres.

Amparo directo 94/99. 10 de mayo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Vázquez Marín. Secretario: Óscar Naranjo Ahumada.

Amparo directo 124/99. 10 de mayo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Vázquez Marín. Secretario: Óscar Naranjo Ahumada.

Amparo directo 163/99. 3 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Vázquez Marín. Secretario: Óscar Naranjo Ahumada.

Amparo en revisión 186/99. Juez Séptimo de Distrito en Materia Penal en el Estado de Jalisco y agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Sexto de Distrito de la propia materia y entidad. 7 de octubre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Vázquez Marín. Secretario: Ernesto Antonio Martínez Barba.

En consecuencia, el peligro abstracto necesariamente tendría que encontrarse en la supuesta "intención" de realizar una conducta posterior con el narcótico que se mantiene en posesión, pero es absolutamente incuestionable, que acorde con las dos conclusiones que de la jurisprudencia hemos derivado, la falta de presencia de una acción u omisión materialmente perceptible a través de los sentidos y empíricamente comprobable, no pueden colmar el contenido del injusto típico y, por ende, revelar algún peligro abstracto,

ya que éste sólo puede peligrarse de la ejecución material de determinada acción u omisión, más no de una intención futura del sujeto activo, de muy difícil comprobación judicial.

3.- LA IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERAR AL DELITO DE POSESIÓN “CON FINES” COMO DELITO DE RESULTADO COARTADO O CONSUMACIÓN ANTICIPADA. Estudio jurisprudencial.

Creemos firmemente, que tampoco se puede considerar el tipo penal tildado de inconstitucionalidad en este estudio, como un delito de “resultado cortado” o de “consumación anticipada”, que es una consecuencia dogmática más o menos natural de la caracterización de una figura típica como delito de peligro abstracto. Para demostrar este extremo, es dable seguir la misma exposición anterior, y así observamos que en la jurisprudencia se han establecido de manera casuística los rasgos de esta figura delictiva, que entendemos, con especial referencia al delito contra la salud, como aquellos que para su consumación no requieren la lesión del bien jurídico protegido, sino que quedan completos con la producción del peligro o con la realización de **cualquier conducta** con determinado fin antijurídico, aunque este no se alcance:⁸

⁸ Así, Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 C.P.*, pag. 47, José María Bosch Editor; Barcelona, 1999

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Octubre de 2003

Página: 911

Tesis: II.2o.P.101 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“COLABORACIÓN AL FOMENTO PARA POSIBILITAR LA EJECUCIÓN DE DELITOS CONTRA LA SALUD, NATURALEZA Y REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE (ARTÍCULO 194, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL). El delito de colaboración al fomento para posibilitar la ejecución de algún delito contra la salud, previsto en la fracción III del artículo 194 del Código Penal Federal, también resulta ser de los clasificados doctrinariamente como "de resultado anticipado o cortado", porque para su configuración resulta irrelevante la consumación o no del ilícito o ilícitos favorecidos, pues basta que el sujeto activo despliegue de cualquier manera actos de colaboración tendentes a crear un panorama delictivo propicio para la realización de otros delitos, que aun cuando se prevé que sean contra la salud pueden ser indeterminados en su número, condiciones y circunstancias particulares de ejecución, con independencia además de que puedan llegar o no a consumarse, o quedar en grado de tentativa o incluso sin actos de exteriorización específica; sin embargo, con independencia de que este delito a que se refiere la fracción III del artículo citado sea de "resultado anticipado", según la clasificación doctrinaria, ello no exime de considerar como requisito indispensable para su configuración el acreditamiento del acto, acción, o conducta correcta desplegada por el activo, y sobre la que recae el atributo de ser el núcleo de la descripción típica, o dicho en otras palabras, el comportamiento típico materia de reproche. Es decir, resulta menester comprobar la existencia de una conducta exteriorizada y necesariamente dolosa que represente el acto específico de colaboración por parte del sujeto, para fomentar la

ejecución de diversos delitos contra la salud. Luego, por razones obvias, para poder constatar ese acto materialmente exteriorizado de colaboración al fomento de alguno o algunos delitos contra la salud, lógicamente debe atenderse como referencia el contexto en relación al pretendido hecho delictivo favorecido, claro está, con total independencia de que este último se consumara o no, o se exteriorizara siquiera”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 289/2002. 14 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendáin Carrillo

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Septiembre de 2003

Página: 1365

Tesis: II.2o.P.102 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE. Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o **resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o **resultado** de cometer alguno o algunos de los**

delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "de **resultado** anticipado o **cortado**" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 289/2002. 14 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendáin Carrillo

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVI, Agosto de 2002

Página: 1397

Tesis: XIX.2o.39 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“TENTATIVA PUNIBLE. ES INEXISTENTE CUANDO NO SE REALIZAN ACTOS EJECUTIVOS POR PARTE DEL SUJETO ACTIVO, COMO CUANDO SE DESISTE DE SU ACCIÓN (ARTÍCULO 138 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN). EI artículo 138, primer párrafo, de la Ley General de Población, que establece: "Se impondrá pena de seis a doce años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de consumir la conducta, a quien por sí o por interpósita persona, con propósito de tráfico, pretenda llevar o lleve a mexicanos o extranjeros a internarse a

otro país, sin la documentación correspondiente.", prevé un delito especial indicando los elementos para su configuración y su penalidad; sin embargo, no puede considerarse penalmente responsable a una persona cuando no se ataca el núcleo del delito, esto es, cuando no se hubiesen llevado a cabo actos directamente relacionados con su ejecución que reflejen la resolución de aquél de cometer el delito, lesionando el bien jurídico tutelado, como cuando se desiste de la acción de llevar a un grupo de mexicanos al extranjero de manera ilegal. Lo anterior se robustece, por ejemplo, si obra en autos la declaración de estos últimos, que fueron contestes en señalar que el inculpado les dijo que no iban a realizar el viaje porque no se había completado un grupo grande de personas, porque en ese caso, la intención de llevar a connacionales a otro país no se había puesto en marcha, ya que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el evento considerado como típico no indica la resolución de cometer el ilícito, ni tampoco los actos exteriores para llevarlo a cabo; además de que en el tipo penal contenido en el precepto citado, el legislador sanciona no solamente el resultado, sino también la pretensión de cometerlo, dándole tratamiento a tal acción de resultado inacabado o cortado, castigando la acción ejecutiva, unívoca e idónea para producir el resultado como si se tratara de un delito consumado, lo que no puede actualizarse, como se ha dicho, cuando no existe conducta ejecutiva encaminada a tal fin".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 486/2000. 29 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Octavio Villarreal Delgado. Secretario: Gerardo Octavio García Ramos

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XV, Abril de 2002

Página: 1309

Tesis: VI.1o.P.187 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“PLAGIO O SECUESTRO, DELITO DE. PARA SU CONFIGURACIÓN NO ES NECESARIO ACREDITAR QUE SE OBTUVO UN RESCATE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). El delito de secuestro previsto en la fracción I del artículo 302 del Código de Defensa Social del Estado, no exige para su configuración que el sujeto activo obtenga el rescate por el plagiado, al tratarse de un tipo de **resultado cortado o anticipado, en el que se colman las exigencias del cuerpo del delito, sin que verdaderamente se obtenga la finalidad propuesta, en razón de que el legislador estableció la consumación de este delito con la sola privación de la libertad de una persona en forma ilícita y la punibilidad que le corresponda a cada conducta dependerá de la o las diversas acciones que realicen los activos después de tener privado de la libertad al pasivo, incluyendo, desde luego, la idea criminal; así tenemos que la disposición penal, en lo que interesa, señala: "... cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas siguientes: I. Cuando se trate de obtener rescate ..."; por lo que para actualizarse este supuesto es suficiente que se demuestre que el fin ideado por el sujeto activo haya sido el de obtener un rescate y que haya procurado alcanzarlo, siendo irrelevante que lo hubiera obtenido”.**

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 502/2001. 16 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Zayas Roldán. Secretario: Juan Carlos Ramírez Benítez.

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XV, Abril de 2002

Página: 1368

Tesis: XIX.2o.40 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“TRÁFICO DE INDOCUMENTADOS. EL ALCANCE DEL VERBO "PRETENDER" A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 138, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, QUE TIPIFICA ESE DELITO, EQUIVALE A QUE PARA SU DEMOSTRACIÓN DEBEN APLICARSE LAS REGLAS DE LA TENTATIVA. El tipo penal previsto en el artículo 138, primer párrafo, de la Ley General de Población, es de los llamados tipos de **resultado cortado** o anticipado; esto es, que pertenece el citado injusto a los tipos delictivos independientes, que tienen un contenido descriptivo preciso y una connotación penal propia, en los que puede colmarse el tipo, sin que verdaderamente se obtenga la finalidad propuesta, en razón de que el legislador tuvo por consumados esos ilícitos a pesar de que apenas se hubiese iniciado el iter criminis; de esta manera, tal clase de delitos vienen a ser de aquellos en los que el autor de la ley los considera como consumados por una ficción legal. Sin embargo, lo anterior no obsta para que al tipo en cuestión, a pesar de constituir un delito de **resultado cortado** o anticipado, se le apliquen para su demostración las reglas de la tentativa y, por ello, se estima que la conducta desplegada por el sujeto activo, para ser penalmente relevante, debe trascender al mundo fáctico con acciones que reúnan las mismas exigencias inherentes a una tentativa; es decir, que se tendrá por agotado el delito únicamente cuando se lleven a cabo conductas descritas como constitutivas del mismo, que comprendan acciones directamente encaminadas de manera unívoca al logro del propósito delictivo y no queden en la fase meramente conceptual o deliberativa; esto es, que resulta necesario que el actuar del agente del delito se traduzca en actos ejecutivos que estén encaminados unívoca e idóneamente a producir el **resultado**, sólo que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. En este orden de ideas, aunado a que el Máximo Tribunal del país ya se ha pronunciado en el sentido de que ese delito, anteriormente previsto y sancionado por el artículo 118, ahora 138, primer párrafo, de la Ley General de Población, en la modalidad de "pretender", se sanciona como delito consumado, es inconcuso que el vocablo

