



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**ESTUDIO JURÍDICO DEL DELITO DE
POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON FINES
DE COMERCIO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

P R E S E N T A

PAOLO SILVERIO MUÑOZ MONTER

TUTOR:

DR. JUAN MARIO CARDOSO CASTILLO



Nezahualcóyotl, Edo. De México

2011



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS Y A LOS SANTOS:

Por Haberme Permitido Concluir con Éxito otra Etapa de mi Vida Profesional y Académica.

A MI ALMA MATER LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO F.E.S. ARAGON:

Por haberme recibido de nueva cuenta en sus aulas y haberme brindado esa gran oportunidad de cursar una Maestría, la cual desempeñare con orgullo y dignidad profesional, pero sobre todo con la sabiduría que se debe tener para decirse digno del Grado de Maestro en Derecho.

A MIS MAESTROS DEL POSGRADO E INTEGRANTES DEL SINODO:

Dr. Bernabé Luna Ramos, Dr. Pedro Ugalde Segundo, Dr. Juan Mario Cardoso Castillo, Dr. Alejandro Hernández Mercado y Mtro. José Gregorio Vázquez Pérez. Quienes con su paciencia, sabiduría, profesionalismo y consejos, lograron que mi esfuerzo diera el fruto que se ve plasmado en la presente investigación.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS DE MAESTRIA:

Por haber compartido conmigo durante dos años sus conocimientos y experiencias profesionales en la ardua tarea que se tiene como Licenciados en Derecho y a quienes les deseo el mayor éxito profesional.

A MI FAMILIA:

Quienes han sido un gran apoyo moral tanto en mi vida privada como profesional y quienes merecen todo mi respeto, amor y gratitud por soportar en muchas ocasiones mis defectos como persona.

A MIS PRIMOS Y PRIMAS:

Con quienes he compartido momentos muy agradables y a pesar de nuestras diferencias ideológicas y morales hemos caminado juntos y hemos aprendido a respetar la forma de ser de cada uno.

A MIS ABUELAS:

Teresa Flores Navarro y Carmen Salas Cabañas, quienes me han dejado un gran legado de la vida, que es la fortaleza de vivir y salir adelante a pesar de las adversidades que tuvieron que vencer y a quienes por este medio les brindo un pequeño pero merecido reconocimiento por sus enseñanzas.

A MIS AMIGOS DE LA LICENCIATURA:

Con quienes también he compartido muchas vivencias y con quienes he aprehendido que la verdadera amistad perdura mas allá de haber cursado juntos los estudios profesionales.

"Lo que más acerca al hombre a la condición de bestia es el no ser libre donde lo son los otros. Y quien vive así, es natural enemigo de la sociedad; para esta sería muy peligroso que hubiera muchos".

MONTESQUIEU

ESTUDIO JURÍDICO DEL DELITO DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON FINES DE COMERCIO.

- I. TABLA DE CONTENIDO
- II. INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

1. MARCO HISTORICO DE LOS NARCOTICOS.

1.1 En los Orígenes de la Humanidad.....	2
1.2 En Grecia.....	7
1.3 En Roma.....	12
1.4 Las Guerras del Opio de China e Inglaterra.....	14
1.5 En el Continente Americano y Europeo durante el Siglo XIX.....	22
1.6 En la Época Actual.....	29

CAPITULO SEGUNDO

2. MARCO CONCEPTUAL.

2.1 Concepto de Delito.....	51
2.2 Concepto de Tipo.....	56
2.3 Concepto de Tipicidad.....	64
2.4 Concepto de Atipicidad.....	72
2.5 Concepto de Dolo.....	75
2.6 Concepto de Imputabilidad.....	83
2.7 Concepto de Inimputabilidad.....	89
2.8 Concepto de Salud.....	91
2.9 Concepto de Narcótico.....	93
2.10 Concepto de Droga.....	95
2.11 Concepto de Posesión.....	98
2.12 Concepto de Comercio.....	102

2.13 Concepto de Procedimiento.....	105
2.14 Concepto de Imputado.....	109
2.15 Concepto de Garantía.....	111
2.16 Concepto de Bien Jurídico.....	115

CAPITULO TERCERO

3. MARCO TEORICO.

3.1 Teoría Unitaria y Teoría Estratificada del Delito.....	125
3.2 El Sistema Casualista Clásico.....	130
3.3 El Sistema Casualista Neoclásico.....	136
3.4 El Sistema Finalista.....	143

CAPITULO CUARTO

4. EL TIPO PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO.

4.1 Los Elementos del Tipo Penal.....	154
4.2 Los Elementos Objetivos.....	164
4.3 Los Elementos Subjetivos.....	167
4.4 Los Elementos Normativos.....	173
4.5 Tipo de Peligro Abstracto.....	177
4.6 Características de los Sistemas Procesales Inquisitivo y Acusatorio.....	186
4.7 Principios del Proceso Penal Acusatorio.....	197
4.8 Principio de Oralidad.....	198
4.9 Principio de Publicidad.....	201
4.10 Principio de Contradicción.....	203
4.11 Principio de Concentración o Continuidad.....	206
4.12 Principio de Inmediación.....	210
4.13 Principio de Inocencia.....	213

CAPITULO QUINTO

5. ESTUDIO JURÍDICO DEL DELITO DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON FINES DE COMERCIO.

5.1. Análisis Jurídico de las Reformas Constitucionales a los artículos 16 y 19, Publicadas a en el Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999.....	223
5.2 Análisis Crítico de las Reformas a la Ley General de Salud, Publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 2009.....	234
5.3 La Clasificación del Delito de Posesión de Narcóticos con Fines de Comercio de acuerdo al Sistema Finalista.....	245
5.4 La Inconstitucionalidad del artículo 134 Párrafos Primero y Segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, en la Investigación del Delito de Posesión de Narcóticos con Fines de Comercio.....	259
5.5 Los Medios de Prueba para Acreditar el Delito de Posesión de Narcóticos con Fines de Comercio.....	265
CONCLUSIONES.....	282
PROPUESTAS.....	295
FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	300

INTRODUCCIÓN

Para hablar de los delitos contra la salud en su modalidad de posesión con fines de comercio, es importante conocer primeramente los orígenes de estos, las diferentes culturas y civilizaciones que han utilizado o consumido narcóticos, drogas, estupefacientes o psicotrópicos independientemente como se les prefiera denominar, en las diferentes etapas históricas de la humanidad.

Nosotros consideramos más apropiado denominarlos narcóticos, ya que así se establece de manera genérica en el artículo 193 del Código Penal Federal; una vez establecido esto, hemos de señalar que en el capítulo primero de la investigación se estableció un marco histórico de los narcóticos, en donde hablamos de los orígenes de los narcóticos, para así pasar al estudio y consumo de los mismos en algunas culturas como la griega y la romana.

Posteriormente se establecieron los orígenes del comercio de narcóticos, situación que generó una guerra entre China e Inglaterra, por cuestiones de mercado y producción y se denominaron las guerras del opio.

Otro punto que se tomó en consideración dentro del marco histórico, fue el consumo de los narcóticos en el continente americano como en el europeo, ya que fueron los principales mercados donde se establecieron los grandes emporios farmacéuticos y principales productores de narcóticos durante el siglo XIX.

Como último punto tenemos a los narcóticos durante el siglo XX y la evolución del consumo de estos durante las décadas de los 60º y 70ºs en donde se da el gran auge por el consumo de narcóticos por cuestiones de cambios culturales, sociales y políticos en la juventud y en donde se da una gran influencia de la moda artística musical inglesa y norteamericana, hasta llegar a nuestra actualidad, en donde se establece el mundo de los narcóticos como un mercado con mucha demanda de consumidores y por ende de ganancias millonarias por parte de los narcotraficantes.

Dentro del segundo capítulo tenemos el marco conceptual, este es de suma importancia, ya que aquí encontramos los orígenes y significados o connotaciones de las palabras que componen el delito de la posesión de narcóticos con fines de comercio; dentro de los conceptos jurídicos penales que consideramos básicos para el tema tenemos el de delito, el de tipo, la tipicidad, la atipicidad, el dolo, la imputabilidad y la inimputabilidad, pero además tenemos conceptos que no propiamente pertenecen al campo jurídico, como pueden ser el concepto de salud, narcótico o droga y así también encontramos conceptos pertenecientes tanto al Derecho civil como al mercantil como son la posesión y el comercio.

Por otra parte recordemos que un fin primordial es el estudio del delito de la posesión de narcóticos con fines de comercio, en el proceso penal acusatorio y oral, el cual se encuentra implementado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008 la cual se denominó *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia*, por lo que se considera oportuno relacionar el aspecto sustantivo del Derecho penal con el aspecto adjetivo penal y por lo tanto fue preciso establecer algunos conceptos como el de procedimiento, imputado, garantía y bien jurídico, para así poder establecer la propuesta de reforma Constitucional a los artículos 16 y 19 en donde se debe requerir para el libramiento de una orden de aprehensión o dictar un auto de vinculación a proceso, los datos que acrediten la existencia de los elementos del tipo penal.

Por lo que hace al tercer capítulo, tenemos el marco teórico, donde se hace un análisis de las diferentes teorías del delito como son: las teorías unitarias y estratificadas del delito que se han encargado de establecer si al delito se le debe estudiar de forma monolítica al cometerse o agotarse todos sus elementos en un solo instante o de manera estratificada como lo realizan las teorías atómicas o sistemáticas como la causalista clásica, la causalista neoclásica y el sistema finalista, con lo que pretendemos establecer que la teoría clásica como la neoclásica, se encuentran rebasadas para la aplicación del proceso penal oral y acusatorio, ya que estas teorías establecen que tanto el dolo como la culpa son

elementos o formas de integrar la culpabilidad y no de la conducta como lo precisa el sistema finalista al encontrarse establecidos en la descripción típica del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, en donde se requiere demostrar la existencia del elemento subjetivo específico de la finalidad de la posesión del narcótico para comercio, y que no dé lugar a una simple deducción lógica por cuestiones circunstanciales, motivo por el que consideramos que la teoría finalista es la que precisa que el tipo se compone tanto de elementos objetivos como de elementos subjetivos, por lo tanto el dolo y la culpa se deben establecer en este, es decir, en la conducta, pues en la culpabilidad se encuentran la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de poder actuar de manera distinta, pues el ser humano al ser imputable o contar con salud mental, tiene la voluntad y capacidad de predisponer su conducta y dirigirla a diferentes fines o propósitos, y garantizar así el principio de inocencia para que la parte acusadora tenga el deber de investigar y probar plenamente que la conducta realizada por el sujeto activo del delito era la de comerciar con la posesión de narcóticos, para que el juez no incurra en una violación al principio de la exacta aplicación de la ley.

En el capítulo cuarto, se trata de estudiar los elementos del tipo penal y cuáles son sus componentes genéricos a todos los delitos y específicos para el delito que nos ocupa; así mismo se establece que los elementos objetivos, subjetivos y normativos son parte fundamental del tipo penal, cuando se encuentran inmersos en la descripción hecha por el legislador, por otra parte se establece que la posesión de narcóticos con fines de comercio es un tipo penal que se clasifica de peligro abstracto, esto en cuanto a que con la simple posesión del narcótico en cantidades pequeñas o grandes se encuentra en peligro el bien jurídico que tutela la ley penal que es la salud pública, sin embargo el legislador por cuestiones de política criminal hace un juicio *a priori*, sancionando la posesión con fines no solo de comercio, sino que además hace referencia a que la posesión del narcótico puede ser con fines de producción, transportación, suministro gratuito etc. Realizando la misma valoración de conducta, al señalar que cualquiera de estas conductas debe ser punible al igual que el fin de comercio, por lo que se considera

que se viola flagrantemente el principio de la exacta aplicación de la ley que contempla el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución.

En este mismo capítulo, se realizó un estudio breve de los principios que rigen el proceso penal acusatorio y oral, ya que estos se encuentran contemplados en la Constitución General de la República Mexicana, a partir de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008, en donde se establece que la parte acusadora tendrá la carga de la prueba, para demostrar la culpabilidad correspondiente conforme lo establezca el tipo penal, por lo que atendiendo a dichos principios, será a la parte acusadora a quien le corresponde probar que la posesión del narcótico es con la finalidad de comercio y que no exista la más mínima probabilidad de que la posea para su consumo personal, distribución o suministro gratuito de lo contrario se actualizaría una inexacta aplicación de la ley penal por ende se vulnera la seguridad jurídica del ciudadano.

Por último en el capítulo cinco se manejan una serie de propuestas con el único propósito de tratar de mejorar nuestro sistema de justicia penal, tanto en lo sustancial como en lo procesal por lo que consideramos oportuno que se establezca una reforma Constitucional a los artículos 16 y 19 que para el libramiento de una orden de aprehensión o dictar un auto de vinculación a proceso, existan datos que acrediten los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del imputado.

Otra de las propuestas que se realiza es la reforma al artículo 134 párrafo primero del Código Federal de Procedimientos Penales en cuanto a que exime al Ministerio Público de acreditar plenamente la forma de realización de la conducta y de los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, por lo que proponemos que se le debe pedir la acreditación de la forma de realización de la conducta y de los elementos subjetivos específicos cuando el tipo lo establezca; ya que por mandato Constitucional es la institución encargada de investigar y perseguir los delitos de acuerdo al artículo 21 del ordenamiento en cita.

CAPITULO PRIMERO

Comenzaremos hablando de la historia de los narcóticos o drogas que han estado presentes durante la existencia de la humanidad, las cuales han sido utilizadas por el mismo, de diversas maneras y con diferentes propósitos o fines, trataremos de seguir una secuencia cronológica de los acontecimientos históricos más importantes que se han dado alrededor de los narcóticos y de la convivencia del hombre con estos de forma muy general.