"pretender", no es precisamente un elemento subjetivo del delito, sino que se refiere al iter criminis, el cual comprende el estudio de diversas fases recorridas por el delito, desde su ideación hasta su agotamiento".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 486/2000. 29 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Octavio Villarreal Delgado. Secretario: Gerardo Octavio García Ramos.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XII, Septiembre de 1993

Página: 318

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“SALUD. DELITO CONTRA LA. NO SE DA EL GRADO DE TENTATIVA EN LA MODALIDAD DE REALIZAR ACTOS TENDIENTES A SACAR DEL PAIS VEGETALES O SUBSTANCIAS SEÑALADAS EN EL ARTICULO 193 DEL CODIGO PENAL FEDERAL. El delito contra la salud, previsto y sancionado por el artículo 197, fracción II, del Código Penal Federal, en la modalidad de actos tendientes a sacar del país vegetales o sustancias señaladas en el artículo 193 del ordenamiento legal antes citado, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, por su propia naturaleza no puede realizarse en grado de tentativa, pues dicho tipo penal es de los denominados por la doctrina de "resultado anticipado" o un "tipo cortado" y aun cuando técnicamente constituyen una tentativa, porque no se logra sacar del país la droga, ello es irrelevante, toda vez que dicha modalidad sanciona precisamente los actos tendientes y no la consumación de los mismos, considerando tal conducta como si fuera la de un delito consumado”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 191/93. José Luis Ramírez Pérez. 30 de junio de 1993. Unanimidad de votos.
Ponente: Guadalupe Méndez Hernández. Secretario: Marco Antonio Cepeda Anaya

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988

Página: 201

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“SALUD, DELITO CONTRA LA. INTRODUCCION O EXTRACCION DE SUBSTANCIAS. ES UN TIPO DE RESULTADO ANTICIPADO. La fracción II del artículo 197 del Código Penal Federal contiene un tipo de los conocidos en la doctrina como de resultado cortado o anticipado, pues basta que se realicen actos tendientes para introducir o sacar del país vegetales o sustancias de los comprendidos en cualquiera de las fracciones del artículo 193 del mismo ordenamiento, aunque sea en forma momentánea o en tránsito, para que tal figura típica se tenga por consumada; ya que la situación que normalmente sería constitutiva de una tentativa, en este caso, por disposición expresa del legislador, se tiene por equiparada al delito consumado y por ende merece igual sanción”.

Amparo directo 2754/87. Fausto Ramírez Reyes. 11 de enero de 1988. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: María Edith Ramírez de Vidal.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación
217-228 Segunda Parte

Página: 64

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“SALUD, DELITO CONTRA LA. EXPORTACION ILEGAL DE MARIHUANA CONSUMADO Y NO TENTATIVA. La fracción II del

artículo 197 del Código Penal Federal se refiere a un tipo de formulación alternativa o alternativamente formado, en donde la conducta puede consistir en introducir o sacar ilegalmente del país vegetales o sustancias que se comprendan en las diversas fracciones del numeral 193 del propio código, o bien, se realicen actos tendientes a consumir tales hechos. Por lo tanto, cualquiera de las dos hipótesis consuman el delito, esto es, el ilícito es perfecto. Aun cuando de los hechos constituyan técnicamente una tentativa de exportación, porque no llegó a sacarse la droga del territorio nacional, para los efectos penales se está en presencia de un tipo de los también denominados en la doctrina de "**resultado** anticipado" o un "**tipo cortado**", en los cuales se sanciona el acto de tentativa como si se tratara de un delito consumado”.

Amparo directo 2304/87. Crescencio Verdugo Nava. 12 de noviembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Carlos Enrique Rueda Dávila.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

169-174 Segunda Parte

Página: 23

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“BRACEROS. ALCANCE DEL TERMINO "PRETENDER" EN EL ARTICULO 118 DE LA LEY GENERAL DE POBLACION. El artículo 118 de la Ley General de Población establece en su primer párrafo que "se impondrá pena de dos a diez años de prisión y multa de diez mil a cincuenta mil pesos a la persona que por cuenta propia o ajena pretenda llevar o lleve nacionales mexicanos para trabajar en el extranjero, sin autorización previa de la Secretaria de Gobernación", y su segundo párrafo dice que "Igual pena se impondrá al que sin permiso legal de autoridad competente, por cuenta propia o ajena, pretenda introducir o introduzca

ilegalmente a uno o varios extranjeros a territorio mexicano o a otro país". La lectura del precepto transcrito permite establecer que se trata de un tipo alternativamente formado en orden a la conducta; en el cual basta que el activo incurra en cualquiera de las hipótesis previstas para que se adecue a la figura legal. Se advierte que tanto en el primero como en el segundo párrafo, se prevé, respectivamente, que se lleven nacionales mexicanos para trabajar en el extranjero, y que se introduzcan ilegalmente extranjeros a nuestro país o a otro. En ambas previsiones, se trata de eventos en los cuales debe agotarse el ínter criminis, obteniéndose una consumación plena; motivo por el cual no ofrece problema alguno en su apreciación; por el contrario, cuando en ambos párrafos del dispositivo se dice pretenda llevar nacionales mexicanos para trabajar en el extranjero, y más adelante, pretende introducir ilegalmente a extranjeros a territorio mexicano o a otro país, se da lugar a una cuestión digna de reflexión con mayor detenimiento, en virtud de que se crearon tipos de **resultado cortado** o anticipado; o sea, que la diferencia de las hipótesis anteriores, en ésta puede colmarse el tipo, sin que verdaderamente se obtenga la finalidad propuesta, en razón de que el legislador tuvo por consumado el ilícito cuando apenas se recorría el ínter criminis, y lo que en otros casos serían simplemente tentativas, en estos, se tiene por agotado el delito. Ahora bien, la cuestión a determinar, es precisar hasta dónde debe manifestarse la conducta para estimar que se ha empezado a penetrar el núcleo del ilícito; y por ende, que efectivamente se realizó ese "pretender", requerido por la ley. Al respecto, se estima que la conducta debe trascender en el mundo fáctico, con acciones directamente encaminadas al logro del propósito delictivo de manera unívoca; o dicho de otra manera, debe reunirse las mismas exigencias inherentes a una tentativa. De esta manera, si los hechos ilícitos imputados al acusado consisten sólo en que aceptó llevar en un vehículo a unos extranjeros a través de la frontera norte de nuestro país, para cruzarlos ilegalmente a los Estados Unidos de Norteamérica, se advierte que se trata de una resolución manifestada que

obviamente no penetra al campo de los actos ejecutivos pues para que hubiera existido la adecuación típica el sujeto activo debería haber llevado a cabo actividades tendientes de manera inequívoca al cruce ilegal fronterizo de los extranjeros”.

Amparo directo 7692/82. Roberto Segovia Vázquez. 20 de junio de 1983. Cinco votos.
Ponente: Fernando Castellanos Tena.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

133-138 Segunda Parte

Página: 58

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

“CONSPIRACION, ELEMENTOS DEL DELITO DE. Del actual texto del artículo 141 del Código Penal, aplicable en materia federal, el cual se encuentra comprendido en el Título Primero del Libro Segundo, precepto que se ocupa de los delitos contra la seguridad de la Nación, se advierte que el delito de conspiración se integra con los siguientes elementos: a) un acuerdo o concierto de dos o más personas para cometer alguno de los delitos comprendidos en el título mencionado, y b) un acuerdo complementario respecto a los medios de llevar a cabo aquélla determinación. La adecuada interpretación del texto del artículo mencionado ha llevado a establecer que en él se recoge un tipo penal de los denominados de "resultado cortado" o "resultado anticipado", ya que en estricto rigor la ley ha elevado a la categoría del delito autónomo una mera resolución manifestada, respecto a la comisión futura de otras conductas, atentatorias éstas, de la seguridad de la Nación (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje). En este orden de ideas, el delito de conspiración requiere, para su demostración plena, no sólo de un franco y positivo acuerdo para llevar a cabo alguno de los delitos ya citados, sino además que tal acuerdo abarque la concreción de los medios de ejecución del delito o

delitos propuestos, sin que se advierta de la descripción legal la necesaria comisión del delito específico. En consecuencia, es elemento esencial de la conspiración el concierto criminal, con independencia de los actos de ejecución o el grado de ésta a que se llegue. Como mera resolución manifestada, el delito de conspiración exige, sin embargo, la prueba fehaciente del acuerdo o concierto tomado y de la concertación de los medios pertinentes para llevar a cabo el o los delitos concretos ya señalados".

Amparo directo 4339/74. Eugenio Peña Garza. 16 de abril de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Andrés Flores Hernández.

Séptima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo II, Parte SCJN
Página: 34
Tesis: 61
Jurisprudencia
Materia(s): Penal

“BRACEROS. INEXISTENCIA DE LA TENTATIVA EN EL DELITO PREVISTO POR EL ARTICULO 118 DE LA LEY GENERAL DE POBLACION. En el delito tipificado en el artículo 118 de la Ley General de Población, no funciona la norma amplificadora de la tentativa, porque el propio tipo penal aludido sanciona ya, como conducta ilícita consumada, el simple hecho de "pretender" llevar a alguien a trabajar ilegalmente a territorio extranjero, creándose así un tipo de "resultado cortado**" o "anticipado", por ser innecesaria la obtención de la finalidad propuesta por el agente”**

Séptima Época:

Amparo directo 2775/77. Mauro José Vázquez Ancona. 11 de septiembre de 1978. Cinco votos.

Amparo directo 4192/80. Juan Rumbo López. 7 de enero de 1981. Cinco votos.

Amparo directo 7667/81. Ricardo González Peña. 7 de junio de 1982. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 820/83. Kennett Ray Laycox. 28 de abril de 1983. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7692/82. Roberto Segovia Vázquez. 20 de junio de 1983. Cinco votos.

En este orden de ideas, con claridad se advierte que nuestros Tribunales, si bien han identificado diversos delitos que tienen la característica de *–usando la terminología de Jakobs–* **“criminalizar en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”**,⁹ en ningún caso se han atrevido a establecer, que tal “recorrido” del *iter criminis* a efecto de tipicidad penal, se lleve a los extremos de hacer objeto de punición, verdaderas entelequias que solo se encuentran en la esfera interna del sujeto (ideación, deliberación y resolución), pues en el mejor de los casos en el delito de conspiración, se ha apreciado la necesidad de que exista al menos una **resolución manifestada**, con la que inicia como es sabido, la esfera externa del citado *iter criminis*. En cualquier caso, no se deja de exigir al menos un acto que tenga verificativo en el “mundo fáctico”, o bien que “resulta menester comprobar la existencia de una conducta exteriorizada” o en fin, que tales actos “no queden en la fase meramente conceptual o deliberativa”.

⁹ Jakobs, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios Penales*, pag. 293 y siguientes, 1ª. Edición, Ed. Civitas, Madrid, 1995. Aquí señala el autor con toda claridad lo siguiente: “Pues bien, todo el Derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor.

En la medida en que rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, hay un ámbito interno, sólo privado y no socialmente relevante, que es precisamente el ámbito de las *cogitationes*. Una razón para el reconocimiento de este ámbito interno podría depararla la dificultad o, más aún, la imposibilidad de llevar a cabo a ese respecto un control dotado de un mínimo de eficacia”, pag. 295. Y agrega que: “. . . quien castiga por hechos futuros, no tiene ya ningún motivo para dejar impunes los pensamientos”. Pag 311.

No obstante ello, es claro que asignar consecuencias jurídicas de carácter penal, a la difícilmente probada “finalidad” de efectuar una conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal Federal con la droga que se mantiene en posesión, conlleva invadir la esfera íntima del sujeto con la violación de derechos públicos fundamentales que entraña y se ha expresado con anterioridad.

Ello es así, pues ya no es necesario al menos, que se manifieste la resolución delictiva en actos ejecutivos, unívocos e idóneos para producir la lesión del bien jurídico que es sin duda alguna el límite inferior de la materia del injusto en el delito de resultado cortado y en cualquier otra figura criminal que admita la tentativa, con lo que acontece que se adelanta la punibilidad por la ficción legal de dar por consumado el delito sin que realmente así hubiese acontecido; pues contrariamente a ello, se recorre el campo de intervención estatal mediante el *ius puniendi*, hasta un punto que se ubica en la esfera interna del *iter criminis*, sancionando con elevadas penas tal disposición anímica en relación al narcótico, e inclusive cancelando la posibilidad de recuperar la libertad provisional o con medida sustitutiva, tan solo por el hecho de haber mantenido en la mente su autor, la finalidad de efectuar alguna conducta (desconocida además) de las previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal. Ello no guarda congruencia alguna con el principio de proporcionalidad. Pero

además, dicha finalidad se sanciona, sin que exista un acto ejecutivo que materialice la actitud subjetiva específica, al esperar que ocurra al menos en un momento futuro o posterior, sin que haya iniciado propiamente la *tentativa punible de delito* y cancelando inclusive cualquier posibilidad de que opere el *desistimiento eficaz*, o peor aún, que se deseche la idea criminal, si es que verdaderamente es posible probar que realmente existió en el ánimo del sujeto.¹⁰

Por todo lo antes expuesto se considera que, resulta inconstitucional por violar elementales garantías del ciudadano que otorga nuestra Carta Magna, la introducción en la legislación penal del delito **CONTRA LA SALUD** en la modalidad de **POSESIÓN DE ALGUNO DE LOS NARCÓTICOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 193, CON LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL**, adicionado mediante Decreto de Reformas al Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el día diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

En conclusión, el tipo penal cuya constitucionalidad se controvierte en este escrito en el tema de tesis, resulta atentatorio de las garantías de igualdad, dignidad e intimidad

¹⁰ Así lo señala, Mendoza Buergo: “. . . la situación en el ámbito de los estupefacientes, cuyo tipo básico se ha venido considerando por la Jurisprudencia como delito de mera actividad y consumación *anticipada*, por lo que reiteradamente se consideran conductas consumadas algunos comportamientos cuyo carácter previo a la fase de consumación no reviste ninguna duda y se niega, incluso, la posibilidad de que quepan formas imperfectas de este delito”, *Op. cit.*, pag. 109-110.

de las personas, seguridad jurídica, exacta aplicación de la ley y violatorio de los principios del derecho penal moderno que rige en un Estado democrático y de Derecho como el nuestro, y si bien es claro que también atenta contra el principio de culpabilidad, de derecho penal del hecho, de presunción de inocencia y de proporcionalidad, que no tienen una formulación explícita en nuestra Carta Fundamental, si es dable analizarlos y extraerlos de otros que tienen plena vigencia, y muy especialmente del que contiene la garantía citada en primer término, siendo aplicable la siguiente tesis jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XX, Diciembre de 2004

Tesis: 1a. CXXXIII/2004

Página: 361

Materia: Constitucional

Tesis aislada.

“IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de

igualdad. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el Juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un

escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad”.

Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles

Y es claro también que se atenta contra la garantía de igualdad, cuando se establece un tipo penal que pretende asociar una pena privativa de libertad, directamente ligada a una situación que transcurre en el mejor de los casos, dentro del fuero interno de la persona humana, pues resulta evidente que no por tratarse de una política criminal integral cuyo fin es reaccionar con firmeza ante la proliferación de los delitos contra la salud, le este permitido al legislador atropellar las más elementales prerrogativas naturales del hombre. En efecto, así como no se establece sanción alguna por posesión con fines de “homicidio” o “lesiones” a las personas que portan algún artefacto peligroso o algún arma prohibida, tampoco se sanciona por uso de documento falso a quien se encuentra en simple posesión de algún documento apócrifo o de los medios para alterar su esencia, pues como lo han establecido nuestros tribunales, no se puede inferir apodícticamente la ultraintención delictiva de una conducta penalmente sancionada, tan sólo por el hecho de encontrar el objeto material dentro del ámbito de disponibilidad y radio de acción del sujeto que no sea diferente a la simple incriminación de tal posesión, si así lo establece la ley penal.

Por ello, tampoco es posible incriminar una posesión de droga, bajo el argumento de que es “con fines” de efectuar una venta, un transporte, un suministro, etcétera, pues el legislador no puede incidir de manera preventivo-general mediante el mandato de determinación de la norma, en los pensamientos y voluntades de los ciudadanos, conminándolos con la imposición de una pena por lo que “piensen hacer” en el futuro, y no puede llegarse al extremo de que el Estado intervenga en los pensamientos, intenciones, voluntades o sentimientos de las personas, que pertenecen a la esfera de su más irrestricta intimidad y libertad, más aún cuando la determinación probatoria de tales elementos psicológicos, es abiertamente cuestionable y falible, lo que priva de legitimidad una sentencia que condene sobre esa base de conocimiento, cuando además resulta también altamente cuestionable, el argumento de que con tales determinaciones se combatan eficazmente los delitos contra la salud, y se salvaguarde el bien jurídico de la salud pública.

En todo caso, la pretendida “finalidad” que el tipo en análisis previene como núcleo del contenido de injusto de la figura, debiera ser de inexcusable acreditación mediante los medios que la ley establece, para que sólo así, si a caso, se justificara la particular tipificación, ya que inclusive, los documentos que avalan el proceso legislativo que le dio origen, ni siquiera se detienen a examinar el estado de la cuestión y de la problemática social y

estadística que pudiera servir de apoyo a la medida legislativa que se instrumenta para tales fines, lo que evidencia su carácter simbólico. Aplica el siguiente criterio jurisprudencial:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XX, Diciembre de 2004

Tesis: 1a. CXXXII/2004

Página: 362

Materia: Constitucional

Tesis aislada.

“IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones

constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado”.

Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Cabe por lo anteriormente expuesto insistir, en que la tipificación del delito de “posesión de narcóticos con fines” adelanta de tal manera la punibilidad, que destruye por completo la

esencia objetiva del propio comportamiento típico, para trasladarse hasta el ámbito del mundo ideal y la *psique* de los sujetos, que en forma alguna puede en recto criterio, considerarse como el ámbito legal y legítimo de lo punible, ya que los “malos pensamientos” no pueden ser peligrosos para los bienes jurídicos, incurriendo inclusive en un dilema de carácter ético-social que implica trasladar el ámbito del deber ser, a lo que puede ser simplemente reprochable desde el punto de vista de la moral, pero que de ninguna manera puede considerarse una cuestión heterónoma a la cual deba y pueda reaccionar el Estado con la fuerza del *ius puniendi* estatal, especialmente cuando existen disposiciones límite de lo injusto, como lo es la penalización de la tentativa en las conductas que tipifica el artículo 194 del Código Penal Federal, en donde con respeto a los derechos fundamentales del hombre de naturaleza más esencial, se exige un principio de ejecución mediante actos unívocos y finalmente dirigidos precisamente a incidir de una manera jurídica en la materia de la prohibición, mediante acciones u omisiones dominables por la voluntad, pero no incriminar la simple voluntad maliciosa, que inclusive puede que nunca llegue a ser manifestada, o bien, encuentre cauce moral diferente en el *desideratum* interno del justiciable.¹¹

¹¹ No debe olvidarse, como con acierto lo señala Polaino Navarrete, que el primer postulado esencial del Derecho Penal del acto, lo constituye *la necesidad de una acción humana (principio de la conducta)*, y en segundo lugar, *la relevancia de la persona como ser actuante y no como mero ser pensante*, es decir, que en ningún caso podrá ser sancionado penalmente el sujeto por como es o por lo que piensa, sino por lo que hace; y por último, *la necesidad de la externa manifestación de la voluntad humana*, donde no puede castigarse a una persona por su mero (probado o no) deseo delictivo. **Op. cit.**, pags. 295 y siguientes.