1. MARCO HISTORICO DE LOS NARCÓTICOS

“Al estudiar la problemática de las drogas, debe analizarse el aspecto histórico, con el objeto de tener una visión integral de lo que ocurre con las conductas que realizan los hombres en relación con tales sustancias, ya que el ser humano desde que apareció en la tierra las ha utilizado; pero el abuso en el consumo de las drogas, los millones de adictos a tales sustancias y la salud de la sociedad que es atacada, así como los crímenes que se llevan a cabo bajo el influjo de estupefacientes y psicotrópicos, son problemas que se han dado en los últimos años de existencia del hombre en este mundo, por lo tanto conviene analizar la evolución de los comportamientos humanos en relación con las drogas desde el punto de vista económico, político, social y jurídico y de esta manera poder haya (sic) la dimensión de la realidad concerniente al tráfico de drogas y conductas afines y así poder encontrar soluciones”.¹

Es importante conocer el aspecto histórico de las drogas, con el fin de poder llegar a una conclusión en la que se podrá determinar, el momento en el que el consumo de dichas sustancias comienza a ser nocivo para la salud del individuo, y como consecuencia de esto para la sociedad y la salud pública, ya que como más adelante se señalara, las drogas siempre han estado presentes en la vida del

¹ GARCIA RAMÍREZ, Efraín, “Análisis Jurídico del Delito Contra la Salud” editorial Sista, México 1989, pp. 99-100.

hombre y es casi indudable que en cualquier cultura, toda vez que estas han sido utilizadas con fines curativos o medicinales, religiosos o por el placer sensorial que le proporcionan al hombre.

Si viene cierto que los narcóticos se pueden estudiar desde diversas perspectivas, solamente los estudiaremos desde el punto de vista del Derecho penal.

“Los especialistas en la materia, dividen a la Historia en: Prehistoria, Protohistoria e Historia, propiamente dicha.

“La prehistoria.- Se refiere al origen del hombre, de las razas y de los pueblos.

“La protohistoria.- Estudia el periodo en que se carece de cronología y de escritos, y solo se puede investigar valiéndose de tradiciones e inducciones.

“La historia.- Propiamente dicha, estudia a los grupos humanos a partir del advenimiento de la escritura”.²

Es de suma importancia realizar una división de la historia, toda vez que esta nos ayudara a entender de una manera cronológica y más clara, los procesos por los que ha pasado el hombre a lo largo de su existencia y de su relación con los narcóticos.

1.1 En los Orígenes de la Humanidad

“Los árboles, plantas, hongos y en fin todos aquellos vegetales que contienen sustancias consideradas como drogas, porque pueden alterar el funcionamiento normal de un organismo vivo, han existido en la naturaleza desde antes que el hombre hiciera su aparición en la tierra; pero cuando este las descubrió, las empezó

² Ibídem p. 101.

a utilizar pues se dio cuenta que lo hacían sentirse bien en algunas ocasiones y en otras podían, inclusive, llegar a provocar la muerte”.³

Como se aprecia, el hombre, siempre ha buscado nuevas experiencias y lo ha conseguido a través de la experimentación en sí mismo, y una vez que logra obtener la comprensión de sus actos, es cuando comienza a tratar de experimentar en otros seres de su misma especie, lo cual considero que lo realiza con una doble finalidad; la primera es con la plena intención, de observar en otro ser semejante, si el consumo de la sustancia provoca los mismos efectos que provoco en su persona; y la segunda es propiciar que otro ser se sienta como él se sintió al momento de consumir la sustancia.

“Encontramos antecedentes del consumo de la adormidera y de la cannabis sativa, en el periodo paleolítico (hombre de *Croghanon*) (*homo sapiens*), el que hizo su aparición hace veinte mil años o más”.⁴

Desde hace veinte mil años, es que el hombre ha tenido contacto con uno de los narcóticos de mayor consumo en la actualidad, como lo es la *cannabis*, mejor conocida como marihuana, motivo por el que es difícil saber si este dato histórico pueda influir en la gran afición al consumo de dicho vegetal por el hombre actual.

“La cannabis sativa es originaria de Asia donde se utilizó hace 5000 años con fines curativos, de carácter religioso y para la obtención de fibras”.⁵

En esta cuestión respecto del origen de la cannabis sativa, no encontramos una gama histórica para saber cuáles eran los males que se curaban con la cannabis sativa o mejor conocida como marihuana, pero si podemos deducir que por los efectos alucinógenos que produce la misma debió haber sido utilizada en diversos

³ *Ibidem.* p 103.

⁴ ESCOHOTADO, Antonio “**Las Drogas de los Orígenes de la Prohibición**”, Alianza editorial, Madrid 1994 p. 5.

⁵ ESCOHOTADO, Antonio, *op.cit.*, p. 6.

ritos religiosos e incluso consideramos que por los efectos que genera se disminuye el dolor o el malestar que provoca una enfermedad.

“Las plantaciones de adormidera en el sur de España y de Grecia, en el noreste de África, en Egipto y en Mesopotamia son probablemente las más antiguas del planeta. Eso explica que su opio tenga dos y hasta tres veces más morfina que el de Extremo Oriente. La primera noticia escrita sobre esta planta aparece en tablillas sumerias del tercer milenio a.C., mediante una palabra que significa también (gozar). Cabezas de adormidera aparecen también en los cilindros babilónicos más antiguos, así como en imágenes de la cultura *cretense-misénica*. (sic) Jeroglíficos egipcios mencionan ya el jugo extraído de estas cabezas –el opio- , y lo recomiendan como analgésico y calmante, tanto en pomadas como por vía rectal y oral. Uno de sus empleos reconocidos, según el famoso papiro de *Ebers*, es (evitar que los bebés griten fuerte).

“El opio egipcio o tebaico simboliza máxima calidad en toda la cuenca mediterránea, y aparece mencionado ya por Homero –en la *Odisea*- como algo que (hace olvidar cualquier pena). Si el cultivo de adormidera parece originario de Europa y Asia Menor, el de cáñamo remite a China.

“Los primeros restos de esa fibra (fechables hacia el 4000 a.C.) se han encontrado allí, y un milenio después en el Turquestán. Un tratado chino de medicina escrito en el siglo I, aunque sobre materiales que dicen remontarse al legendario *Shen Nug*, redactado treinta siglos antes afirma que el cáñamo tomado en exceso hace ver monstruos, pero si se usa largo tiempo puede comunicar con los espíritus y aligerar el cuerpo. Inmemorial es también el empleo del cáñamo en India.

“El *Atharva Veda* considera que la planta brotó cuando cayeron del cielo gotas de ambrosía. La tradición brahmánica cree que agiliza la mente, otorgando larga vida y deseos sexuales potenciados.

“También las principales ramas del budismo celebraron sus virtudes para la meditación. En usos médicos, la planta formaba parte de tratamientos para oftalmía, fiebre, insomnio, tos seca y disentería. La primera referencia mesopotámica al cáñamo no se produce hasta el siglo IX a.C., en tiempos de dominio asirio, y menciona su empleo como incienso ceremonial.

“El brasero abierto era ya frecuente entre los escitas, que arrojaban grandes trozos de *hachís* sobre piedras calentadas y precintaban el recinto para impedir la salida del humo. Una técnica parecida usaban los egipcios para su *kyphy*, otro incienso ceremonial cargado con resina de cáñamo. El cultivo del cáñamo es también muy antiguo en Europa occidental, según datos paleobotánicos. Ya en el siglo VII a.C. los celtas exportan desde su enclave de *Massilia* (Marsella) cuerdas y estopa de cáñamo a todo el Mediterráneo. Muchas pipas (y la propia casta de los druidas, expertos en filtros y medicamentos) indican que esa cultura conoció su empleo como droga.

“El uso de solanáceas alucinógenas –beleño, belladona, daturas y mandrágora– también se remonta a viejos testimonios en Medio y Extremo Oriente, aunque la variedad y cantidad de este tipo de plantas sea muy alta en Europa. El dios galo *Belenus* es el origen de la palabra “*beleño*”. Ligadas tradicionalmente con el brujo y su oficio, a estas plantas se atribuyen fenómenos de levitación, fantásticas proezas físicas, telepatía y delirios, cuando no la muerte por intoxicación aguda. A juzgar por los *sabbats* del Medievo, quizá fueron los druidas antiguos quienes aprendieron a dominar estas violentas drogas, empleándolas en contextos tanto ceremoniales como terapéuticos, al igual que para hacer filtros. América no conoce el beleño, la mandrágora y la belladona hasta el Descubrimiento, pero si son autóctonas allí daturas (de la especie *Brugmansia*), y ante todo el tabaco, otra solanácea psicoactiva que es la droga reina del continente.

“Con fines recreativos, religiosos y terapéuticos, así como en ritos de pasaje, tabacos de mayor o menor potencia se mascan, fuman y beben desde Canadá a la

Patagonia. Sobre las plantas de tipo visionario no hay en Europa ni en Asia testimonios antiguos tan claros. Sólo los chamanes de Siberia y otras zonas septentrionales de Europa parecen haber mantenido desde siempre usos rituales de setas psicoactivas.

“En América, sin embargo, se conocen docenas de plantas muy visionarias. Ya en asentamientos preagrícolas del séptimo milenio anterior a nuestra era se han encontrado semillas correspondientes a esta familia. A partir del siglo X a.C. hay piedras-hongos entre los monumentos de la cultura de Izapa, en la actual Guatemala, que seguirán esculpiéndose por distintos puntos de Mesoamérica durante más de mil años. Al siglo X a.C. se remontan también deidades de la cultura chavín, cuya sede fue el actual Perú, que en algunas tallas de piedra sujetan un cacto visionario.

“Al siglo IV a.C. pertenece una pipa en cerámica con forma de venado, que tiene entre los dientes un botón de peyote. Pictóricas y escultóricas, las obras maestras americanas relacionadas con este grupo de drogas no tienen paralelo en la Antigüedad; entre las más asombrosas están el mural de *Tepantitlan*, en uno de los templos de *Tenochtitlán*, y la estatua de *Xochipilli*, dios de las flores, cuyo cuerpo y peana aparecen recubiertos por plantas psicoactivas. En África, donde los estudios de campo son todavía muy insuficientes, es sin duda autóctona la *iboga*, que la etnia *fang* venera en ceremonias parecidos a los del peyote entre huicholes mexicanos. Su principio activo pertenece a la misma familia de la LSD 25. Los estimulantes puros, basados en drogas como cafeína y cocaína, hundieron igualmente su uso en la noche de los tiempos.

“El arbusto del coca es originario de los Andes, y desde el siglo III a.C. hay esculturas de rostros con las mejillas hinchadas por la masticación de sus hojas.⁶

⁶ Cfr. ESCOHOTADO, Antonio, op.cit., pp.7-9.

En esta breve reseña se establece como las diferentes culturas del mundo principalmente las del medio oriente y de África comienzan a utilizar la adormidera como un remedio para curar algunas enfermedades y también como tónico con fines terapéuticos y espirituales, Por otra parte se conoce los efectos que produce el consumo de esta sustancia, ya que se establece que todo depende del grado en que sea consumida, así mismo en América se desconocía la existencia de estas drogas, pero se tenían otras que ocasionaban alucinaciones, las cuales se creía que al consumirse se podía entablar contacto con los espíritus y aun en la actualidad se sigue consumiendo con propósitos de efectuar las prácticas ceremoniales de los grupos indígenas.

“En el México precolombino se consumió el peyote que es un pequeño cacto, el que contiene una combinación de alcaloides entre los que se destaca la mezcalina.

“Los médicos del imperio bizantino en los primeros siglos, sirvieron de intermediarios de los conocimientos científicos sobre las drogas hacia los árabes; los médicos hispano-árabes a su vez emplearon tales substancias en la península ibérica”.⁷

Aquí en nuestro país se ha dado la droga o enervante conocido como peyote, el cual es consumido por el grupo étnico de los huicholes, quienes lo usan con fines ceremoniales, lo mismo que la cocaína, la cual es utilizada por los andinos en el Perú y en Bolivia para disminuir los efectos del frío que se produce en las montañas.

1.2 En Grecia.

“Terapéuticamente, el reflejo de esta actitud es la escuela hipocrática, que presenta la enfermedad y la cura como resultado de procesos naturales. Al deslindar sus actos de la magia y la religión, el hipocrático niega validez a cualquier cura

⁷ EASTMAN, Jorge Mario, et. al., “El Narcotráfico en la Región Andina” Editorial ONU UNDCP, Perú, 1990, p.15.

basada en una transferencia simbólica del mal desde alguien a otro, rompiendo así con la institución del chivo expiatorio.

“Las drogas ya no son cosas sobrenaturales, sino como dice el *Corpus Hippocraticum* sustancias que actúan enfriando, calentando, secando, humedeciendo, contrayendo y relajando, o haciendo dormir” (IV, 246)⁸.

Como se podrá observar, la escuela hipocrática comienza a dar un sentido científico curativo a los narcóticos y/o drogas, dejando de lado la situación un tanto fetichista respecto a los males que aquejaban a la sociedad de esos tiempos y también dejan de atribuírselo a las cuestiones religiosas.

“Lo esencial en cada una es la proporción entre dosis activa y dosis letal, pues sólo la cantidad distingue al remedio del veneno.

“Teofrasto un discípulo directo de Aristóteles, autor del primer tratado de botánica conocido expone con claridad este punto de vista al hablar de la *datura metel* (una de las solanáceas más activas), en los siguientes términos:

“Se administra una dracma si el paciente debe tan sólo animarse y pensar bien de sí mismo; el doble si debe delirar y sufrir alucinaciones; el triple si ha de quedar permanentemente loco; se administrará una dosis cuádruple si debe morir (Hist. Plant., IX, 11, 6).

“Nicandro de Colofón, un “farmacópolo” o experto en drogas del siglo II a. C., evalúa el margen de seguridad para el opio de modo parecido.

“Los griegos percibieron también el fenómeno que hoy llamamos tolerancia, aunque en vez de ver allí las huellas de un hábito indeseable vieron, más bien, un mecanismo de autoinmunización. Según Teofrasto:

⁸ AÑON, José María et. al. “**Derecho y Sociedad**” editorial tirant lo blanch, Valencia, España, 1998, p. 33.

“Parece que algunas drogas son tóxicas debido a la falta de familiaridad, y quizá sea más exacto decir que la familiaridad les quita su veneno, porque dejan de intoxicar cuando nuestra constitución las ha aceptado y prevalece sobre ellas (Hist. Plant., IX, 17, 2).”⁹

En la antigua Grecia, ya se comenzaba a saber de los efectos fatales que podría producir la droga conocida como *datura metel*, la cual si se suministraba en altas dosis podría producir la muerte, pero también se utilizaba como un consumo personal o adictivo ya que de forma moderada, se aprecia que el ser humano no perdía el juicio de sí mismo, pero conforme se aumentaba la dosis el riesgo de quedar loco o morir se hacía más inminente.

“Además de vinos y cervezas, los griegos usaron con fines ceremoniales y lúdicos el cáñamo y otras solanáceas (beleño, belladona, mandrágora), en ocasiones mediante sahumerios o inciensos. Conocían también un extracto de haschish con vino y mirra para estimular reuniones privadas.

“Sin embargo, ninguna droga tuvo una popularidad comparable al opio.

“De Hipócrates le viene en realidad el nombre a esta droga, que traduce *opós mekonos*: (jugo de adormidera). Heráclides de Tarento- médico de Filipo, padre de Alejandro Magno- contribuyó a fomentar su difusión, preconizándolo para calmar cualquier dolor”.¹⁰

De esta manera se nos da una idea general de cómo se utilizó el narcótico y/o droga como medicamento, el cual fue utilizado para calmar el dolor y así mismo podemos observar que los griegos fueron afectos a utilizarlas para sus reuniones sociales y así hacer mas amenos sus festejos.

⁹ RAMIREZ BASTIDAS, Yesid “**Los Estupefacientes**” editorial Empresa de Publicaciones de Huila, Colombia, 1985, pp. 33-34.

¹⁰ BRAU, Jean Louis, “**Historia de las Drogas**” editorial Bruguera, S.A., Barcelona España, 1973, p. 18.

“El envenenamiento obsesionaba en la Antigüedad, sobre todo a los opulentos, y ese temor impulsó la búsqueda de un antídoto –la *theriakao triaca*–, que tomado cotidianamente inmunizara al usuario. Lo notable es que, junto a puros venenos como cicuta y acónito, en dosis homeopáticas, y a muchas otras sustancias (vegetales, animales y minerales), el opio forma parte de todos estos preparados”.¹¹

La utilización del opio, no solamente es en el sentido de droga como envenenamiento del ser humano, sino que también es utilizado en algunas otras formas como la medicina homeopática y la cual sirve de gran manera como alivio de algunos males que padece el ser humano en su salud, lo cual se escucharía un tanto contradictorio, el pensar que una droga como el opio fuese utilizada como medicamento en diversos medios curativos, pero es aquí en donde radica el fin de la utilización de las sustancias. Lo que entendemos que para un mal hay que combatirlo con otro mal.

“Las escuelas filosóficas debatían básicamente dos cuestiones. En general, si el vino había sido otorgado a los humanos para enloquecerles o por su bien y, en particular, si como afirmaban los estoicos el sabio podía beber sin límite, hasta caer dormido, antes de verse llevado a alguna necesidad”.¹²

Desde tiempos remotos apreciamos como la raza humana ha estado consiente de los excesos en el consumo de las bebidas embriagantes, además de que siempre ha existido esa polémica de que si el vino se dio para el bien o mal de la humanidad, el vino es considerado como una sustancia que consumido en cantidades moderadas resulta no ser tan agresiva a la constitución física y mental del hombre, para los griegos el consumo de bebidas embriagantes era un placer que se disfrutaba, pero también se observa que ellos mismos ignoraban cual era la finalidad de disfrutar del placer de beber vino, ya que no sabían si el disfrutar del consumo del vino era con el afán de que los hombres enloquecieran o se debería de tener un sentido más

¹¹ RAMIREZ BASTIDAS, Yesid, op.cit., p.36.

¹² BERISTAIN, Antonio “**La Droga, Aspectos Penales y Criminológicos**”, editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1985 p. 153.

espiritual y los dioses se los habían otorgado con el fin de que experimentaran nuevas experiencias, pero que dichas experiencias fueran adquiridas de manera consciente.

“Uno de los grandes abogados fue Platón, que dice en las Leyes:

“¡No vilipendiamos el regalo recibido de *Dioniso*, pretendiendo que es un mal obsequio y no merece que una república acepte su introducción! Bastara una ley que prohíba a los jóvenes probar vino hasta los dieciocho años, y hasta los treinta prescriba que el hombre lo pruebe con mesura, evitando radicalmente embriagarse por beber en exceso. A partir de los cuarenta nuestra ley permitirá invocar en banquetes a todos los dioses y, va de suyo, una especial invocación dirigida a *Dioniso*, en vista de ese vino que, a la vez sacramento y solaz para los hombres de edad, les ha sido otorgado por el dios como un fármaco para el rigor de la vejez, para rejuvenecernos, haciendo que el olvido de lo que aflige al anciano descargue su alma de rudeza, y le preste más jovialidad (671 a, 666 a.c.)”.¹³

En este pensamiento Platónico, se vislumbra que acepta el consumo de las bebidas embriagantes, siempre y cuando se ponga como límite la edad de los hombres para poder probar de ellas, y señala que la edad idónea para que el hombre pruebe del placer que proporciona el vino sea la edad mínima de dieciocho, lo cual consideramos un tanto subjetivo de parte de Platón, ya que desde nuestro punto de vista hemos aprendido de forma empírica, que no hay regla general y objetiva que nos indique cual sea la edad propicia para probar de una sustancia que ocasione un placer de carácter sensorial. Nos cuestionamos al respecto ¿Esa misma edad es la apropiada para probar cualquier otra droga o narcótico? esto con el fin de que el ser humano experimente las sensaciones que estas ocasionan, ya que así mismo en el ejemplo que se retoma se establece que la edad para que el hombre consuma el vino de manera mesurada es la de los treinta años, lo que consideramos totalmente aberrante, ya que los deseos e impulsos humanos son más fuertes que la propia

¹³ BRAU, Jean Louis, Op.cit., p. 39.

conciencia, para poder discernir cual es la cantidad correcta o la edad correcta para probar los placeres que en su momento pueden ocasionar ya sea el consumo de bebidas alcohólicas o narcóticos, así mismo hemos podido aprender que es cuestión de madurez intelectual y experimental lo que te lleva a poder moderar el consumo de los narcóticos, pero hay narcóticos tan fuertes como la heroína que en muchas ocasiones el sistema inmunológico del ser humano jamás puede controlar y que es lo que ocasiona su rápida dependencia de la sustancia y no es necesariamente en la edad en la cual consiste el probar o no dichas sustancias.

1.3 En Roma.

“El criterio de esta civilización en materia de drogas se calca del griego. La *lex Cornelia*, único precepto general sobre el tema, vigente desde tiempos republicanos hasta la decadencia del Imperio, dice:

“Droga es una palabra indiferente, donde cabe tanto lo que sirve para matar como lo que sirve para curar, y los filtros de amor, pero esta ley sólo reprueba lo usado para matar a alguien”.¹⁴

Aquí apreciamos que los romanos comienzan a discernir en qué momento el consumo de drogas se vuelve malo, es decir, en qué momento lo que se puede justificar como el uso lícito de algo que puede curar a una persona, se considerara su conducta como ilícita en cuanto a su salud personal y lo que puede ocasionar el consumo excesivo de la droga que concluirá con la muerte del sujeto.

“Sabemos que en tiempos de los cesares no era infrecuente (sic) fumar flores de cáñamo hembra (marihuana) en reuniones para incitar a la hilaridad y el disfrute, costumbre que pudo venir tanto de la sociedad ateniense como de los celtas. Hay también un edicto del emperador Alejandro Severo, que como consecuencia de

¹⁴ GALVEZ CANSINO, Alejandro, “**Drogas, Sociedades Adictas y Economías Subterráneas**”, ediciones el caballito S.A., México 1991, p.11.

algunas intoxicaciones prohíbe usar datura estramonio y polvo de cantárida o mosca española en burdeles napolitanos. Sin embargo, las plantas fundamentales de Roma fueron la adormidera y la vid.

“Dicen que siguiendo recomendaciones de Galeno, su médico, Marco Aurelio abría las mañanas con una porción de opio grande como una haba de Egipto y desleída en vino tibio. Prácticamente todos sus antecesores en el trono del Imperio usaban a diario triacas. Nerva, Trajano, Adriano, Septimio Severo y Caracalla emplearon opio puro en terapia agónica y como eutanásico. Lo mismo hicieron incontables ciudadanos romanos, patricios y plebeyos, pues eso se consideraba una prueba de grandeza moral.

“*Dioscórides* describe el opio como algo que quita totalmente el dolor, mitiga la tos, refrena los flujos estomacales y se aplica a quienes dormir no pueden. Por él y por otros muchos escritores romanos sabemos también que la demanda de esta droga excedía la oferta, siendo frecuente su adulteración”.¹⁵

El uso del opio tanto en los griegos como en los romanos, es utilizado con fines de diversión, así como con fines medicinales, lo cual consideramos que de cierta manera ellos nunca lo utilizaron con fines económicos, ya que consideraban el consumo del opio como algo de grandeza moral, lo cual queremos entender que se referían a que la utilización de esta droga, se reservaba para aquellas personas que tuvieran una gran calidad de humanos o más bien de una reputación intachable en cuanto a su comportamiento.

“Pero es interesante saber que como la harina el opio fue durante el Imperio un bien de precio controlado, con el cual no se permitía especular. En el año 301, un edicto de *Diocleciano* sobre precios fija el del *modius* castrense (una vasija con capacidad para el 17.5 litros) en 150 denarios, cuantía módica teniendo en cuenta que el kilo de *haschisch* (una mercancía de precio libre) cuesta entonces 80

¹⁵ Ibídem, pp.12-13.

denarios. Poco después, en el año 312, un censo revela que hay 793 tiendas dedicadas a vender el producto en la ciudad de Roma, y que su volumen de negocio representa el 15% de toda la recaudación fiscal”.¹⁶

Como se ha explicado, la venta del opio en el pueblo romano no representaba en su momento un gran interés económico, pero después de realizar un censo económico en el año 312, se pudo establecer un porcentaje de la importancia del comercio de este producto al consumidor y así mismo se estableció cual era el porcentaje que se recaudaba por el impuesto del cual se encontraba gravado el producto.

1.4 Las Guerras del Opio de China e Inglaterra.

“Para nuestra particular historia, esto significa que las drogas del paganismo emergen a la luz del día, amparadas ahora por médicos, boticarios y químicos. Habían sido siempre un destacado medio de comunicación entre culturas, pero ahora hay una movilización de energías e inversiones acorde con el progresivo control occidental.

“El primer medicamento opiado barato, potente y de gran fama serán los llamados polvos de Dover, un personaje que tras doctorarse en medicina ejerció como filibustero en América, encontró a *A. Selkirk* el Robinsón de Daniel Defoe y, ya enriquecido, montó en Londres la primera consulta gratuita. Sus polvos que tenían un 20% de opio, el doble que el láudano de *Sydenham* se vendían en boticas como hoy la aspirina o el bicarbonato, aunque para una gama de síntomas más amplia, que iba de dolor en general al insomnio, de las contracciones del útero o trastornos gástricos”.¹⁷

¹⁶ DEL OLMO, Rosa, “**La Cara Oculta de la Droga**”, editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, p.4.

¹⁷ RAMIREZ BASTIDAS, Yesid, op.cit., p. 42.

Para esta época, la historia de los narcóticos, el opio particularmente hablando, ya se había transformado como un remedio medicinal, para los diversos síntomas de las enfermedades que padece el hombre por diversos factores (hereditarios o anatómicos), y es el momento histórico, en que el hombre comienza a estudiar de manera científica las propiedades de las que está compuesto el opio y utilizarlo como remedio curativo de las enfermedades, toda vez que se puede apreciar, que el opio había sido acogido por médicos, boticarios y químicos de la época y se proporcionaba a las personas en los elixires medicinales.

“Por otra parte, no pueden ser más ilustres quienes usan abiertamente esta droga: las casas reales de Suecia y Dinamarca, Pedro el Grande y Catalina de Rusia, Federico II de Prusia, María Teresa de Austria, Luis XV y XVI, Guillermo III de Inglaterra. Un extenso tratado sobre el opio, que aparece en 1700 dice:

“Hace el don de sueños agradables, libera el miedo, el hambre y el dolor, y asegura al que lo consume regularmente puntualidad, tranquilidad de espíritu, presencia de alma, rapidez y éxito en los negocios, seguridad en sí mismo, esplendidez, control de espíritu, valor, desprecio por los peligros, cordialidad, fuerza, satisfacción, paz de conciencia e imparcialidad. Millones de personas pueden confirmar mi testimonio”.¹⁸

Aquí podemos apreciar que lo que le produce el opio al cuerpo humano es una sensación de bienestar y placer principalmente a la mente, ya que esta última es la que en verdad transmite toda sensación al cuerpo, así mismo explica el estatus mental en el cual se quiere sentir cada hombre con el consumo del opio, se puede entender, que la utilización del opio por el hombre es con la finalidad de sentirse feliz, lo que nos lleva a la comprensión de que el hombre en su estado normal o más bien sin el influjo de algún narcótico o droga sin importar como se le denomine, es en muchas veces incapaz de poder expresar o sentir la sensación que se ocasiona al momento de consumir alguna clase de narcótico, y esto simplemente se realiza con

¹⁸ BERISTAIN, Antonio, op.cit., p.155.

la finalidad de alcanzar un estado mental en el cual se establezca la sensación que nuestros deseos e impulsos instintivos queramos satisfacer.

“Al igual que vinos y licores, las familias tenían elixires para la tos, grageas para los nervios, láudanos para cólicos y tés opiados para el insomnio. Aunque esos productos fuesen marcadamente psicoactivos, sólo se tomaban como medicinas en sentido pagano, esto es: como un modo de combatir molestias y sentirse mejor. Quien los usaba desordenadamente daban muestras de necesitarlos más, cosa extraña, y procuraba que esa circunstancia anormal no recibiese publicidad, del mismo modo que procuraba no difundir cualquier otra manía. Sobre estas bases, la era de los láudanos se prolonga en Europa y América durante dos siglos largos, sin oposición ni conflicto. El Viejo Mundo es a la vez el primer importador y el primer exportador del planeta.