Quizá sea buen tiempo, para repensar el contenido de tipos penales plagados de un improbable a cabalidad subjetivismo del autor, echando mano de una política criminal más sincera y efectiva para prevenir y combatir los delitos contra la salud, abandonado toda función simbólica de la tipificación actual, y estableciendo herramientas interdisciplinarias que contribuyan de mejor forma a la erradicación de este tipo de conductas. Los adelantamientos de punibilidad a esferas que viven dentro del autor, constituyen peligrosos focos rojos de autoritarismo y desprecio del pensamiento liberal, por más que se argumente un pretendido eficientismo, que ha quedado muy lejos de demostrar sus premisas básicas, y peor aún, sus resultados esperados. Sólo de esta manera podrá borrarse de nuestros libros de estudio, la cruda sentencia que sobre el andamiaje del capítulo relativo a los delitos contra la salud del Código Penal Federal, dictó el ilustre Mariano Jiménez Huerta al señalar: “. . .el Capítulo Primero del Título relativo a los ‘Delitos contra la salud’, el sistema en el mismo imperante es tenebroso y draconiano en grado sumo. Se ha pretendido construir sobre nuestro régimen constitucional estricto, un castillo de hierro de gran altitud y roqueña dureza”.¹²

¹² *Derecho Penal Mexicano Tomo II*, pags. 166-167, 7ª. ed.; Ed. Porrúa, México, 2003

4. **GLOSARIO JURISPRUDENCIAL.** Cuestiones pendientes de resolver por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, no han analizado la constitucionalidad o inconstitucionalidad del delito materia del presente trabajo, bajo los aspectos aquí enunciados, pero si han establecido algunas directrices sobre la forma de comprobar la finalidad como elemento subjetivo del tipo, diverso del dolo, de la que la más relevante nos parece, la determinación de que la CANTIDAD del narcótico tiene carácter PREPONDERANTE para la determinación de la “finalidad” derivada de la posesión, utilizando como referencia en un plano de interpretación sistemática, el contenido de las Tablas del Apéndice I del Código Penal Federal:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIV, Julio de 2001

Página: 1040

Tesis: XXIII.1o. J/20

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

“SALUD, DELITO CONTRA LA. PARA LA DEMOSTRACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO CONSISTENTE EN LA FINALIDAD DE LA POSESIÓN DE NARCÓTICOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, TIENE VALOR PREPONDERANTE LA CANTIDAD DEL MISMO. Para la demostración del elemento subjetivo consistente en la intención

volitiva pretendida por el activo del ilícito contra la **salud** en la modalidad de posesión de narcóticos prevista y sancionada por el artículo **195** del Código Penal Federal, son preponderantes los datos que puedan desprenderse o inferirse de las circunstancias concretas de comisión de la conducta, las condiciones, estado, conformación del narcótico materia de dicha conducta y especialmente, la cantidad de éste, pues los datos señalados fueron considerados por el legislador en el artículo **195** bis, para que pudieran o no considerarse como destinados a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, para que el juzgador, en cada caso, en uso del arbitrio judicial que le confiere el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales y demás disposiciones aplicables, tomando en cuenta la cantidad del narcótico materia de la conducta y las demás circunstancias del hecho, determine si los hechos materia de la acusación son constitutivos de la posesión genérica de narcóticos prevista por el artículo **195** del Código Penal Federal o de la posesión atenuada descrita por el artículo **195** bis del propio código, para lo cual constituye un dato relevante el que la cantidad del narcótico rebase el máximo previsto por las tablas contenidas en el Apéndice 1 del artículo **195** bis del Código Penal Federal, cuando se trate de narcóticos en ellas comprendidos”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 695/95. 25 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretario: David Espejel Ramírez.

Amparo directo 44/96. 31 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Arroyo Moreno. Secretario: José de Jesús Ortega de la Peña.

Amparo directo 126/96. 28 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Arroyo Moreno. Secretario: Agustín Arroyo Torres.

Amparo directo 609/99. 3 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretario: Francisco Uribe Ortega.

Amparo directo 181/2001. 16 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretario: Juan Aguilar Rodríguez.

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XI, Marzo de 2000
Página: 1029
Tesis: XII.1o.16 P
Tesis Aislada
Materia(s): Penal

“SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESIÓN ATENUADA. Cuando la cantidad de droga que se posee no rebasa los límites que establecen las tablas contenidas en el apéndice 1, del artículo 195 bis, del Código Penal Federal, y no exista confesión en cuanto a su finalidad, aun cuando el activo se encuentre en la sala de un aeropuerto, con la intención de abordar un avión, no se puede establecer que la posesión de que se habla sea con la intención de realizar otro acto distinto al de transporte y, por ende, ubicar dicha conducta en el artículo 195 de dicho ordenamiento, pues aun cuando se transportara el narcótico, no hay que perder de vista que éste encuadraría en la figura delictiva prevista en el precepto legal previamente citado, por ello esa posesión no puede ser agravada”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 786/99. 20 de enero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Jesús Arcadio Félix Brasil.

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
IX, Marzo de 1999
Página: 1461
Tesis: XX.1o.120 P
Tesis Aislada
Materia(s): Penal

“SALUD, DELITO CONTRA LA POSESIÓN DE NARCÓTICOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA CANTIDAD POSEÍDA EXCEDA DEL MÁXIMO QUE CONTEMPLAN LAS TABLAS DEL APÉNDICE 1 DEL CITADO ORDENAMIENTO, BASTA PARA CONSIDERAR QUE LA POSESIÓN TIENE COMO FINALIDAD REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL DIVERSO ARTÍCULO 194”. Para la demostración del elemento subjetivo consistente en la finalidad de la posesión del narcótico, que requiere el artículo 195 del Código Penal Federal, es preponderante la cantidad del narcótico materia del delito, pues tal dato fue atendido por el legislador en el artículo 195 bis, para que pudiera o no considerarse como destinado a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, a fin de que el juzgador, en aquellos casos en que la cantidad de droga poseída no excediera de las que señalan las tablas del Apéndice 1 del citado ordenamiento, apreciando las demás circunstancias, determinara si los hechos materia de la consignación o acusación son constitutivos de la posesión genérica de narcóticos prevista por el referido artículo 195, o bien de la posesión atenuada descrita por el diverso numeral 195 bis del propio código. Sin embargo, cuando la cantidad del narcótico rebasa el máximo previsto por las tablas contenidas en el Apéndice 1 invocado, ello por sí solo basta para considerar que la posesión tiene como objetivo la realización de alguna de las conductas previstas en el artículo 194, pues de otra manera no se hubiesen fijado en las tablas referidas cantidades límite”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

**Amparo directo 309/98. Arlindo Amaury Rivera Velázquez. 24 de septiembre de 1998.
Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Alcántara Moreno. Secretario: Javier Alfredo Cervantes Gutiérrez.**

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
II, Julio de 1995
Página: 215
Tesis: VII.P.10 P
Tesis Aislada
Materia(s): Penal

“ARTICULO 195 BIS DEL CODIGO 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”.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 483/94. Avelino Lavidá Pedro. 25 de mayo de 1995. Unanimidad de votos.
Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretario: Nicolás Leal Salazar

En fin, recientemente para el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, el criterio tiene el carácter de jurisprudencia definida:

Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XIV, Julio de 2001
Página: 1040

Tesis: XXIII.1o. J/20

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

“SALUD, DELITO CONTRA LA. PARA LA DEMOSTRACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO CONSISTENTE EN LA FINALIDAD DE LA POSESIÓN DE NARCÓTICOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, TIENE VALOR PREPONDERANTE LA CANTIDAD DEL MISMO. Para la demostración del elemento subjetivo consistente en la intención volitiva pretendida por el activo del ilícito contra la salud en la modalidad de posesión de narcóticos prevista y sancionada por el artículo 195 del Código Penal Federal, son preponderantes los datos que puedan desprenderse o inferirse de las circunstancias concretas de comisión de la conducta, las condiciones, estado, conformación del narcótico materia de dicha conducta y especialmente, la cantidad de éste, pues los datos señalados fueron considerados por el legislador en el artículo 195 bis, para que pudieran o no considerarse como destinados a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, para que el juzgador, en cada caso, en uso del arbitrio judicial que le confiere el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales y demás disposiciones aplicables, tomando en cuenta la cantidad del narcótico materia de la conducta y las demás circunstancias del hecho, determine si los hechos materia de la acusación son constitutivos de la posesión genérica de narcóticos prevista por el artículo 195 del Código Penal Federal o de la posesión atenuada descrita por el artículo 195 bis del propio código, para lo cual constituye un dato relevante el que la cantidad del narcótico rebase el máximo previsto por las tablas contenidas en el Apéndice 1 del artículo 195 bis del Código Penal Federal, cuando se trate de narcóticos en ellas comprendidos”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 695/95. 25 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio

Huerta Díaz. Secretario: David Espejel Ramírez.

Amparo directo 44/96. 31 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Arroyo Moreno. Secretario: José de Jesús Ortega de la Peña.

Amparo directo 126/96. 28 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Arroyo Moreno. Secretario: Agustín Arroyo Torres.

Amparo directo 609/99. 3 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Alberto Hernández Segura. Secretario: Francisco Uribe Ortega.

Amparo directo 181/2001. 16 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretario: Juan Aguilar Rodríguez.

Asimismo, en recientes fechas e inclusive con posterioridad a la elaboración de este trabajo, ha aparecido una jurisprudencia definida por contradicción de tesis dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sin entrar a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tipo penal a estudio, precisa de manera definitiva que es menester señalar puntualmente, tanto por el Agente del Ministerio Público de la Federación, como por el juez de la causa penal, a qué conducta específica de las previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, corresponde la finalidad del sujeto activo de la posesión de droga. La jurisprudencia reza textualmente:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXIII,

Junio de 2006
Tesis: 1a./J. 164/2005
Página: 11
Materia: Penal
Jurisprudencia.

“DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN, PREVISTO EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. PARA QUE SE ACTUALICE, TANTO EL MINISTERIO PÚBLICO COMO EL JUZGADOR, DEBEN PRECISAR CUÁL DE LAS CONDUCTAS DESCRITAS EN EL DIVERSO NUMERAL 194 DE DICHO CÓDIGO PRETENDÍA REALIZAR EL SUJETO ACTIVO CON EL NARCÓTICO ASEGURADO. Tanto el agente del Ministerio Público como el juzgador están constreñidos a precisar cuál conducta de las descritas en el artículo 194 del Código Penal Federal pretendía realizar el sujeto activo del delito, tratándose del reprochable previsto en el primer párrafo del artículo 195 de dicho Código -delito contra la salud en su modalidad de posesión de estupefacientes-, en acatamiento a la garantía contenida en la fracción III del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; toda vez que si dicha finalidad constituye un elemento subjetivo del tipo penal, debe informarse al inculpado el delito que se le atribuye; de ahí que deba especificarse cuál conducta de las descritas en el diverso artículo 194 pretendía realizar el activo, ya que sin dicho elemento no se actualiza el tipo penal referido, sino uno diverso. En efecto, el pronunciamiento del agente del Ministerio Público al formular su acusación y del Juez del proceso al dictar sentencia en relación con el elemento subjetivo mencionado es de gran trascendencia, porque ello provocará que en aquellos casos en que no encuentren elementos probatorios suficientes para determinar tal circunstancia, y cuando la cantidad del narcótico asegurado así lo permita, puedan imponerse las penas atenuadas previstas en el artículo 195 bis del citado Código y conceder los beneficios sustitutivos procedentes”.

Contradicción de tesis 136/2003-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Tercer Circuito. 26 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo. Tesis de jurisprudencia 164/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dieciséis de noviembre de dos mil cinco.

En nuestro concepto, esta resolución, si bien constituye un medio de defensa más a la mano del sujeto activo, por la mayor exigencia de comprobación de elementos del cuerpo del delito en el tipo penal de posesión de narcóticos “con fines”, es indicativa también de manera indirecta, de la inconstitucionalidad que encierra la tipificación de la conducta mencionada, pues ahora, no sólo se exige que mediante datos objetivos de dudosa incriminación por su equivocidad y fácil contestación en sentido negativo al incriminador, se pruebe una ultraintención delictiva de realizar “alguna” de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, sino que deberá por utilizar una expresión, efectuarse un “sondeo” más intenso en el aspecto subjetivo del sujeto con referencia a la droga que se mantiene en posesión, determinando qué conducta específica se pretendía realizar (transporte, compra, venta, suministro, etcétera), es decir, se pretende validar la posibilidad de que mediante la prueba de indicios, se llegue a un conocimiento subjetivo todavía más preciso que la sola existencia en la mente del autor, de la ultraintención o propósito de efectuar “alguna” conducta también prohibida con la droga, sino que además habrá ahora de colorear, mediante el valor indiciario de determinadas circunstancias que acompañan la ejecución

de la conducta de posesión, la específica conducta a efectuarse a *posteriori*. Dicho de otro modo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha hecho una mayor profesión de fé sobre el alcance de la prueba de indicios, al considerar que mediante su utilización, puede conocerse y peor aún, probarse, el contenido específico de una conducta qué, como propósito del autor, vive y reina en lo insondable de su pensamiento.

Existen otras tesis jurisprudenciales en relación al tema en estudio que nos indican:

No. Registro: 199,750

Tesis aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

V, Enero de 1997

Tesis: VIII.1o.9 P

Página: 547

SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESION DE MARIHUANA. APLICABILIDAD DEL ARTICULO 195, PARRAFO PRIMERO, DEL CODIGO PENAL FEDERAL.

Para la aplicación de la pena prevista en el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal, es necesario que la posesión de los narcóticos sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del mismo ordenamiento; lo que de ninguna manera significa que deba quedar debidamente acreditado que el agente activo del delito efectivamente realizó actos específicos de producción, transportación, tráfico, comercio o suministro de la droga, y que se describen en el numeral 194 citado como conductas ilícitas, pues no se juzga sobre esas modalidades, en cuya circunstancia sí tendrían que

quedar plenamente acreditados sus elementos constitutivos sino, para los efectos de la sanción, debe atenderse a que de esa conducta aparezcan datos de los cuales pueda inferirse fundadamente que el inculpado tenga la posesión de la droga con la finalidad de realizar alguna de las modalidades previstas en el artículo 194 del ordenamiento sustantivo penal federal mencionado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 478/96. Rolando Ayala Chacón. 12 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Arroyo Montero. Secretario: Gilberto Serna Licerio.

No. Registro: 182,538

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVIII, Diciembre de 2003

Tesis: III.1o.P. J/17

Página: 1315

SALUD, DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS. TRATÁNDOSE DE LA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 195, PRIMER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, DEBE PRECISARSE A CUÁL DE LAS CONDUCTAS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 194 DEL MENCIONADO CÓDIGO ESTABA DESTINADA.

Para integrar el tipo penal del delito previsto en el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal, es necesario precisar la finalidad que el activo pretendía realizar con la posesión del narcótico fedatado e indicarse con claridad cuál es la conducta, de las que refiere el artículo 194, que se pretendía efectuar por parte del agente del delito. De la redacción del artículo 195,

párrafo primero, del Código Penal Federal se aprecia que el legislador estableció como elemento integrador del delito, que se precise la conducta que el activo pretende realizar con la posesión del estupefaciente, pues remite a conductas enumeradas en el artículo 194 del propio código, que están plenamente identificadas, a saber: producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar, aun gratuitamente, o prescribir el estupefaciente poseído por el activo; incluso aportar recursos económicos o realizar actos de publicidad para financiar o consumir, respectivamente, estupefacientes. Por tanto, el derecho que tiene el inculpado de conocer en forma detallada el hecho concreto por el que se le juzga y, en su caso, por el que se le condena, se encuentra consagrado como una garantía en el artículo 20, apartado A, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el derecho de todo inculpado en un proceso del orden penal, de que en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, se le haga saber el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria. La garantía descrita se reiteró por el Senado de la República el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, al adherirse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno, que en su artículo 8o., punto 2, inciso b), dice: "Artículo 8o. Garantías judiciales. ... 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.". A lo anterior se agrega que la obligación del agente del Ministerio Público de la Federación de precisar en forma exacta la conducta que el activo pretendía efectuar con el estupefaciente que poseía, encuentra su fundamento en el

artículo 21 constitucional, y se desprende con claridad del artículo 293 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer que al formular sus conclusiones "deberá fijar en proposiciones concretas, los hechos punibles que atribuya al acusado". Las que "deberán contener los elementos constitutivos del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad". Por tanto, al determinar el legislador en el artículo 195, primer párrafo, del Código Penal Federal, que si la finalidad del estupefaciente poseído por el activo era la de realizar alguna de las conductas detalladas en el artículo 194 del propio código punitivo, le estableció una pena específica y también impuso como elemento del delito no sólo que se probara el hecho de dicha posesión del narcótico, sino también el propósito de que el agente del ilícito decidiera realizar conscientemente las conductas que describe otra figura delictiva. Así es, la acción de poseer el estupefaciente encontrado se sanciona por el artículo 195, párrafo primero, del aludido código punitivo federal, con pena de cinco a quince años de prisión y para ello debe probarse la finalidad perseguida por el agente. Por otro lado, la realización o actualización de las conductas que describe el repetido artículo 194, se sancionan con mayor gravedad al contemplar una pena de diez a veinticinco años de prisión. Por tanto, para estimar la existencia de esa categoría de delito contra la salud, como ya se indicó, el legislador impuso la prueba de la finalidad perseguida por el activo, la que constituye, obvio es, un elemento del tipo penal del delito que se analiza. Empero, la prueba de ese elemento no puede alcanzarse de un modo objetivo, pues la intencionalidad de lograr las conductas ya descritas constituye el dolo del agente, que no es algo que se pueda apreciar aisladamente de un modo material, ya que por estar inmerso en la voluntad, no es algo que se pueda advertir directa y objetivamente, sino a través de operaciones intelectuales que parten del análisis de hechos que si bien tienen relación con esas conductas, no las realizan, pues, de ser así, se estaría ante la presencia del ilícito que la sanciona en específico. En esas condiciones, claro está, el legislador incluyó como presupuesto de existencia del delito la prueba de

responsabilidad del agente, lo que implica la intervención objetiva en la realización de la acción, así como una subjetividad imputable en razón del fin delictivo. Esto es, obligó al órgano persecutor a precisar con claridad la conducta que el activo pretendía realizar con el estupefaciente que poseía y a los juzgadores a examinar conjuntamente con los elementos materiales, el dolo o la intencionalidad del agente, que constituye siempre el elemento subjetivo y requiere la demostración de un nexo de atribuidad con el resultado típico producido, en razón de actos u omisiones que figuren como condición necesaria de ese resultado, así como también que se tenga cierto dominio funcional sobre los acontecimientos en términos de lo dispuesto en el artículo 13, en sus diversas fracciones, del Código Penal de aplicación federal. Esto es así, pues los sucesos que no pueden probarse de manera directa, como son los elementos subjetivos del delito, precisan de un esfuerzo razonado para establecer con elementos materiales, aun aislados, el hecho a probar, conforme lo sustentó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia por contradicción número 23/97, publicada en la página 223, Tomo V, junio de 1997, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, que dice: "PRUEBA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL.-En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo fáctico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, ya no para probar, sino para presumir la existencia de otro hecho desconocido; es decir, existen sucesos que no se pueden demostrar de manera directa por conducto de los medios de prueba regulares como la confesión, testimonio o inspección, sino sólo a través del esfuerzo de razonar silogísticamente, que parte de datos aislados, que se enlazan entre sí, en la mente, para llegar a una conclusión.". Por tanto, si el autor del delito previsto en el artículo 195, párrafo primero, del ordenamiento penal, encamina su acción a la realización de la conducta que vulnera otro bien jurídico protegido, su objetivo no es otra cosa que la realización de un diverso delito, aunque sin consumarlo, pues, en ese caso, se integrarían dos tipos penales. Entonces, esa mera