“Tomaz Pivez de Leira, por ejemplo, que fue embajador de Portugal en el Celeste Imperio, llegó a Cantón como simple boticario, perito en el reconocimiento de hierbas medicinales. Por él sabemos que en 1516 tanto los indios como los chinos consumían opio generosamente, comiéndolo. Otro boticario, García da Horta, refiere que algunos llegaban a tomar hasta 60 gramos diarios una cantidad enorme, doscientas veces superior a la dosis media, para tratarse los nervios, y el médico Cristóval (sic) da Costa menciona que cierto escribano indio tomaba de golpe casi 20 gramos, sin mostrar síntomas de entorpecimiento.

“Pero el opio de la cuenca mediterránea y Asia Menor puede llegar al 16% de morfina, mientras el bengalí rara vez alcanza el 8%, y el chino suele estar por debajo del 7%”.¹⁹

En esta etapahistórica de los narcóticos, podemos apreciar que las personas que se hacían adictas al consumo de opio, trataban de disimularlo, a tal grado de que ocultaban su adicción, por otra parte podemos observar también, que hubo

¹⁹ ESCOBAR TOMAS, Raúl, “**El Crimen de la Droga**”, 2ª. Edición, Universidad Buenos Aires, Argentina 1995, pp. 19-20.

expedicionarios que viajaron a la India y China, en donde se descubre que personas de esos países tienen la costumbre de consumir opio en grandes cantidades, pero de igual forma se establece la discreción del consumo de opio ya que un escribano indio señala que se tomaba de golpe casi 20 gramos sin mostrar ninguna clase de entorpecimiento en cuanto a su comportamiento físico, lo cual entendemos como algo que se trataba de ocultar a la vista de los demás, para no ser objeto de críticas generadas por el núcleo social en que se desarrollaban, ya que el comportamiento de una persona que se encuentra bajo el influjo de alguna droga se comenzaba a considerar mal vista, de acuerdo a las reglas de carácter social que aplicaban en esa época y en las subsecuentes.

El opio ya comenzaba a clasificarse en cuanto a su calidad y se establece que el de mejor calidad se puede decir que es el de Asia Menor, toda vez que este contaba con el 16% de morfina, lo cual quiere decir que todos los demás eran de una menor calidad y por lo tanto no producían el mismo efecto o el mismo grado de emotividad que el opio que provenía del Asia Menor.

“Dichas circunstancias, aliadas con el derrocamiento de la dinastía Ming en China por los invasores manchúes, dispararán los primeros conflictos con el opio en esas latitudes. Ya el último emperador Ming, estupefacto ante la rapidez con que se extendía el consumo de tabaco por sus territorios, decidió prohibir esa droga, y como sucedía con la prohibición de los aguardientes europeos decretada por la dinastía anterior, los Yuan o mongoles buena parte del pueblo se negó a obedecer; otra parte decidió sustituir el tabaco fumado por opio, que hasta entonces era un producto consumido por vía oral”.²⁰

En esta etapa histórica es donde se da el primer conflicto entre la sociedad china y las medidas de prohibición del consumo de opio implementadas por el sistema de gobiernodentro de su territorio, por consiguiente la sociedad se revela ante dicha

²⁰ ESCOHOTADO, Antonio, op.cit., p.18.

determinación tomada por el emperador Chino Ming, lo que ocasionara una pugna de carácter mercantil y político.

Fue el emperador *manchu Yun-cheng* quien en 1729 prohibió por primera vez el comercio de opio con los europeos, aunque no el cultivo de adormidera en China. Sus motivos fueron impedir un trueque de té, especias y seda por la droga, que minaba las reservas imperiales de metales preciosos. Como la decisión excitó corrupciones en la burocracia y una firme resistencia pasiva del pueblo, en un acceso de soberbia el emperador *Chia-ching* prohibió en 1793 no sólo la importación de opio sino el cultivo de adormidera en todo el territorio, proporcionando así una definitiva ventaja al contrabando. El motivo alegado fue que antes usaban la droga campesinos y personas de reputación dudosa, pero se ha extendido a miembros de buenas familias, estudiantes y funcionarios. En 1838 por primera vez en su larga historia la balanza comercial china arroja un saldo desfavorable, y el emperador *Tao-kuang* reúne a sus consejeros para tomar medidas; una facción propone legalizar nuevamente el uso y volver a cultivar adormidera, mientras otra propone insistir en la mano dura. Antes de que la disputa se zanje, el principal representante de esta segunda facción el mandarín *LinTsehsu* arroja al mar casi 1,400 toneladas de opio almacenadas en *Hong-Kong*, y aunque es destituido de inmediato por el Emperador varios hechos colaterales desembocan en una declaración de guerra por parte de los ingleses, basada en el intolerable atentado contra la libertad de comercio. Se conserva una carta de *Matheson*, presidente de la *East India Company*, al primer ministro *Palmerston* donde dice que el mercado padecía una verdadera saturación del producto; la tontería de *Lin* aumentara los beneficios.²¹

A lo largo de la historia la comercialización del opio y en general de cualquier clase de drogas, siempre traerá consigo grandes beneficios económicos, lo único desafortunado de esta comercialización, es que la riqueza solamente quedara en poder de aquellas personas que se dediquen a la venta del opio o de cualquier droga que sea considerada de alta demanda por quienes la consumen, así mismo se

²¹ Cfr. GARCIA RAMÍREZ, Efraín, op.cit., p. 39.

declara la primer guerra del opio tomando como argumento la libertad de comercio, ¿Será posible que pueda coexistir la libertad de comercio de drogas, sin que se perjudique gravemente la salud pública de una sociedad civilizada? Consideramos que si es posible, pero dependerá en mucho de la capacidad de autoconocimiento de las personas para poder sobrellevar su adicción propia lo cual implica el conocimiento del daño que se produce al consumir de forma excesiva una droga y las consecuencias que se acarrearán.

Por el tratado de *Nanking* (1843) cesan las hostilidades, la cesión de Inglaterra de *Hong-Kong* y *Amoy* y la apertura al comercio de cinco nuevos puertos. Por expreso deseo inglés, el opio sigue sometido a prohibición, aunque ahora se reparte con total comodidad. Trece años más tarde el contrabando supera los cinco millones de kilos, el virrey de Cantón se niega a pagar las indemnizaciones previstas y estalla la segunda guerra del opio, concluida en una rápida rendición por el tratado de *Tientsing* (1858). Los europeos se abren nuevos puertos para el comercio y la residencia de extranjeros, y se aseguran lo más odioso a nivel popular, que es una libertad completa de movimientos para las misiones cristianas; aunque el Imperio se ha rendido, la importación de opio sigue nominalmente prohibida. Pero la derrotada emperatriz *Tseu-hi*, reconocida opiomana, asesta un duro golpe a la East india Co. Legalizando la importación y el consumo (a cambio de un arancel del 5%), y su sucesor en el trono consuma la catástrofe para la Compañía en 1880, cuando decide volver a cultivar adormidera en el suroeste, poner en marcha programas de información pública y abrir centros de desintoxicación para quienes deseen acabar con su hábito. En 1890 el país produce ya el 85% de su demanda interna, y amenaza con abastecer a toda Asia en pocos años. Curiosamente, es sólo entonces cuando el Parlamento inglés declara que el tráfico de opio a gran escala es una empresa moralmente injustificable. En 1838 ese mismo Parlamento había recomendado conservar una fuente de ingresos tan importante.²²

²² Cfr. BRAU, Jean Louis, op.cit., p.46.

La vida económica de los gobiernos Ingleses y Chinos, comienzan a tener un gran aporte económico para sus respectivos Estados, por la gran comercialización de opio y se deja ver el gran interés económico que muestra la emperatriz china al permitir la comercialización del opio de los ingleses, quienes a su vez, se veían beneficiados con la política mercantil adoptada por el gobierno chino, ya que este solamente les solicitaba a los mercantes pagar un 5% como arancel para que comercializaran su opio en los puertos chinos, lo que ocasiono un desplome económico para la compañía que se dedicaba a la comercialización del opio.

Bajo esta situación se deja ver como los gobiernos desde el inicio de la comercialización de narcóticos, han tenido una gran participación de carácter económica y así mismo juegan una doble moral como lo hizo Inglaterra en su momento, ya que al anunciar el gobierno Chino la posibilidad de comercializar con el opio sin mayor problema legal y señalar que también se dedicarían a la producción de dicha droga, el gobierno Ingles manifestó que era inmoral seguir comercializando el opio a gran escala. Lo que consideramos como un juego político económico, toda vez que como se ha visto a lo largo de las diferentes etapas históricas de los narcóticos, estos siempre han sido utilizados por la humanidad con diversos propósitos, al ser utilizados como remedios caseros para mitigar los males de algunas enfermedades, o bien como sustancia elemental dentro de ritos religiosos y por último como sustancias que ocasionan un placer sensorial al cuerpo humano y no precisamente al cuerpo, sino más bien a la mente, ya que esta es la encargada de hacer las manifestaciones que ocasiona el consumo de los narcóticos, aquí lo que consideramos importante es la concientización con la cual se pretende hacer el consumo, porque lo que se enferma es el alma o hablando científicamente la Psique humana, y no el cuerpo.

“Hasta qué punto el régimen legal de una droga determina el tipo de uso lo muestra la India durante todo el siglo XIX. El formidable mercado negro chino hizo que primero los portugueses y luego los ingleses practicasen allí una cultura intensiva de adormidera. Pronto esos cultivos están produciendo muchos millones de kilos

anuales de opio, que por su bajo precio abastecen literalmente a medio planeta. Sumada a la ausencia de controles legales sobre el consumo, una producción tan enorme sugirió al gobierno inglés investigar a fondo el estado de cosas en India, y los resultados de esa larga encuesta realizada sobre miles de casos, por varias docenas de médicos fueron publicándose en gruesos volúmenes desde 1884 hasta 1896, y se conocen como Informe de la *Royal Commission on Opium*. Sus conclusiones resultaron terminantes”.²³

El beneficio económico que obtuvo el gobierno Chino, al permitir la legalización de la plantación de adormidera, ocasionó que tanto ingleses como portugueses invirtieran capital en la producción de opio lo que propició que el gobierno inglés realizara un estudio más detallado respecto al consumo del opio.

“Para empezar, los usuarios regulares desde un gramo a tres o algo más al día rondaban el 5% de la población total, mientras por esos años en China se aproximaban al 0.5% del conjunto. Sin embargo, no planteaban problema sanitario o criminal de ninguna especie; según la Comisión, el opio en la India se parece más a los licores occidentales que a una substancia aborrecible, y se observa una especie de resistencia de los nativos a los efectos tóxicos del fármaco. En la inmensa mayoría de los casos investigados, concluía el informe, hay un uso habitual y moderado que carece de inconvenientes para la salud y el bienestar”.²⁴

A pesar de los estudios realizados para saber el porcentaje de personas que acostumbraban el consumo de opio en esa época, no se consideraba un problema de carácter sanitario o de salud pública, en cuanto a que el consumo del opio era de una manera moderada y se podría decir, que hasta de cierto modo responsable por parte de la sociedad China e Hindú, ya que como se señala los porcentajes en el consumo de opio eran bajos y no ocasionaban problema alguno en cuanto al índice de criminalidad de esa etapa histórica.

²³ ESPINOZA GARCÍA, Juan, “**La Droga Perspectiva Criminológica**”, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1980, p.17.

²⁴ ESCOHOTADO, Antonio, op.cit., p. 22.

Lo que consideramos que ocasiona la criminalidad en cuanto al consumo de narcóticos es el hecho del crecimiento poblacional y el creciente encarecimiento de la vida, lo que también lleva a un consumo irresponsable de drogas, ya que toman a esta como un medio para escapar de la realidad en la que viven, y por lo tanto, como carecen del medio para saber moderar el consumo, se ocasiona un problema de salud pública.

1.5 En el Continente Americano y Europeo durante el Siglo XIX.

“En el interés por toda suerte de drogas psicoactivas no sólo influyen químicos, farmacéuticos y médicos, sino literatos, filósofos y artistas. Las necesidades de unos parecen confluir con las posibilidades abiertas por otros, dentro de coordenadas generales favorables. En última instancia, la meta es someter el ánimo a la voluntad, disponiendo de la emoción y la percepción como un pianista dispone de su teclado. A mediados del siglo XIX, en las boticas de América y Europa hay unos 70,000 remedios de fórmula secreta (el Tónico del Doctor X, el Agua Milagrosa de Z, etc), que casi invariablemente usan drogas psicoactivas y se anuncian en toda suerte de publicaciones, muros y vallas. Poco puede extrañar, porque se han descubierto los principios activos, los fármacos puros de distintas plantas, en una sucesión que comienza con la morfina (1806), para seguir con codeína (1832), atropina (1833), cafeína (1841), cocaína (1860), heroína (1833), mezcalina (1896), barbitúricos (1903) y el uso como anestésicos de éter, cloroformo y óxido nitroso (el gas de los dentistas), entre otras sustancias psicoactivas”.²⁵

A partir de este momento, el hombre comienza a tener conciencia de la utilización de las drogas como remedios médicos, los cuales trata de patentar mediante el fetichismo de que eran formulas mágicas que se encargaban de curar los males que aquejan a la sociedad por los diversos malestares físicos que son provocados por la gran diversidad de enfermedades que se presentan durante el siglo XIX.

²⁵ ESCOBAR TOMAS, Raúl, op.cit., p.23.

Aquí podemos decir que es el comienzo de la investigación sobre la ciencia de la medicina, ya que al descubrir el hombre los diversos efectos que ocasiona el consumo o en su defecto la aplicación de determinados narcóticos, nace en él la curiosidad por seguir aprendiendo más sobre los efectos de estas y hasta qué punto pudiesen ser utilizadas en beneficio de la humanidad y en qué momento se pudiesen convertir en un arma letal en contra de la misma especie humana.

“Las drogas dejaron de ser vegetales más o menos mágicos, ligados a ritos y aspectos. Sus principios casi siempre compuestos alcalinos o alcaloides, formados básicamente por carbono, hidrogeno y nitrógeno, se comprendieron como elementos nucleares de la substancia orgánica no menos maravillosos desde luego, pero libres de énfasis míticos. El primer gran fármaco del siglo XIX fue la morfina, uno de los alcaloides del opio, considerada de inmediato como el más notable medicamento descubierto por el hombre. Usada en la guerra civil americana y en la franco-prusiana de 1870, su capacidad para calmar o suprimir el dolor convirtió en silenciosos recintos a hospitales de campaña antes poblados por aullidos y llantos”.²⁶

De esta manera se divide el aspecto mágico, religioso y natural de los narcóticos, del aspecto científico curativo de los mismos, al descubrirse el primer gran fármaco del siglo XIX como lo es la morfina, la cual fue utilizada y seguirá siendo utilizada en posteriores conflictos bélicos como son: la primera y segunda guerra mundial, las cuales sucedieron a inicios del siglo XXescenarios en donde la morfina, es un calmante o adormecedor del dolor que se genera a causa de las lesiones propiciadas por las armas de fuego, así mismo, será de utilidad como anestesia para realizar amputaciones del cuerpo humano e incluso en la actualidad existen medicamentos que contienen morfina para mitigar el dolor ocasionado por enfermedades como el cáncer.

“Entre los primeros morfinómanos descritos, el 25% resultaron ser mujeres. Datos ulteriores indican que casi el 65% eran terapeutas, personal sanitario o

²⁶ ESPINOZA GARCÍA, Juan, op.cit., p. 20.

familiares suyos; los demás integraban un grupo heterogéneo donde había clérigos, profesiones liberales, gente de alta sociedad, bohemia y algunas prostitutas. Casi todos pertenecían a la clase media, y mantenían una discreta reserva sobre su costumbre, aunque en algunos de los más elegantes salones europeos se puso de moda pincharse públicamente y regalar estuches firmados por famosos orfebres con jeringas de oro o platino. Que la morfina usada con orden e higiene, podía inyectarse varias veces al día sin acortar la vida ni reducir la capacidad de trabajo, lo probaron muchos casos registrados en el Viejo y el Nuevo Mundo. Entre otros están W.S. *Halsted*, principal cirujano americano de su tiempo, *Wagner y Bismarck*.²⁷

Como era de esperarse los primeros consumidores de morfina, tuvieron que ser personas que se dedicaban en gran parte a la investigación de la ciencia médica, ya que por lógica deducimos, que estos adquirieron el conocimiento de los efectos de la morfina mediante un método empírico, para así poder difundir los efectos de la morfina, toda vez que el hombre por naturaleza tiende a ser desconfiado a lo que no conoce, por otra parte, también se deja ver que hay personas que son consideradas honoríficas en una sociedad como los clérigos, o personas que de acuerdo a la costumbre social, tienen el impedimento moral de consumir cualquier sustancia que envenene el cuerpo y el alma, motivo por el que se hicieron consumidoras de la morfina, sea esto, porque la probaron y les gusto sentir los efectos que producía, o por cuestión de salud, la situación es que siempre el hombre ha tratado de ocultar sus debilidades por los placeres de sensación que ocasionan, al consumir algo que provoca un estado anímico distinto al que se tiene de cierta manera, estando orientado en todas y cada una de sus esferas o sentidos.

Por otra parte, se puede señalar que el consumo de morfina durante el siglo XIX, también fue considerado como algo que estaba de moda, dentro de las altas clases sociales y la mentalidad del ser humano al respecto, siempre ha sido nunca desentonar con lo que hacen las demás personas que son igual que nosotros, y a tal grado es nuestra inseguridad como personas, que en muchas ocasiones nos

²⁷ DEL OLMO, Rosa, op.cit., p. 10.

dejamos llevar por otras circunstancias, de lo que realmente deseamos hacer, por lo que adoptamos conductas realizadas por las demás personas que nos rodean.

“Otro rasgo del crimen contemporáneo es la trascendencia territorial. Trae consigo trascendencia personal. Antiguamente, el crimen se confinaba. Comenzó en la calle y pasó al barrio, a la ciudad. Siguió hacia la nación, la región, el conjunto internacional.

“El infractor procuraba eludir a la autoridad. Adelante, optó por sobornarla. Ahora pretende designarla, para la completa protección y prosperidad de su sistema delictivo (ya no un delito; un sistema). Se va del cohecho a la pretensión política: toma de poder”.²⁸

De acuerdo a lo aquí expuesto, la delincuencia en un inicio solamente se confinaba a realizar sus actividades criminosas en determinados lugares ¿Pero qué sucedió cuando se percató el infractor que las personas encargadas de sancionar sus conductas antisociales eran corruptas? Pues lo motivaron primeramente a ofrecer dádivas a cambio de que los castigos impuestos fueran más indulgentes y posteriormente como se señala, pretender apropiarse del sistema para así obtener impunidad.

“Estas sustancias se convierten en signos que definen la naturaleza y el status de ciertos grupos por su acceso a ellas. La relación con las drogas designa los poderes que ciertos grupos detentan y las cualidades que se atribuyen a sí mismos o atribuyen a otros; contribuye a definir la pertenencia a niveles superiores o inferiores. Pueden cubrir el establecimiento y la justificación de controles sociales y políticos de unos grupos sobre otros. La valorización o la depreciación de ciertas sustancias, su aceptación o su rechazo sociales, las definiciones en tales sentidos, han dependido siempre hasta el presente de las relaciones entre grupos detentadores de poderes (sociopolíticos, legislativos y administrativos), por una parte, y de grupos de usuarios

²⁸ GARCIA RAMÍREZ, Sergio, “Narcotráfico un Punto de Vista Mexicano” Miguel Ángel Porrúa Librero, Editor México, 1989, p.13-14.

por la otra. Una misma droga puede ser ligada a valores opuestos, según la posición social de quienes hablan y califican o de quienes son enjuiciados por ellos: genialidad de una élite, o bajeza de una plebe; creación o destrucción; elevación o inferioridad del alma; dependencia o no dependencia. Los interesados en la discriminación pueden asimilar los defectos atribuidos a una minoría y los supuestos efectos del alcohol o de la droga que los miembros de aquella consumen, para denunciarlos, reprobarlos, incriminarlos”.²⁹

Las sociedades siempre se han regido a lo largo de la historia, por grupos de poderes económicos, políticos y religiosos, estos tres poderes son los encargados de establecer qué clase de droga es la que se puede considerar como legal o en su defecto cual es la droga que deberá de ser considerada como ilegal y que personas son las que podrán consumir la droga y bajo que parámetros, ya que si alguien pretende consumir una sustancia fuera de los lineamientos que estos grupos de poder establecen, estará totalmente fuera de lo permitido por la norma, esto de acuerdo a los intereses que cada uno de ellos pretenda establecer, ya sea para perpetuarse en su status, o en su defecto para conseguir el fin último de su interés personal.

“Cinco veces más activa aún que la morfina resulto ser la diacetilmorfina, que debido a sus virtudes energéticas (*heroisch*) apareció en el mercado con el nombre de heroína. Gracias a este fármaco y a la aspirina vendidas en un envase doble la pequeña fábrica de colorantes de F. Bayer se convirtió en un gigante químico mundial. Pasando por alto su capacidad para producir dependencia, el prospecto de Bayer decía verdades irrefutables sobre su producto:

- 1) Al revés que la morfina, esta sustancia produce un aumento de actividad.
- 2) Adormece todo sentimiento de temor.
- 3) Incluso dosis mínimas hacen desaparecer todo tipo de tos, hasta en los tuberculosos.

²⁹ GALVEZ CANSINO, Alejandro, op.cit., p. 15.

- 4) Los morfinómanos tratados con esta sustancia perdieron de inmediato todo interés por la morfina.

“Lanzada con un gran alarde publicitario en 1898, la heroína inunda farmacias de todos los continentes, donde persistirá en régimen de venta libre después de que el opio y morfina empiecen a ser controlados”.³⁰

En esta etapa histórica de los narcóticos, se observa claramente como una de las empresas farmacéuticas del mundo obtuvo su gran monopolio comenzando con la venta de la heroína, la cual no se encontraba controlada durante esa época y fue aprovechado por la fábrica de colorantes F. Bayer, lo que la ha hecho que trascendiera en la historia, ya que como lo es Bayer, es uno de los pioneros de producción de fármacos desde el punto de vista lícito y por lo tanto ha obtenido un gran crecimiento económico y como consecuencia de esto, se ha logrado posesionar de una gran parte del mercado de las drogas nobles o lícitas hasta ciertos límites.

“Tanto la morfina como la heroína serán preconizadas por misioneros occidentales para rehabilitar a opiómanos de Extremo Oriente. Todavía hoy la morfina se conoce en China como “opio de Cristo” debido a ello. Entre 1911 y 1914, por ejemplo, Inglaterra exporta a esos territorios 40 toneladas de morfina, y Alemania 10 de heroína, que por potencia equivalen a unas 10,000 toneladas de opio indio. El plan sanitario que los accidentales (sic) recomendaron al Emperador se basaba en la llamada píldora antiopio, cuyo ingrediente principal era heroína”.³¹

Las plantaciones de adormidera que son las que sirven para la producción del opio, son de diversa calidad y por lo tanto los efectos que producen al consumir estos, producen sus efectos de diversas maneras, de acuerdo al grado que contengan de la sustancia, tomemos como ejemplo el opio que se produce en la cuenca mediterránea y Asia Menor el cual contiene el 16% de morfina en comparación al opio bengalí que rara vez alcanza el 8% y el Chino que suele estar

³⁰ BRAU, Jean Louis, op.cit., p.40-41.

³¹ GARCIA RAMÍREZ, Sergio, op.cit., p. 23.

por debajo del 7%. En esta situación los países occidentales que se refieren, abusaban de sus avances científicos o descubrimientos y se los vendían a los países menos desarrollados bajo el engaño de que se encargarían de llevar la cura a las personas que tuvieran alguna adicción al opio, siendo que su verdadera intención oculta era el que dichos consumidores de opio, se hicieran adictos al consumo de heroína, la cual tiene un alto grado de adicción a esta sustancia por ser más pura.

“La cocaína es aislada por primera vez en 1859, y pronto se comercializara a gran escala. La propaganda resulta aún más intensa que la de morfina y heroína, pues pasa por “alimento para los nervios” y “forma inofensiva de curar la tristeza”. Tras centenares de comunicaciones en revistas más o menos científicas, el joven *Sigmund Freud* emprende una investigación global con el fármaco, que incluye autoensayos, revisión de toda la literatura existente y propuesta de uso”.³²

Los estudios psíquicos se comienzan a manifestar con el padre del psicoanálisis (*Sigmund Freud*) en cuanto a los efectos de esta droga, ya que como bien lo señalan es la droga que se encarga de curar la tristeza y por lo tanto habrá que experimentar cuales son los motivos que llevan a ocasionar esa reacción en los seres humanos y establecer los casos en particular en los que deberá ser utilizada y sobre todo establecer la finalidad de su uso.

“El creador del psicoanálisis fue antes la autoridad mundial sobre esta droga. Hacia 1890 hay un centenar de bebidas que contienen extractos muy condensados de coca o cocaína pura. Junto a los famosos vinos y licores Mariani, la más célebre será el *French Wine of Coca, Ideal Tonic*, un espumoso alcohólico de base cocaínica, registrado y comercializado como Coca-cola por un boticario de Georgia en 1885. Al año siguiente, viendo que empezaba a gestarse la ley Seca, suprimió el alcohol, añadió nuez de cola (que contiene cafeína) y esencias de agrios para realizar el gusto, lanzando al mercado la Coca-Cola como “remedio soberano” y “bebida desalterante”. Tras algunas disputas, la cocaína sugiere a principios del siglo

³² ESPINOZA GARCÍA, Juan, op.cit., pp. 27-28.

XX tres actitudes básicas. Unos creen que su capacidad para producir estados dulcísimos la hace mortífera; otros pretenden que es una panacea terapéutica, rara vez abusada, y otros piensan que resulta tan útil para algunas finalidades y personas como inútil para finalidades o personas distintas”.³³

La cocaína puede decirse, que es una de las drogas que fue estudiada por uno de los psicoanalistas más importantes que ha dado la ciencia, que se encarga de estudiar los fenómenos que se suscitan en la mente, pero aquí se puede apreciar como esta persona para saber y conocer los efectos que producía la cocaína tuvo que experimentar en carne propia, el cambio de su estado anímico. También es tangible el inicio de la compañía refresquera más importante del mundo quien gracias al descubrimiento de la cocaína comenzó a realizar experimentos con las bebidas que preparaba.

1.6 En la Época Actual.

“La política para el control del comercio de las drogas no ha sido estable, ya que intervienen diversos factores para que tal o cual sustancia que es considerada como droga, sea incluida dentro del catálogo de estupefacientes y psicotrópicos cuya comercialización y manejo está penada, así por ejemplo baste recordar que en los Estados Unidos de Norteamérica del año 1920 a 1933 se prohibió el tráfico de bebidas embriagantes, bajo la denominada Ley Seca, siendo ésta la droga recreativa favorita en ese país ya que miles de millones de dólares son gastados cada año en cerveza, vino y whisky. El hecho de haber establecido la Ley Seca en los Estados Unidos, fue motivado por los estudios que no dejaban lugar a dudas en cuanto a que el alcohol es un factor criminógeno ya que quienes están bajo los efectos de dicha sustancia, tienden a cometer crímenes violentos, hay accidentes de tránsito y muertes”.³⁴

³³ DEL OLMO, Rosa, op.cit., p. 16.

³⁴ ESCOHOTADO, Antonio, op.cit., p. 44.

Hemos establecido que el consumo de cualquier droga y en cualquier época de la humanidad, siempre ha sido un riesgo creado y latente por la misma naturaleza, a manera de ejemplo comparativo con lo referente a tomar un riesgo por propia voluntad, se establece con la adquisición de un vehículo, el cual también es un riesgo pero por el hombre, ya que este último fue invento del mismo hombre, quien en su momento tiene la decisión de establecer la finalidad del consumo de estas, es la persona que las consume de acuerdo a su libertad de decidir por sí mismo, por lo que es importante saber ¿Si la persona que pretenda consumir en exceso dichas sustancias tendrá el pleno conocimiento del cambio que puede ocasionar en su conducta, dentro de una sociedad en donde se crean leyes que regulan la conducta externa del hombre para vivir en armonía?.