intención involucra, evidentemente, la prueba de responsabilidad. Así, en los términos explicados, el dolo resulta un elemento esencial o de existencia del delito contra la salud que se examina, aun con lo injusto que pudiera parecer, porque quienes lo consideran sólo como un elemento de culpabilidad, están obligados a romper la coherencia de su sistema y a considerarlo elemento de lo injusto, aun cuando el delito no haya llegado a su consumación. Por tanto, sin apartarse de la teoría finalista, que es la que provoca ese tratamiento legislativo, debe reconocerse una doble naturaleza del dolo; esto es, como elemento de la culpabilidad y como elemento subjetivo de lo injusto. En esos términos se pronunció el Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, en la tesis publicada en la página 350, Tomo III, enero de 1996, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que dice: "SALUD, DELITO CONTRA LA. LA FINALIDAD DE LA POSESIÓN DE NARCÓTICOS, CONSTITUYE UN ELEMENTO ESENCIAL DEL TIPO PENAL PREVISTO POR EL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.-Conforme al texto del artículo 195 del Código Penal Federal, el hecho que la posesión del narcótico, tenga como propósito o finalidad, la realización de alguna de las conductas descritas como delito por el artículo 194 del Código Penal Federal, sí constituye un elemento esencial del tipo penal descrito por el citado precepto, pues dada la redacción de dicho precepto, al decir 'siempre y cuando', condiciona la imposición de la sanción que en el mismo se prevé, al hecho de que la posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas por el artículo 194.". El propio Tribunal Colegiado estableció, como aquí se hace, que las condiciones personales del sujeto activo son un elemento subjetivo constitutivo del delito previsto en el artículo 195, primer párrafo, del Código Penal de aplicación federal. Así es, el criterio de referencia aparece publicado en la página 914, Novena Época, Tomo IX, junio de 1999, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que dice: "SALUD, DELITO CONTRA LA. PRUEBA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.-Los dos

primeros elementos del delito previsto por el artículo 195 del Código Penal Federal, es decir, que se posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal, y que tal posesión se realice sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, son de naturaleza objetiva y se conforman por hechos externos al sujeto activo, que realizados u omitidos por éste, son perceptibles por los sentidos y demostrables a través de prueba directa. En cambio, el tercero de ellos, consistente en la finalidad de la posesión, es de carácter subjetivo, pues se refiere al ámbito interno del activo del delito, recae sobre la intención volitiva perseguida por éste con el acto posesorio del narcótico y en la mayoría de los casos, es refractaria a la prueba directa y por ende, su comprobación puede hacerse a través de inferencias derivadas de los hechos plenamente demostrados en autos por otras pruebas, conforme a las reglas de la prueba circunstancial previstas por el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con el último párrafo del artículo 168 del propio ordenamiento." En los términos reseñados, la finalidad de la posesión del estupefaciente la estableció el legislador en el artículo 195, párrafo primero, en relación con el 194 del Código Penal Federal y, por ende, en observancia al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el órgano persecutor debe establecer con claridad la conducta concreta que, en su concepto, el activo pretendía con el narcótico que, según se afirmó, poseía, a fin de que el juzgador se encuentre en condiciones de examinar si esa finalidad, como elemento subjetivo, se acreditó en la dilación judicial. No se desatiende la existencia de la tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, cuyo rubro es: "DELITO CONTRA LA SALUD EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICO CON LA FINALIDAD DE COMETER DIVERSA CONDUCTA ILÍCITA, PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 195 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. PARA NO DEJAR EN ESTADO DE INDEFENSIÓN AL INCULPADO, BASTA CON ACREDITAR LA FINALIDAD SIN ESPECIFICARSE LA CONDUCTA." Tampoco se desatiende que en ella se invoca el

criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenido en la tesis de jurisprudencia por contradicción número 7/96, publicada en la página 477, Tomo III, marzo de 1996, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Empero, este último criterio, lejos de apoyar el sentido de aquél, corrobora las consideraciones que aquí se expresan. En efecto, la Primera Sala del Máximo Tribunal de la nación, en la citada jurisprudencia sostuvo, entre otros aspectos, que la especial finalidad es un elemento del delito previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal y, por consiguiente, el juzgador debe analizarla mediante un enlace concatenado de los elementos objetivos, al precisar: "POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS EN DELITOS CONTRA LA SALUD. SU NECESARIA VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD.-El tipo penal previsto en el artículo 195 del Código Penal Federal establece sanción para el poseedor de alguno de los estupefacientes y psicotrópicos señalados en el normativo 193, pero ello siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194. Para el acreditamiento del elemento subjetivo es sin duda la confesión un medio idóneo aunque por sí sola no es suficiente, pues en la mayoría de los casos en que ella exista habrá que vincularla con otras que estén aparejadas, con la comprobación del resto de los elementos típicos de carácter objetivo. Resulta, por tanto, necesario demostrar primeramente los elementos de carácter objetivo del tipo penal, como son: la existencia de la droga, el tipo y la cantidad de la misma que el sujeto poseía (o transportaba), así como circunstancias de lugar, tiempo, y ocasión; después habrá que analizar la existencia de los elementos subjetivos, como son el dolo y la especial finalidad, para lo cual es idónea la confesión del inculpado de que efectivamente la poseía y que la llevaba consigo para realizar alguna de las acciones a que se refiere el artículo 194, es decir: comerciar, traficar, introducir, etcétera. En tales circunstancias, el juzgador al resolver debe efectuar un enlace concatenado de los elementos objetivos con el aspecto subjetivo, y con todo ello determinar la finalidad del agente

respecto del destino del narcótico, no resultando por tanto suficiente la sola afirmación aislada de dicha circunstancia sin la vinculación con otros medios de prueba.". En consecuencia, como el juzgador no puede desatender los hechos materia de las conclusiones acusatorias formuladas por el Ministerio Público de la Federación conforme al artículo 21 constitucional, para efectuar el examen de ese elemento subjetivo, necesariamente requiere que el órgano persecutor precise la conducta que, a su ver, el inculpado pretendía realizar con el narcótico que poseía. Más aún, la precisión en la conducta que pretendía efectuar el activo con el estupefaciente que poseía, importa cumplir con las garantías de legalidad y seguridad jurídica consagradas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues de no ser así, no se le da la oportunidad de enterarse debidamente de la conducta específica y naturaleza de la acusación, que es por la que se instruyó el proceso.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 316/2002. 9 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Lira Martínez. Secretario: Gabriel Bernardo López Morales.

Amparo directo 15/2003. 27 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Eduardo Alvarado Puente. Secretaria: Luz María Arizaga Cortés.

Amparo directo 21/2003. 27 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Eduardo Alvarado Puente. Secretaria: Luz María Arizaga Cortés.

Amparo directo 14/2003. 20 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Cedillo Orozco. Secretaria: Laura Guadalupe Rodríguez Cárdenas.

Amparo directo 12/2003. 24 de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Eduardo Alvarado Puente. Secretaria: Lorena Oliva Becerra.

Notas:

Sobre el tema tratado, la Primera Sala resolvió la contradicción de tesis 136/2003.

Por ejecutoria de fecha 27 de octubre de 2004, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 89/2003-PS en que participó el presente criterio.

CONCLUSIONES:

1.- Del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el resultado). El principio de culpabilidad sirve, de un lado, para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva del Estado, constituyendo además, valuarte del derecho penal del hecho, donde ante la inexistencia de, al menos, una resolución manifestada traducida en actos de carácter ejecutivo y perceptibles a través de los sentidos por tener vigencia ontológica en el mundo fáctico, no es posible esperar aún la intervención del instrumento punitivo más severo de que echa mano el Estado de Derecho para prevenir y castigar los ataques más intensos e intolerables a los bienes jurídicos, que además resulta imposible controlar por otros medios menos invasivos del espacio de libertad asegurado al ciudadano (principios de fragmentariedad, subsidiaridad, mínima intervención y *ultima ratio* que informan el moderno derecho penal).

2.- En ese mismo orden de ideas, no es posible bajo los postulados del moderno derecho penal y aún más, de un Estado que se precie de ser democrático y de derecho (*donde tenga vigencia el pleno respeto a la igualdad y la dignidad de la persona humana, de cuyos rasgos*

esenciales de protección a la intimidad, forma parte indiscutible el fuero interior de las personas, que por no exteriorizarse aún, pertenecen en exclusivo a su espiritualidad y esencia), proceder a la criminalización y consecuente sanción mediante instrumentos penales, de las eventuales disposiciones anímicas del autor en relación con un objeto cualquiera, o inclusive con un objeto de delito, al no poder conocerse, -con un grado de certeza tal que fundamente y legitime una condena, y no atropelle las mínimas garantías y el más elemental garantismo penal- la disposición intersubjetiva criminal del autor (si es que existe), que transcurre en su insondable fuero interno, ya que dentro del *iter criminis* es consabido que resulta regla sin excepciones, que todo lo que transcurre en la esfera interna (ideación, deliberación y resolución), a través de las cuáles se formaliza la voluntad criminal y que preceden a su manifestación, es penalmente irrelevante e incoercible.

3.- Derivado de las anteriores reflexiones, es claro e indiscutible que el principio de culpabilidad, es parte de un sistema penal de garantías para el ciudadano, que no reacciona al delito de manera efectista y eficientista, o mediante la utilización de la persona humana para entronizar un derecho penal de la seguridad o de la prevención criminal, construido a costa de la eliminación de los más elementales derechos públicos fundamentales, entre los que se encuentra, por derivación de la dignidad y el respeto a la calidad de persona humana,

la infranqueable barrera del respeto a la intimidad y a las ideas, que aunque puedan ser *a posteriori* constitutivas de algún delito, en caso de traducirse en **acciones materiales** y **hechos sancionables**, mientras transcurran en el fuero interno del autor, resultan inocuas y de nula ofensividad social.

4.- El principio de culpabilidad no se encuentra formulado expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni en los tratados y declaraciones internacionales que México ha suscrito, pero puede derivarse de dos principios firmemente acuñados en nuestro orden legal, como son el principio del Estado de democrático y de derecho, del principio de seguridad jurídica, igualdad y del principio de legalidad, pues para el respeto de aquél, es dable efectuar una aplicación de los principios no explícitos en la ley, y no en la hipótesis contraria, que a través de una interpretación literal de esta los contradigan.