Así mismo podemos establecer que el consumo de alguna droga o cualquier otra sustancia que pretenda ser ingerida por el hombre, se desarrollará un comportamiento de acuerdo al lugar en que fue criado y de acuerdo a la educación que recibe tanto en el seno familiar, como de la sociedad en la que convive por citar un ejemplo actual, es el caso de los estudiantes norteamericanos, mejor conocidos como los (*sprimbreyques*) quienes cada año viajan a nuestro país, con el objetivo de consumir una cantidad considerable de bebidas alcohólicas, lo que es un claro desfogue de la presión que se ejerce en su país en cuanto a la forma de comportamiento al momento en que se encuentran bajo la ingesta de bebidas embriagantes, ya que hasta donde tenemos conocimiento, en los Estados Unidos de América se les requiere, para poder adquirir y consumir bebidas de esta naturaleza, la identificación en donde se compruebe que son mayores de veintiún años de edad.

“El uso y abuso de las drogas ha obedecido a múltiples circunstancias. Conforme fue evolucionando el hombre, fue dándole un valor a cada una de estas sustancias y así llego a mistificar y apreciar las drogas, las que estaban destinadas únicamente a los sacerdotes, a la clase política o a los guerreros. Sin embargo, el abuso de estas sustancias lo encontramos cuando las sociedades han crecido desmesuradamente y los gobiernos pierden el control en los gobernados, afectando ese abuso de las

drogas a todos los integrantes de la sociedad en nuestra era ese malestar es a nivel mundial”.³⁵

Esta situación la consideramos de carácter mundial, toda vez que se establece que los gobiernos carecen de los medios de control, para poder subyugar a una sociedad que no se limita a un número pequeño de pobladores, lo que ocasiona que las personas que se dedican al comercio de sustancias consideradas por las leyes de los países como narcóticos, tengan una mayor facilidad de poder disfrazar en su momento dicha comercialización de narcóticos.

Se puede apreciar que el delincuente en la época contemporánea, comienza a profesionalizarse en cuanto a la forma de sacar el mejor provecho de su modo de vivir, lo que ocasiona que comience a corromper el sistema de gobierno y la forma en que una sociedad haya establecido su forma de gobierno al cual es necesario penetrar para llegar a su cometido como lo es a través del cohecho, lo que significa que los primeros narcotraficantes tenían el conocimiento de que las personas son presa fácil del dinero, el cual se encargara de que se haga caso omiso de las conductas que desplieguen en un sistema de Estado.

“Los inconformes con los sistemas establecidos son cada vez más y las formas de protesta varían, los *hippes*, los grupos *hare Krishanas*, los alunados y otros más durante la década de los 60 manifestaron su descontento con lo establecido y las normas sociales, así se vestían de manera extravagante y hacían uso de las drogas. Muchos artistas reconocidos mundialmente, como los Beatles y Rolling Stone, consumían marihuana, lo que fue copiado por millones de jóvenes que los admiraban y se unían a una rebelión juvenil en contra de todo lo establecido”.³⁶

De nueva cuenta se observa un comportamiento copiado de la sociedad, ya que la etapa de la juventud que va entre los quince años de edad y los 30 años, una gran mayoría de personas que oscilan entre esas edades, actúan de manera inconsciente,

³⁵ GARCIA RAMÍREZ, Sergio, op.cit., p. 17.

³⁶ GARCIA RAMÍREZ, Efraín, op.cit., pp. 115-116.

ya que para la época en que se comienzan a realizar esos movimientos masivos, la era de la tecnología había tenido un gran avance en los medios de comunicación, y por lo tanto la facilidad de conocer lo que sucedía en gran parte del mundo incluido el mundo de las modas musicales y formas de pensamiento se difundieron con más fluidez que durante el siglo anterior. Ahora bien también se debe tomar en cuenta que la cuestión de educación social hasta antes de estos sucesos, era un tanto rígida sobre todo en cuanto a los modales del buen comportamiento social se refiere y los cuales se consideraban aceptables por la sociedad occidental, lo que ocasionó un cansancio en las nuevas formas de pensamiento de los jóvenes, quienes a su vez buscaban respuestas que quizás sus padres jamás les supieron responder, causa por la que consideramos, que durante el proceso de la búsqueda de respuestas, se encontraron con los narcóticos, mismos que como se menciona, ocasionan un éxtasis en el comportamiento del ser humano.

“La especie humana nunca ha estado condenada al alcoholismo ni a la toxicomanía como hoy se la conoce. Algunos pueblos han ignorado el empleo de estupefacientes y psicoactivos y, sobre todo, la toxicomanía y el alcoholismo. En los demás, el uso se reservó a privilegiados y grupos reducidos para momentos excepcionales de goce, fiesta y ceremonia, con exclusión de otros miembros de la sociedad; o bien, fue cumplido durante largos periodos históricos por comunidades campesinas fuera de controles superiores más o menos efectivos. La adicción en el sentido actual fue el hecho de individuos aislados en circunstancias particulares, no un problema social”.³⁷

De acuerdo a este punto de vista, queda muy claro que la cuestión de la adicción del ser humano a las sustancias toxicas, es totalmente de carácter psicológico y social, ya que como lo hemos venido explicando a lo largo del presente trabajo, la cuestión de consumir una sustancia que ocasione un placer en nuestros sentidos, es cuestión del libre albedrío con la que cuenta el hombre, por el solo hecho de pertenecer a este género, es decir, que él tiene en su subconsciente la

³⁷ KAPLAN, Marcos, “**El Estado Latinoamericano y el Narcotráfico**”, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998, pp. 49-50.

autodeterminación, de decidir la forma en que desea comportarse dentro del grupo social al que pertenece y de obedecer o no lo establecido en la ley.

Es decir, que la cura o la decisión de saber ¿Qué cantidad es capaz una persona de consumir o soportar los excesos en el consumo de drogas? es una determinación propia y subjetiva de cada una de las personas que consumen drogas, ya que no hay en la tierra, poder humano que pueda limitar la cantidad precisa de consumo de droga toda vez que la ingesta es de acuerdo a su grado de dependencia a los narcóticos, pero también recordemos que la cuestión social y económica juegan un papel de suma importancia en el sentido de que una persona se convierta en toxicómano o farmacodependiente, porque se debe considerar que estas dos situaciones son factores determinantes en esa cuestión, al establecerse los problemas que aquejan a una sociedad, se pueden ver o no reflejados en las cuestiones de adicción que no se limitan solamente a las drogas sino que además se pueden volver adictos al juego, a la comida, al trabajo, etc.

“La masificación y la internacionalización del uso de drogas, su represión y su cambio en adicción, son fenómenos recientes. Han resultado, en los dos últimos siglos, de la convergencia e interrelación de una serie de fuerzas y procesos que integran el proceso general de modernidad.

“A partir de los dos últimos siglos el capitalismo moderno se desarrolla y tiende a la internacionalización y a la universalización en la desigualdad de las regiones, los países y los grupos. Privilegio de un puñado de países son el crecimiento y la modernización, la iniciativa o la incorporación rápida en el ciclo de Revoluciones Industriales. El capitalismo transita de la fase de libre competencia a la de monopolio y de imperialismo y colonialismo modernos. La mayoría de las naciones y Estados sufren la doble situación de subdesarrollo y dependencia. Los cambios multidimensionales y acelerados van acompañados por conflictos sociales, ideológicos y políticos, y por el ascenso del intervencionismo del Estado. Las

confrontaciones por la hegemonía mundial llevan consigo el militarismo, el armamentismo, las conflagraciones mundiales”.³⁸

Aquí cabe preguntarnos ¿En verdad las drogas son las que afectan a la humanidad? o ¿Serán los intereses económicos del hombre para que las demás personas se conviertan en dependientes de su producto? Estas preguntas las planteamos, toda vez que el propósito de la presente investigación va encaminada a la manera en que se deberán analizar en un campo jurídico cuestiones psicológicas, ya que como se ha establecido, las causas que llevan a una persona a convertirse en un momento dado, en ser farmacodependiente de una droga o narcótico, o en su defecto a ser el proveedor o productor de dicha sustancia, se puede plantear desde la perspectiva social, cultural, económica e incluso racial, pero en el caso que nos ocupa, solamente estaremos observando la cuestión legal o jurídica en estricto sentido, misma que nace a partir de todas aquellas circunstancias que generan un entorno un tanto hostil, para una determinada sociedad, en donde se establece un parámetro de conductas, que hasta cierto punto, la misma sociedad es la responsable de permitir que sean realizadas por los miembros que son parte integrante de la misma. Pero no debemos de perder de vista, que esa misma sociedad, reclama un cierto respeto para sí misma, lo cual logra obtener mediante la implementación de alguna norma, que prohíba o le permita realizar a alguno de sus miembros, un determinado comportamiento, el cual no deberá de perjudicar de manera directa o indirecta a los demás miembros que la integran.

“El SINDICATO que dirige al tráfico ilícito de estupefacientes es muy peculiar y misterioso ya que la falta de normas definidas, de instituciones legitimadas y consistentes, de cuadro de mandos reconocidos y de medios de comunicación bien identificados hace sumamente difícil el descubrimiento la estructura interna y las relaciones consagradas de los miembros de esta extraña comunidad.

³⁸ Ídem.

“Un esquema general de la misma fue presentado en Tokio en 1963 con motivo de la celebración de un seminario sobre prevención de los delitos por uso de narcóticos en SE. Asiático”.³⁹

Al momento en que se considera indetectable la célula madre por así llamarla de alguna manera la que se encarga de estructurar una organización que se dedica al tráfico de drogas, es claro que se está hablando de un fenómeno provocado por las asociaciones humanas en su gran mayoría de índole política y cultural, motivo por el que se desconoce dónde tiene su origen y cuál es la secuencia que sigue este, y por consiguiente a quien se le deberá considerar como el líder de dicha organización, por lo que este fenómeno social, cultural y hasta político, se presenta en todas las razas de la humanidad llámense asiáticos, americanos, europeos o latinos, ya que como hemos vistos a lo largo de la historia de la humanidad, y de los acontecimientos que actualmente se suscitan en nuestro país a causa del narcotráfico, se podría decir que hay intereses muy mezquinos en que la situación de las drogas se siga considerando como de alto impacto social, en cuanto a la protección de la salud pública, debemos recordar también, que la venta de bebidas alcohólicas, fue prohibida por cuestiones de la alta demanda que se generó en los Estados Unidos de América, así mismo se puede observar que en la actualidad se ha venido dando desde hace aproximadamente unos 30 o 40 años el gran auge de la venta y producción de drogas en gran parte de Latinoamérica, esto a causa de los movimientos armados en centro y sur de América, así como las crisis económicas que se han suscitado en nuestro país desde principios de los 70's., hasta la actualidad.

“El “tráfico de la muerte blanca” es en la actualidad el negocio delictivo del siglo ya que supera en rentabilidad al de la trata de blancas, al del juego, tráfico de divisas y al de armas pues en cada operación el precio se duplica. De esta manera, 10 kgs., por ejemplo, de opio comprados al campesino turco o thailandes por 500 dólares americanos (30.000 pts.), alcanzan el precio de 200.000 pts. Al ser transformados en

³⁹ ESPINOZA García, Juan, op.cit., p.43.

1kg. De heroína en Marsella. En España cuesta el doble. Si la tercera transacción se realiza en Nueva York se valora en 800.000 pts. Una vez allí se inicia un nuevo proceso: el de la distribución. La sustancia importada suele tener una riqueza del 90 al 95 por ciento. Cada venta o corte supone una adulteración. Cuando la droga llega al consumidor su pureza es como máximo de un 10 por ciento, siendo el 90 por ciento restante lactosa, sacarina u otro ingrediente inocuo, aunque el precio sigue multiplicándose en forma escandalosa”.⁴⁰

Como se podrá observar en las estadísticas que aquí se mencionan el mercado de la venta de drogas o estupefacientes tiene una ganancia de casi el 100% por lo que este mercado sigue siendo bien explotado por una gran parte del mundo, ya que es posible obtener una jugosa ganancia económica a cualquier nivel de venta de droga, y sin necesidad de someterse a un horario laboral y mucho menos estar sujeto a una cuestión de supra a subordinación y aunque de manera clandestina es así, las ganancias que se generan por la producción o venta del producto, no se igualan, a las ganancias que se generan por la labor que es considerada lícita por los gobiernos de los diferentes países que tienen este problema.

“No hay ya noche ni día en que en la actualidad de la droga y el narcotráfico no sea noticia. Las democracias occidentales organizan casi todas las semanas, de uno a otro confín, simposios y congresos de expertos contra la droga. Se trata de reprimir e intercambiar información para desterrar de este mundo todo lo que reciba el nombre de droga. Se trata, también, de eliminar, mediante la represión policial, un negocio babélico e internacional: el narcotráfico. A pesar de ello, no se ha dado comienzo al fin de un drama que adquirió dimensiones mundiales en los años 60’s.

“En la región andina, hablar de drogas es referirse, principalmente, a la marihuana, la coca y recientemente, la amapola. Estos productos son vistos por Occidente como elementos de agresión contra su sociedad. Sin embargo, el no tener en cuenta ciertos rasgos culturales de las regiones donde se cultivan,

⁴⁰ KAPLAN, Marcos, óp. cit., pp. 51-52.

particularmente la hoja de coca, puede dar lugar a confusiones que originan distorsiones en el estudio del tema. En efecto, el consumo social de la hoja de coca es en algunas regiones andinas un elemento catalizador de las comunidades con lo que las rodea: familia, pueblo, mundo sobrenatural y tiempo".⁴¹

De acuerdo a las sociedades occidentales, las drogas son un mal que tenemos que erradicar de manera absoluta, ya que estas envenenan el alma y degradan la especie humana, y como consecuencia de esto, se degrada toda una sociedad que es consumidora de estos estupefacientes o psicotrópicos, motivo por el que continuamente, se realizan simposios o congresos internacionales para la erradicación de este problema de salud pública.

Al respecto nos cuestionamos ¿Será necesario erradicar este problema del consumo de drogas, o será mejor instruir a nuestra sociedad occidental de acuerdo a las cuestiones culturales que existen a lo largo de nuestro continente? Es decir, que todos aquellos organismos que tratan de establecer una política de salud pública, están hasta cierto punto discriminando las costumbres de aquellos pueblos que tienen la necesidad de consumir determinadas drogas, mismas que son requeridas para poder llevar a cabo sus rituales, los cuales forman parte de sus costumbres e incluso son tomados como tónicos medicinales, y bajo el esquema de salud pública que se planifica por los que pertenecemos a una cultura occidental, no son respetadas por las personas que en su momento hacen la mención de pertenecer a una sociedad del primer mundo, haciendo referencia con esto, a que pertenecen a una cultura de mayor calidad que aquellos pueblos indígenas que solamente utilizan las drogas con fines ceremoniales y no con fines lucrativos, como se acostumbra dentro de nuestro sistema de cultura, lo que provoca que diferentes organismos de los diferentes Estados o Países del mundo, establezcan que el consumo de drogas es un problema de salud pública que compete a todos.