5.- Derivado de un derecho penal propio de un Estado democrático y de derecho, es claro que el *ius poenale y puniendi* estatal, tienen ciertos límites frente al ciudadano, de los que el más palpable y significativo para el respecto irrestricto a los anteriores principios, es aquel que se condensa en la vieja máxima de *Ulpiano* que reza: "*cogitationes poenam nemo patitur*", esto es, que nadie puede ser

castigado por sus pensamientos, que el pensamiento no delinque y así expresado, puede violarse mediante la incriminación directa de actitudes internas y también mediante el castigo de hechos exteriores carentes de lesividad, utilizados, por lo tanto, como meros síntomas del ánimo.

6.- Así las cosas, en el delito de **POSESIÓN DE ALGUNO DE LOS NARCÓTICOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 193, CON LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL**, que previene y sanciona el artículo 195 del Código Penal Federal, quiebra el principio de culpabilidad y del derecho penal del hecho, al pretender sancionar con penas más elevadas, un dato subjetivo *per se*, y no un hecho objetivamente perceptible y materialmente perturbador, haciéndose responsable al sujeto de lo que es propiamente interno, pues la pretendida “finalidad” no puede imaginarse (que no probarse sin asomo de duda razonable) sino en el fuero interior del sujeto, en el ámbito de sus ideas y su pensamiento, que es una barrera infranqueable para el legislador punitivo, que se precie de ser respetuoso de la igualdad y dignidad de las personas, así como de los principios constitucionales que rigen el moderno derecho penal.

7.- Es más que dudosa la constitucionalidad de la construcción de un *sistema de presunciones* con base en las circunstancias que a menudo, y a gusto de cada órgano jurisdiccional, se utilizan para dar por acreditada la finalidad, irrespetando incluso el valor **PREPONDERANTE** de la cantidad del narcótico, con base comparativa en las establecidas en el Apéndice Uno del Código Penal Federal, para la apreciación de la modalidad de tenencia simple del artículo 195 bis.

Concluyendo sobre la evidente penalización de un delito que no tiene como referente una conducta humana exteriormente manifestada, es claro que con este tipo de tipificaciones, se adelanta el umbral de la punibilidad de tal manera, que el Estado comienza a incidir conculcando garantías, en el substrato espiritual e intelectual de las personas, pues se omite la exigencia de una conducta que suponga ya, sin tener que recurrir a indicios y pruebas de elementos subjetivos, al menos la posibilidad de surgimiento del peligro para el bien jurídico.

8.- Resulta importante detenerse a considerar sobre una infracción más de carácter constitucional, al **principio de presunción de inocencia**. En efecto, la incriminación que efectúa un tipo penal como el que se combate, en el que falta precisamente una conducta o hecho a la cual hacer referencia para la pretendida “finalidad”, siquiera con carácter de principio de ejecución, que entrañe la comisión de alguna

de las conductas a que se refiere el artículo 194 del Código Penal Federal, conlleva una clara vulneración a la presunción de inocencia, que si bien tampoco se expresa de manera explícita en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye un paradigmático ejemplo de que no por ese hecho, deja de tener vigencia y rango de garantía individual, en semejanza a como se argumentó en ocasión de la sostenida vigencia y validez del principio de culpabilidad y del derecho penal del hecho.

9.- El establecimiento de un tipo penal como el que se tilda de inconstitucional ocasiona que la prueba de la pretendida finalidad, no sea posible más que por un medio de dudosa efectividad, especialmente cuando al utilizarlo se violan las mínimas reglas que rigen su práctica y apreciación como en el caso a estudio. Nos referimos a la prueba de indicios que por su naturaleza es indirecta y altamente falible, y es el medio de prueba del que comúnmente se echa mano para acreditar la voluntad que requiere el tipo en cuestión, lo que simple y sencillamente lleva a un callejón sin salida que nos ubica en la frontera del delito de sospecha, que es también contrario al principio de culpabilidad e incompatible con la función de garantía de la tipicidad y el principio de legalidad.

Lo anterior es así, porque a través de la prueba de indicios o circunstancial, no es posible, por ser indirecta, constatar plenamente

un elemento subjetivo específico como el contenido en el tipo penal de “posesión con fines” del artículo 195 párrafo primero, ya que a lo más podrá existir el convencimiento personal del juez de su existencia, con lo que en definitiva y en honor a la verdad, de *lege lata*, se admite la posibilidad de que se den por probados determinados indicios en su realidad concreta, y que a partir de ellos se fundamente una condena sin que se haya eliminado completamente el riesgo de divergencia entre el contenido de la convicción judicial y la realidad efectivamente acaecida, ante el elevado peligro de que los indicios, no obstante su existencia, indiquen precisamente la hipótesis contraria a la que se pretende acreditar (una finalidad diversa a la de realización del alguna conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal Federal, como frecuentemente resulta ser el consumo estricto personal o entre grupos de personas adictas).

10.- Con lo ilustrativo que resulta el caso en concreto, lo único cierto y fuera de duda, es que un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas, siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional. Por ello, es pertinente recordar el parecer de *Mittermaier* en su obra “*Tratado de la prueba en materia criminal*” cuando señala:

“cada prueba, cada hecho del que se deduce la prueba, produce, pues, como hemos dicho, un movimiento en la

conciencia humana: movimiento que varía de intensidad según los individuos. Compárese un Juez de imaginación viva con otro habituado a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado sería muy distinto”

La cuestión de inconstitucionalidad es evidente: se vulnera abiertamente la garantía de seguridad jurídica o de igualdad cuando se admite que dos supuestos idénticos pueden tener dos soluciones correctas en función de la personalidad de quien los enjuicia, lo que viola además los principios lógicos elementales de “no contradicción” y del “tercero excluido”.

11.- Resulta señalar como conclusión obligada en orden a la flagrante violación a la garantía expuesta de dignidad de la persona y de seguridad jurídica, y que descansa sobre el hecho de que, al confiarse la última palabra sobre la prueba de indicios a la convicción judicial se admite, de modo **más o menos** explícito, que toda condena significa y entraña la posible instrumentalización del individuo, ante la sola probabilidad, que no certeza, de su culpabilidad, y especialmente cuando como en el caso a estudio, lo que se pretende dilucidar como verdad formal y forense que se busca, es algo que solo tiene cabida en la insondable alma humana, esto es, una intención, una idea, un propósito, y no un hecho material buscado a través de inferencias lógicas derivadas de circunstancias que contiene hechos de la misma naturaleza que aquél que se pretende establecer, es decir, algo que atañe al mundo de la facticidad y no al mundo de las ideas.

12.- Las circunstancias de que a menudo echa mano la jurisprudencia, y de las que no es excepción el caso a estudio, no son ni remotamente reglas de experiencia de vigencia incontrovertida y empíricamente comprobadas, por lo que no pueden servir de premisa mayor en el razonamiento silogístico que derive en la conclusión de que el sujeto tuvo la finalidad de efectuar alguna conducta prevista en el artículo 194, con la droga cuya tenencia se le atribuye. Considerar lo contrario, es tan solo caer en la arbitrariedad y el acaso, tratando de afirmar certeza donde solo existe probabilidad, y encarnar la crítica que en su día hiciera *Framarino dei Malatesta*, al indicar que tal proceder sirve “. . . de cómodo sillón a la pereza, que incita a descansar en él con el pretexto hipócrita de una buena conciencia”.

13.- Pero además, en tratándose de la conducta descrita en el artículo 194 del Código Penal Federal, el método probatorio empleado fracasa al pretender inferir de datos circunstanciales, no la real presencia de una conducta o hecho que entrañe una manifestación de voluntad expresada en un movimiento corporal externo ligado causalmente a un resultado, sino un dato todavía más controvertible como lo es la voluntad del sujeto, que es finalmente lo que se sanciona.

14.- Pretender aplicar una pena sin la existencia de actos materialmente perceptibles y comprobables que entrañen al menos un

principio de ejecución del delito que se pretende atribuir, conlleva la criminalización de voluntades e intenciones no verificables con certeza absoluta, y conculcan el derecho a la presunción de inocencia, pues resultara que el activo en todo caso, tendrá la necesidad de comprobar, ante el cúmulo (si es que se llegan a verificar) de indicios que rodean circunstancialmente su posición frente al tipo penal, que “no tenía la intención” de verificar con la droga que posee, alguna de las conductas del artículo 194 del Código Penal Federal, lo que desde luego únicamente le es dable demostrar mediante su propio dicho, el cual se encuentra condenado por una arraigada práctica judicial, a estimarse como producto de “aleccionamiento o reflexiones defensivas”, sin ulterior comprobación de tales extremos, ni precisión de los elementos de prueba que obren en el sumario que determinen dicha estimación, o bien, como una confesión calificada divisible.

15.- Pero además de los motivos de inconstitucionalidad que se hacen ver en el presente trabajo, ocurren otras “tragedias” de orden estrictamente dogmático, de las que la más sensible representa la difuminación de la distinción entre *conductas preparatorias*, *tentativa* y *conductas consumadas*, lo que sólo conlleva la clara disminución de los requisitos para la punibilidad de una conducta, la merma en las posibilidades de una defensa adecuada y el control de las decisiones de los jueces mediante la utilización de los criterios dogmáticos.

En este orden de ideas, si el límite mínimo infranqueable de lo antijurídico se concibe en el derecho penal con el sustrato de la *tentativa de delito*, no se comprende como es posible que se incriminen conductas tales como la posesión “con fines” de efectuar alguna conducta prevista en el artículo 194 del Código Penal Federal. Al efectuar este tipo de tipificaciones legales, el legislador difumina la distinción dogmática que en el *iter criminis* se plasma básicamente en dos esferas: la interna y la externa, de la cual es postulado del derecho penal universal que no es posible sancionar las fases que abarca la primera (ideación, deliberación y resolución) ya que el campo de lo ilícito no se revela, sino desde el momento en que, si acaso, se ha manifestado la resolución del delito en ocasión de efectuar “actos” que entrañen un principio de ejecución y un comienzo de afectación o peligro para el bien jurídico tutelado.