⁴¹ ESCOHOTADO, Antonio, óp. cit., pp. 29-30

“El 2 de mayo de 1949, la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, después de un largo proceso que se inició el 22 de abril de 1947 a solicitud de Perú y, posteriormente, de Bolivia, designó una comisión de estudio definió la problemática de las drogas como un fenómeno no aislado, y resultante de las condiciones económicas y sociales en que vivían grandes sectores de la población de Perú y Bolivia. Se determinó su peligro por contener cocaína y por crear un círculo vicioso de desnutrición, pues produce inapetencia y dependencia de los consumidores.

“En el decenio de los 70 la Organización Mundial de la Salud (OMS) reconoce que la farmacodependencia representa un problema que rebasa los límites del sector salud y los órganos competentes de las Naciones Unidas estudian y descartan las soluciones puramente represivas o sanitarias por requerirse una visión más amplia. Paralelamente, se inicia en esos años el tráfico y el consumo masivo de marihuana en América Latina; luego, en los 80, irrumpe el tráfico de cocaína, controlado por organizaciones de carácter transnacional. Se desarrolla la explotación en masa de cocaína en Bolivia, Perú y Colombia y se producen en estos países graves problemas socioeconómicos. A comienzos de 1982, la Administración del entonces presidente Ronald Reagan inicia una cruzada contra la droga y declara el problema como de seguridad nacional.

“El tráfico de cocaína ha sido vinculado a actividades guerrilleras y subversivas; de esta manera, la lucha contra las drogas adquiere un matiz ideológico al ser percibida como “narco-subversión” y da al problema un carácter prioritario, a nivel nacional e internacional. El potencial desestabilizador del concepto “narco-subversión” permite catalogar a la producción y tráfico de drogas como un delito contra la humanidad”.⁴²

Considerando que la producción y venta de drogas es aunado a la lucha de ideales políticos, es pertinente detenernos a realizar un acto de concientización de lo

⁴² AÑON, José María, et. al., óp. cit., p.56.

que dejan las luchas por los ideales y la defensa de los intereses de las diferentes clases sociales que existen en cada una de las regiones en donde se da la producción en masa de las drogas o narcóticos, es esta la situación que envuelve en su momento la producción y venta de drogas, en todo el continente americano y como se ha venido observando a lo largo de la historia, uno de los grandes consumidores de estas sustancias lo son los Estados Unidos de América, quienes desde nuestro punto de vista, juegan una doble moral al tratar de implementar programas que se encarguen del combate al narcotráfico de manera internacional y por otro lado, también tratan de implementar sistemas económicos en donde los países en desarrollo se vean obligados a someterse a las consideraciones de los intereses a favor de los Países más industrializados, tal es el caso de las privatizaciones respecto de sus empresas paraestatales, lo que ocasiona una gran inflación en las economías de los pequeños países como Colombia, Perú y Boliviamismos países que son tres de los grandes productores de cocaína y marihuana sustancias que son de alta demanda en el vecino país del norte.

“Durante la guerra interna, donde se enfrentó el norte contra el sur de los Estados Unidos la heroína fue de gran utilidad para aliviar los dolores de los heridos, algo similar ocurrió durante la primera guerra mundial, pero ya para la segunda conflagración mundial eran utilizadas todas las drogas conocidas.

“En la guerra de Vietnam los opiáceos y sus derivados fueron materia de tráfico hacia los Estados Unidos. De lo anterior podemos establecer que las guerras han contribuido en gran medida al tráfico de drogas”.⁴³

He aquí la doble moral que se manejan en los conflictos bélicos en donde supuestamente se crea una guerra a raíz de ciertos desacuerdos políticos y económicos, pero que a su vez ocasiona graves trastornos en la mente, el caso más palpable lo tenemos con el holocausto, en donde a consecuencia de la crueldad del mismo ser humano, se observa que gracias al dolor que se le ocasiono a la

⁴³ GARCIA RAMÍREZ, Efraín, óp. cit., p.120

humanidad, la misma necesito de alguna forma escapar de esa realidad que se vivió y que mejor manera que el consumo de sustancias que hicieran olvidar por lo menos unos instantes la desgracia que vivían las personas, para así poder mitigar de alguna manera las heridas que se ocasionan por el combate con las armas de fuego, y como en dichas circunstancias dudamos mucho que un médico no prescribiera alguna clase de droga, esto ocasiono que el consumo de las drogas, se volviera más agresivo una vez terminado el conflicto.

“En los Estados Unidos de Norteamérica se creó el Instituto Nacional Contra el Abuso de las Drogas (NIDA), con el objeto de rehabilitar a toxicómanos.

“En 1971 fue creada la oficina especial de Acción para la Prevención de Abuso de las Drogas (SAODAP), la cual dependía directamente de la Casa Blanca; sus actividades estaban orientadas a coordinar los programas para el control de narcóticos.

“El antecedente inmediato de la famosa DEA (Administración para la Coacción de las drogas) fue la ODALE (Oficina de Coacción Legal contra el abuso de las drogas), ambas formadas entre 1972 y 1973 por el Presidente Nixon. La DEA tiene sede en los Estados Unidos de Norteamérica y funciona también en los países extranjeros que considera involucrados en el abastecimiento de la droga; tiene más de cinco mil empleados y un presupuesto financiero de cientos de millones de dólares. Su carácter de intemperancia con las Policías Nacionales de los países en que actúa, le han creado fama de antipatía, pues se piensa que actúa con mayor rigor en el extranjero que en su propio país”.⁴⁴

El combate al narcotráfico por parte de los Estados Unidos de Norteamérica, es hasta cierto grado una farsa y por lo tanto un engaño para los demás países como también un auto engaño para su propio Estado. Ya que como se podrá observar el país más poderoso del mundo y uno de los mejores desarrollados a nivel mundial

⁴⁴ Idem.p.123.

tiene un grave problema de salud con el consumo de drogas y como se dice en la biblia ¿Por qué miras la paja en el ojo de tu hermano que no te has dado cuenta de la viga que traes atravesada en el tuyo?, es como se considera a la DEA (Agencia Antidrogas) es dura en el exterior del país de donde es originaria o creada pero en su propio territorio no aplica la misma táctica de combate lo cual ocasiona un disgusto con los demás países involucrados en dicha situación, tanto de consumidores como de productores de drogas, ya que como se dice en el ámbito jurídico, para que haya un delito se requiere de dos uno que sea el sujeto activo y el otro que sea el sujeto pasivo en el presente caso que nos ocupa se consideran como activos del delito los productores y vendedores de las drogas y se establece como sujeto pasivo del delito a la sociedad mundial.

“El 15 de febrero de 1990 los presidentes de Bolivia, Colombia, Estados Unidos y Perú, reunidos en Cartagena de Indias, alcanzan el consenso para establecer un pacto antidroga. Es el primer paso para una acción concertada tendiente a reforzar el combate al tráfico y consumo de estupefacientes, la cocaína muy especialmente. En esta cumbre presidencial el presidente Bush reconoce que la represión es insuficiente para disminuir la producción y que se requiere un tratamiento económico y social del problema junto a un apoyo financiero.

“El presidente Alan García manifestó en dicha reunión que ante el aumento del consumo europeo de cocaína, hacía falta un programa económico integral que involucrara la responsabilidad de los Estados Unidos y la cooperación comprometida de Europa. Paz Zamora, el presidente de Bolivia, planteó como solución para los campesinos bolivianos productores de hoja de coca cultivos alternativos con posibilidad de distribución en Estados Unidos y Europa.

“Por su parte, Virgilio Barco, presidente de Colombia, solicitó a Estados Unidos un mayor control de las exportaciones de armas desde este país para los escuadrones de la muerte financiados por narcotraficantes y para el lavado de dinero en el sistema financiero internacional. Los Estados Unidos aceptaron con muy pocas

matizaciones el documento básico de la cumbre redactado en forma conjunta entre Bolivia, Colombia y Perú. En el texto queda claro que el problema del narcotráfico dejó de ser un mal de cada país involucrado para convertirse en un problema común que debe ser afrontado en forma solidaria por productores y consumidores. Sin embargo, la petición del presidente Bush de usar naves de guerra norteamericanas contra los narcotraficantes fue rechazada en Cartagena. Se aceptó, con limitaciones, la instalación en los países andinos de equipos de radar destinados a obstaculizar el tráfico de drogas”.⁴⁵

La reunión entre países productores y el país con mayor índice de consumidores, trajo como consecuencia la solidaridad de los demás países de Latinoamérica al combate del narcotráfico, misma lucha que se ha visto rebasada y por mucho por el narcotráfico a nivel mundial, si viene cierto Estados Unidos se unió al combate, también es cierto que la sociedad norteamericana sigue siendo uno de los principales mercados para el consumo de drogas lo cual indica que dicho país no ha podido erradicar del todo el gusto de sus miembros por el consumo de dichas sustancias, tan es así la situación, que los carteles de la droga que existen en nuestro país se pelean el paso de los territorios que el gobierno de Calderón aún no cubre en su lucha frontal ante este fenómeno delictivo.

“El documento de Cartagena divide a los países latinoamericanos en países productores y no productores de cocaína, y los sustrae de una acción latinoamericana multilateral; también coloca a Bolivia, Colombia, Perú como países responsables de la producción y tráfico de cocaína frente a los Estados Unidos como país consumidor o víctima.

“Dos años después de la cumbre de Cartagena, los mandatarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Perú y Estados Unidos, y el ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, reunidos en San Antonio- Texas- expresan su disposición de ir más allá de lo pactado en Cartagena y adecuar la cooperación internacional a

⁴⁵ EASTMAN, Jorge Mario, et. al., óp. cit., pp. 18-19.

los nuevos retos que surgen de los cambios mundiales experimentados en el problema de la droga”.⁴⁶

A partir de la cumbre en Cartagena Colombia, los demás países de Latinoamérica, comienzan a interesarse en el combate internacional al narcotráfico entre ellos México, ya que por la cercanía con los Estados Unidos de Norteamérica, es considerado el principal puente para pasar toda la producción de drogas al vecino país del norte, motivo por el que también se ve involucrado en dicha situación. Cuestión que en la actualidad nos tiene sumergidos en un terror social, tanto por parte de los carteles de las drogas, como por parte de las políticas que se han estado implementando en los últimos nueve años de gobierno panista.

“En la declaración suscrita en San Antonio, los asistentes parten del reconocimiento que el problema global de las drogas ilícitas y los delitos conexos representan una amenaza directa para la salud y el bienestar de nuestros pueblos, para sus economías, para la seguridad nacional de nuestros países y para la armonía de las relaciones internacionales. Las drogas inducen a la violencia y a la farmacodependencia; constituyen una amenaza para las instituciones democráticas y un desperdicio de recursos económicos y humanos que podrán ser canalizados en beneficio de nuestra sociedades”.⁴⁷

Como se establece en la presente reunión que las drogas son un grave problema para las economías del mundo, las sociedades y la salud pública mundial nos cabe hacer el siguiente cuestionamiento ¿Cuántos millones de dólares se siguen invirtiendo en el combate al narcotráfico desde hace aproximadamente diecinueve años, eso contando solamente desde el momento en que se celebró la cumbre en Cartagena Colombia en el año de 1990 y aun así se sigue propagando la venta de drogas en mayores proporciones? ¿Cuántos narcotraficantes actualmente manejan los mercados de la venta de drogas desde el interior de las prisiones? ¿A caso será que las instituciones gubernamentales y los órganos de carácter internacional, se

⁴⁶ Ídem. p. 25.

⁴⁷ EASTMAN, Jorge Mario, et.al., óp. cit. p.20

han visto siempre rebasados por los productores, vendedores y consumidores de drogas?

Consideramos que la solución al consumo de los narcóticos o las drogas no la encontramos en cuanto a una inversión al combate al narcotráfico, si bien es cierto se ha invertido mucho dinero en esa guerra que consideramos inútil, también es cierto que a muchos de los países involucrados en esa situación entre ellos el nuestro, no ha tenido la más mínima voluntad política y jurídica de encargarse de establecer mejores condiciones de vida para con su pueblo, ya que esta situación es en lo que repercute en su momento, la alianza de muchos miembros de la sociedad mexicana a unirse al narcotráfico, tan es así, que por citar un ejemplo que fue publicado en un periódico de fecha 11 de febrero del 2009 en donde el encabezado de la nota señala “Falta de trabajo los orilla a vender droga”¿Cómo pretende al menos el gobierno mexicano combatir primeramente el fenómeno del narcotráfico, sino no puede combatir las necesidades básicas de un ser humano y que a la vez es una garantía que se encuentra establecida en la Constitución Federal? Misma situación que consideramos aberrante e inútil el seguir invirtiendo en el combate al narcotráfico, si antes no se otorga una mejor calidad de vida a nuestra sociedad.

Entre tanto a la comunidad internacional, le interesa de igual forma establecer la erradicación total del narcotráfico pero sabemos de manera tajante que los que son países productores de drogas como Colombia, Perú y Bolivia, tienen una economía un poco más débil que la nuestra o probablemente igual a la nuestra y que por lo tanto la falta de empleo y sobre todo los ingresos que se perciben son una situación deplorable para sus respectivas sociedades, aunado a las presiones políticas externas.