16.- De lo comentado se considera que, resulta inconstitucional por violar elementales garantías del ciudadano que otorga nuestra Carta Magna, la introducción en la legislación penal del delito **CONTRA LA SALUD** en la modalidad de **POSESIÓN DE ALGUNO DE LOS NARCÓTICOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 193, CON LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 194**, adicionado mediante Decreto de Reformas al Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el día diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

17.- El tipo penal referido y señalado en el punto anterior y cuya constitucionalidad se controvierte en este trabajo, reitero, resulta atentatorio de las garantías de igualdad, dignidad e intimidad de las personas, seguridad jurídica, exacta aplicación de la ley y violatorio de los principios del derecho penal moderno que rige en un Estado democrático y de Derecho como el nuestro, y si bien es claro que también atenta contra el principio de culpabilidad, de derecho penal del hecho, de presunción de inocencia y de proporcionalidad.

18.- En cuanto que se atenta contra la garantía de igualdad, cuando se pretende establecer un tipo penal que pretende asociar una pena privativa de libertad, directamente ligada a una situación que transcurre en el mejor de los casos, dentro del fuero interno de la persona humana, pues es claro que no por tratarse de una política criminal integral que pretende reaccionar con firmeza ante la proliferación de los delitos contra la salud, le este permitido al legislador atropellar las más elementales prerrogativas naturales del hombre. En efecto, así como no se establece sanción alguna por posesión con fines de “homicidio” o “lesiones” a las personas que portan algún artefacto peligroso o algún arma prohibida, tampoco se sanciona por uso de documento falso a quien se encuentra en simple posesión de algún documento apócrifo o de los medios para alterar su esencia, pues como lo han establecido nuestros tribunales, no se

puede inferir apodícticamente la ultraintención delictiva de una conducta penalmente sancionada, tan sólo por el hecho de encontrar el objeto material dentro del ámbito de disponibilidad y radio de acción del sujeto que no sea diferente a la simple incriminación de tal posesión, si así lo establece la ley penal. Por ello, tampoco es posible incriminar una posesión de droga, bajo el argumento de que es “con fines” de efectuar una venta, un transporte, un suministro, etcétera, pues el legislador no puede incidir de manera preventivo-general mediante el mandato de determinación de la norma, en los pensamientos y voluntades de los ciudadanos, conminándolos con la imposición de una pena por lo que “piensen hacer” en el futuro, y no puede llegarse al extremo de que el Estado intervenga en los pensamientos, intenciones, voluntades o sentimientos de las personas, que pertenecen a la esfera de su más irrestricta intimidad y libertad, más aún cuando la determinación probatoria de tales elementos psicológicos, es abiertamente cuestionable y falible, lo que priva de legitimidad una sentencia que condene sobre esa base de conocimiento, cuando además resulta también altamente cuestionable, el argumento de que con tales determinaciones se combatan eficazmente los delitos contra la salud, y se salvaguarde el bien jurídico de la salud pública, lo cual además debiera en todo caso, ser de inexcusable acreditación mediante los medios que la ley establece, para que sólo así, si a caso, se justificara la particular tipificación, ya que inclusive, los documentos que avalan el proceso legislativo que le

dio origen, ni siquiera se detienen a examinar el estado de la cuestión y de la problemática social y estadística que pudiera servir de apoyatura de la medida legislativa que se instrumenta para tales fines, lo que evidencia su carácter simbólico.

19.- Cabe por lo anteriormente expuesto insistir, en que la tipificación del delito de “posesión de narcóticos con fines” adelanta de tal manera la punibilidad, que destruye por completo la esencia objetiva del propio comportamiento típico, para trasladarse hasta el ámbito del mundo ideal y la *psique* de los sujetos, que en forma alguna puede en recto criterio, considerarse como el ámbito legal y legítimo de lo punible, ya que los “malos pensamientos” no pueden ser peligrosos para los bienes jurídicos, incurriendo inclusive en un dilema de carácter ético-social que implica trasladar el ámbito del deber ser, a lo que puede ser simplemente reprochable desde el punto de vista de la moral, pero que de ninguna manera puede considerarse una cuestión heterónoma a la cual deba y pueda reaccionar el Estado con la fuerza del *ius puniendi* estatal, especialmente cuando existen disposiciones límite de lo injusto, como lo es la penalización de la tentativa en las conductas que tipifica el artículo 194 del Código Penal Federal, en donde con respeto a los derechos fundamentales del hombre de naturaleza más esencial, se exige un principio de ejecución mediante actos unívocos y finalmente dirigidos precisamente a incidir de una manera jurídica en la materia de la prohibición, mediante acciones u omisiones

dominables por la voluntad, pero no incriminar la simple voluntad maliciosa, que inclusive puede que nunca llegue a ser manifestada, o bien, encuentre cauce moral diferente en el *desideratum* interno del justiciable.

20.- Consideramos y concluimos que del estudio del tema, aquí planteado, se debe de suprimir del artículo 195 del Código Penal Federal, la denominada “**finalidad**” (**Intención**), pues la aplicación de dicho termino en relación con cualquiera de las conductas descritas en el artículo 194 del mismo ordenamiento legal federal, constituyen actos violatorios de las garantías de igualdad, dignidad e intimidad de las personas, seguridad jurídica, exacta aplicación de la ley consagradas en nuestra Carta Magna, así como violatoria de los principios del derecho penal moderno que rige en un Estado de Derecho como el nuestro, y que se deben de sancionar solo los actos de ejecución, aquellos que materialmente sean perceptibles y que lógicamente pongan en peligro o dañen el bien jurídicamente tutelado en delitos de esta naturaleza como es la salud publica, y dejar de sondear y aún mas de pretender castigar el fuero interno de cualquier individuo, pues adelantarnos en la criminalizacion de circunstancias que solo pasan por el psique del autor del delito, no es ni constituye razón lógica y jurídica que así lo amerité, para ser sancionado como un ilícito penal, por lo que concluimos que el manejo y aplicación de la **finalidad**, en

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, ENRIQUE: Principios de Derecho Penal. Parte General. 4ª. Ed. Editorial Akal, Madrid, 1997.

BACIGALUPO ENRIQUE: Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ª. Reimp. Editorial Temis, Bogotá, 1998.4

BAUMANN, JURGEN: Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Reimp. de la 1ª. Ed. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.

BUSTOS RAMIREZ, JUAN / HORMAZABAL, HERNAN: Lecciones de Derecho Penal. Vol. II. Editorial Trotta. Madrid, 1999.

COBO DEL ROSAL, MANUEL / ANTON VIVES, T.S.: Derecho penal. Parte Especial. 3ª. Ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CODIGO PENAL FEDERAL. Ed., Sista, México 2006

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ed., Sista, México 2006

DIAZ-ARANDA, ENRIQUE: Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México. 1ª. Ed., Editorial Porrúa, México, 2000.

FERRAJOLI, LUIGGI: Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. 4ª. Ed., Editorial Trotta, Madrid, 2000.

GONZALEZ-SALAS, RAUL: La teoría del bien jurídico en el derecho penal. 1ª. Ed., Pérez-Nieto editores, México, 1995.

GALLAS, WILHEM: La teoría del delito en su momento actual. 1ª. Ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1959.

HASSEMER, WINFRIED: Fundamentos del Derecho Penal. Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

JAEN VALLEJO, MANUEL: Principios Constitucionales y Derecho Penal

Moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional. 1ª. Ed.; Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.

JAEN VALLEJO, MANUEL: La Presunción de Inocencia en la Jurisprudencia Constitucional. Ed. Akal/Ure, Madrid, 1987.

JAKOBS, GÜNTHER: Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 1ª. Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1995.

JAKOBS, GÜNTHER: Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional. 1ª. Reimp. De la 1ª. Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

JESCHECK, HANS HEINRICH/WEIGEND, THOMAS: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote de la 5ª. Ed. Renovada y ampliada, Ed. Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO: Derecho Penal Mexicano Tomo II. 7ª. Ed.; Ed. Porrúa, México, 2003.

JOSHI JUBERT, UJALA: Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 C.P. José María Bosch Editor; Barcelona, 1999.

KINDHÄUSER, URS: Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. 1ª. Reimp. De la 1ª. Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

Ley General de Salud.- Ediciones ISEF, México, 2007.

LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO: Delitos en particular. Tomo II. 1ª. Ed.; Editorial Porrúa, México, 1995.

MARINUCCI, GIORGIO: El delito como “acción”. Crítica de un dogma. 1ª. Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

MENDOZA BUERGO, BLANCA: El Derecho Penal en la sociedad de riesgo. 1ª. Ed.; Editorial Civitas, Madrid, 2001.

MIR PUIG, SANTIAGO: Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho. 1ª. Ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1979.

MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho penal. Parte general. 3ª. Ed., PPU, Barcelona, 1990.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho penal. Parte General. 2ª. Ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

NESTLER, CORNELIUS: La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y sustancias estupefacientes, en La Insostenible situación del Derecho Penal, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt-Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Ed. Comares, Granada, 2000.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal. 1ª. Ed., Editorial Porrúa, México, 2001.

RAGUES I VALLES, RAMON: El dolo y su prueba en el proceso penal. 1ª. Ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

ROXIN, CLAUS: Política criminal y sistema del derecho penal. Editorial Bosch, Barcelona, 1972.

ROXIN, CLAUS: Problemas básicos del derecho penal. Editorial Reus, S.A., Madrid, 1976.

ROXIN, CLAUS: Derecho Penal. Parte General. Trad. de la 2ª. Ed. alemana, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, CLAUS: La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. 1ª. Ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SCHÜNEMANN, BERND (ed.): El sistema moderno de derecho penal: Cuestiones fundamentales. Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

SCHÜNEMANN, BERND: Consideraciones críticas sobre la situación de la ciencia jurídico-penal alemana. 1ª. Reimp. de la 1ª. Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

SILVA SANCHEZ, J. MARIA: La Expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª. Ed.; Editorial Civitas, 2001.

WELZEL, HANS: Un nuevo sistema de derecho penal. La doctrina de la acción finalista. 4ª. Ed., Editorial Ariel, Madrid, 1984.