Por lo que respecta a los Estados Unidos de Norteamérica y demás consumidores como lo son los países europeos, estos establecen los estereotipos sociales a nivel mundial, ya que al ser países desarrollados de forma industrial y económica, les es más fácil divulgar su cultura hacia los países que cuentan con

menor desarrollo en los campos que se mencionan, y por lo tanto sus sociedades establecen modas, entre las que encontramos el respectivo consumo de drogas, el ejemplo más cercano que tenemos dentro de nuestro continente es Canadá, en donde ya se estableció por ley la legalización de la marihuana, así como en Holanda y al permitir la legalización de dicha sustancia, se da por hecho que si dichos países tienen permitido el consumo de la marihuana, será un gran consumidor y por lo tanto, los países productores como Colombia tendrán un mercado en donde colocar su producto cabe preguntarse ¿De qué manera podrá hacer llegar a dicho país consumidor su producto, si tiene que pasar por otros países en donde la marihuana se encuentra prohibida por sus legislaciones? Hablemos del caso en particular nuestro, en donde no es posible llevar un cargamento de marihuana de forma legal, ya que el transporte o la posesión de dicha sustancia en cantidades algo considerables se encuentra prohibida y penada por nuestras leyes, así mismo es importante recalcar que nuestro país ha celebrado un tratado comercial con Canadá.

A la conclusión que llegamos respecto a esta situación, es que para el consumo de drogas es necesario no solamente combatirlas, sino también educar a las sociedades para el consumo de las mismas, ya que consideramos que todo se encuentra en la mente, toda vez que existen personas que no necesariamente necesitan estar drogadas para cometer un delito, o hay personas que por el simple hecho de haber ingerido bebidas embriagantes cometen delitos, por lo que consideramos en su momento saber establecer un parámetro de comportamientos sociales ante la situación del consumo de drogas en nuestro país y eso solamente se puede realizar aprendiendo cuales serían los factores sociales que ocasionarían que el consumo de drogas en una escala masificada, causara un mayor perjuicio dentro de nuestro ámbito legal.

“En la fase que va desde fines del siglo XIX hasta la segunda guerra mundial, se constituye e impone definitivamente una economía mundial, estructurada por una nueva división internacional del trabajo y por estrechos lazos y fuertes flujos de personas, bienes y servicios, capital, transportes y comunicaciones, información.

Esta economía global está fracturada por la división entre el cinturón central de países industrializados y la enorme periferia de países atrasados y dependientes. Drogadicción y narcotráfico reflejan esta fractura por la doble especialización de los países avanzados como grandes centros de consumo y de organización criminal, y de países en desarrollo como áreas de producción y de coparticipación intermediadora y subordinada en el tráfico”.⁴⁸

Desde el siglo ante pasado, se venía trabajando la idea de la globalización, ya que como se ha establecido, el mundo entero se encuentra dividido económicamente y por lo tanto socialmente, como se puede apreciar de manera muy clara, los países más industrializados van ir siempre a la vanguardia en todo los avances científicos que se conozcan y por lo tanto sus sociedades tendrán mejores expectativas de vida que aquellos países que aún se encuentran en pleno desarrollo industrial, comercial y por consecuencia económico, así que la forma de manifestar esta pequeña gran diferencia, es en cuanto al consumo de drogas en los diversos países, pero consideramos que esta situación también va más allá de las diferencias económicas, como ya lo hemos establecido anteriormente, cuenta también, la rapidez de las comunicaciones y los estereotipos sociales que se establecen en cada uno de estos países, los cuales por desgracia repercuten en las sociedades de los países menos industrializados, pero también es importante considerar que la educación de una sociedad depende mucho de sus costumbres y orígenes, desgraciadamente para los pueblos de Latinoamérica siempre nos hemos visto influenciados por culturas de otros países, y no solo eso, sino que hemos sido conquistados con sus ideales, lo que consideramos que es un punto que está muy en contra de los consumidores de drogas.

“La fase del neo imperialismo colonialista es también una fase de militarismo, armamentismo, aplicación de la ciencia y la técnica a una destructividad sin precedentes, y de catástrofes sociales, físicas y psicológicas de todo tipo. Ello contribuye también al incremento de la demanda y el consumo, y de la disponibilidad

⁴⁸ KAPLAN, Marcos, óp. cit., p. 53.

de satisfactores, como las drogas aptas para la analgesia, la anestesia, la compensación psicofísica, la narcotización y la estimulación, la evasión de la realidad.

“En esta fase, la ubicación central y el papel primordial en el mapa mundial emergente de la drogadicción y el narcotráfico se van desplazando, de la Europa Occidental, a los Estados Unidos.

“Durante gran parte del siglo XIX prevalece en los Estados Unidos una situación de *laisser-faire* liberal en cuanto a estupefacientes y psicotrópicos, que pueden ser producidos, distribuidos y usados sin restricciones. No existe todavía el adicto sino el aficionado o habituado, proveniente de diversos niveles de la estructura social y beneficiario de la prevalecía de los patrones de tolerancia social y de la no injerencia estatal”.⁴⁹

Queda debidamente demostrado que el consumo de drogas o narcóticos no es exclusivo de algún estatus social ya que de alguna manera todas las personas que pertenecemos alguna clase social, tenemos acceso a las mismas en igualdad de oportunidades, lo cual quiere decir que para hacer uso de las mismas no se requiere contar con una determinada formación académica, más bien es cuestión de comprensión del ser humano de que el uso en exceso de cualquier droga o narcótico, es totalmente nocivo para la salud personal, pero no solamente eso es cuestión de adicción o afición como se establece, sino también cualquier otro exceso se puede tornar nocivo como podría ser el caso de las personas bulímicas o comedores compulsivos, quienes no necesariamente necesitan consumir narcóticos para dañarse así mismos, sino que consideramos que también es falta de orientación hacia como aprender a manejar sus emociones y sobre todo realizar un enfoque adecuado de cómo aprender a controlar las ansiedades.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 53.

“Las personas juzgadas por delitos contra la salud pública en la década de los ochenta, fueron juzgadas en virtud de tres criterios de política criminal diferentes, con lo cual, es necesario evaluar los efectos de dichas políticas y, sobre todo, examinar si tales políticas fueron coherentes o no con los motivos expresados por el legislador al realizar los consabidos cambios. Hace más de veinte años, la Resolución 6 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a los aspectos penales del abuso de drogas, resaltaba la importancia de realizar investigaciones para analizar los efectos de la legislación penal en materia de drogas ilegales”.⁵⁰

Consideramos importante esta observación en lo referente a los cambios de forma de juzgar de acuerdo a la política criminal, toda vez que hemos considerado, que no es posible entender el fenómeno del narcotráfico en donde se encuentran involucrados los diferentes sectores de poder como lo es el político, el jurídico y el empresarial, ya que todos estos tiene una gran influencia sobre la sociedad y la manera en que esta se encuentra establecida, porque de los tres sectores depende mucho la forma en que es educada una sociedad y con qué fines se educa a la misma, por lo que los tres sectores que mencionamos, tienen una gran responsabilidad social, lo cual no han cubierto desde nuestra perspectiva, y lo único que se hace en nuestro país, es a proteger intereses particulares, dejando de lado el interés social y al hacer a un lado esto, ocasiona una inestabilidad en las personas que no perteneces a dichos núcleos, lo que ocasiona a su vez que las clases sociales que carecen de determinados medios de adquisición desahoguen sus frustraciones mediante el consumo masivo de drogas.

“Se puede afirmar que numerosos sectores de capitalistas dedican importantes cantidades de capital a la producción y venta de drogas.

“Esto se conecta con el papel que desempeñan gobernantes y funcionarios del aparato estatal con dichas actividades. Como la mayoría de las naciones tienen leyes

⁵⁰ AÑON, José María, et. al., óp. cit., p. 348

que prohíben el cultivo y tráfico de drogas, eso hace crecer la importación de los órganos destinados a la represión de actividades ilícitas.

“Y si a eso agregamos que la mayoría de las producciones de drogas se destinan al mercado de las naciones industrializadas, los Estados imperiales e importantes sectores productivos de ellos tratan de controlar la producción y comercialización, con diversos propósitos. Por ello promueven legislaciones restrictivas, organizan dependencias destinadas a eliminar o reducir las áreas de cultivo, transformación de las materias primas y circulación de las mercancías ilegales”.⁵¹

Se concluye que la venta, control y producción de drogas es un mercado con bastante demanda, en donde solamente algunos cuantos pretenden mantener el control, pero a su vez también se considera que los gobiernos tienen intereses mezquinos en seguir manteniendo el comercio de drogas hasta cierto punto como una actividad ilegal, misma situación que al menos al gobierno mexicano se le ha salido de control ya que como se aprecia en nuestro país, existe una gran ola de violencia por tratar de obtener el control sobre los mercados y monopolizarlos, y a su vez, el gobierno trata de supuestamente erradicar la venta total de las drogas, sin embargo, se sabe que sustancias que se derivan de las mismas, sirven como medicamentos para el combate de diversos males que aquejan al ser humano y de los cuales se obtienen ganancias millonarias.

“Todo ello implica una nueva violencia. Entre productores legales e ilegales de drogas. Entre distintas fracciones nacionales o entre los grupos de los países subdesarrollados y los de los países imperialistas. El enfrentamiento contra el orden establecido supone violencia contra los órganos estatales dedicados a combatir el crimen organizado. Pero también incluye la violencia contra los campesinos de las áreas de cultivo, los pobladores de las regiones aledañas, de muchos de los que participan en su tráfico y naturalmente contra los consumidores”.⁵²

⁵¹ GALVEZ CANSINO, Alejandro, óp.cit., p. 19

⁵² Ibídem. p. 53.

Como se ha indicado, el mercado de las drogas es una gran inversión, pero a la vez sale siempre perjudicada la clase social más desprotegida dentro del capitalismo, y sobre todo aquellas personas que pertenecen a la clase campesina, por lo que nosotros proponemos que se establezcan mejores propuestas de empleos y con una mejor remuneración, así como un verdadero apoyo económico al campesino, el cual no solamente debe de recaer en el gobierno, sino también en los sectores de inversión privada, y a su vez proporcionarle a la sociedad una estabilidad laboral, ya que esta es una de las principales causas por las que las personas deciden involucrarse en el narcotráfico, toda vez que al entrar a esta clase de negocio tienen mayores y mejores posibilidades de mejorar su situación económica y social, lo cual consideramos que es fundamental en la vida social.

Por otra parte concluimos que el verdadero poder del narcotráfico, radica en su potencial económico y la destreza con que cuenta para ingresar el capital que se obtiene de esa actividad al sistema financiero y que en tanto no se afecte este sistema de los narcotraficantes, no se podrá erradicar de fondo el problema.

CAPITULO SEGUNDO

2. MARCO CONCEPTUAL

En el presente capítulo se analizarán los conceptos que consideramos de suma importancia en su aspecto dogmático, de forma sustancial, procedimental, y constitucional al precisar el significado de: delito, tipo, tipicidad, atipicidad, dolo, procedimiento, narcótico, droga, posesión, comercio, garantía y bien jurídico.

Es importante resaltar los conceptos generales que se habrán de utilizar, tratando de citar a los más destacados doctrinarios que han estudiado al Derecho Penal desde un punto de vista dogmático y por qué no también práctico, cabe hacer mención que no tratamos de establecer verdades absolutas, sino simplemente puntos de vista que pueden provocar disertaciones y que al final del camino es lo que da la riqueza a las investigaciones, toda vez que estas tratan de realizar una mejoría de los elementos ya establecidos por la ciencia jurídica, es importante resaltar que en el presente capítulo las aportaciones personales son tomadas de algunos autores citados en las fuentes.

2.1 Concepto de Delito.

Para Francisco Carrara el delito “es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.⁵³

El concepto antes señalado es el establecido por la escuela clásica, consecuencia lógica del iusnaturalismo que imperó durante mucho tiempo en Europa, el concepto de Carrara menciona criterios para la valoración de la ley sancionadora, siendo minucioso en las palabras utilizadas por el citado tratadista,

⁵³ CARRARA, Francisco, “**Programa de Derecho Criminal**”, Temis, vol. I, Bogotá, 1971, p. 60.

realiza un manejo de palabras con carácter metajurídicas, que se prestan al debate y a la discusión, como por ejemplo las palabras “moralmente imputable”, “políticamente dañoso”, para nosotros la moralidad imputable la marca el propio Estado, basado desde luego en la moralidad general o al menos mayoritaria de una determinada sociedad democrática, cuando no es así, la moralidad la marca el gobernante en el poder, atendiendo a intereses personales o de grupo que pueden coincidir con los intereses sociales, la denominación de políticamente dañoso, se refiere al daño ocasionado a la comunidad, éste concepto no es apto para considerarlo en el presente trabajo, debido a lo subjetivo de sus planteamientos; esto no quiere decir que estemos en contra de determinada corriente filosófica.

Castellanos Tena por su parte establece que el delito consiste en “...la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza”.⁵⁴

El concepto anterior nos induce a creer que el delito se crea en la mente de las personas, por lo que se anticipa a lo señalado para agrupar o clasificar las conductas que de antemano desde el punto de vista de la noción sociológica del delito, es considerado como contrario al comportamiento que deben observar las personas, esto aunado a que los positivistas creían adivinar por el simple hecho de observar a una persona quién era delincuente y quién no, de tal suerte que una persona de baja estatura, fornida, de cara redonda, labios gruesos era catalogada como criminal (aunque no lo fuera) para hacer tal discriminación desde luego que no se tomaron en consideración los caracteres raciales que existen en las diversas partes del mundo; no obstante lo anterior en nuestra opinión lo que influye en la comisión de hechos delictivos, es el ambiente social en donde se desenvuelven las personas, como por ejemplo el tipo de colonia en donde se vive, las amistades que se acostumbra a frecuentar, el uso de bebidas embriagantes o el uso de drogas, influyendo desde luego esos factores para la comisión de delitos.

⁵⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, “**Lineamientos Elementales de Derecho Penal**”, 39ª. edición, Editorial Porrúa, México1998, pp.127-128.

Para Garófalo el delito es “una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad según la medida en que se encuentran las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad...”.⁵⁵

El concepto antes mencionado, no es idóneo para los fines de nuestro trabajo ya que no señala lo que significan las “razas superiores humanas” porque consideramos que todas las razas humanas son superiores, no existen grupos étnicos inferiores, lo que podríamos señalar es que existen diferencias en cuanto a sus características físicas, en cuanto a las riquezas que poseen, en cuanto a su educación, es más en cuanto a su forma de gobernarse, pero de eso a que sean inferiores por el hecho de que sean diferentes a las llamadas sociedades “civilizadas” es totalmente diferente; sin embargo existen otros tipos de diferencias que son más notorias entre las sociedades orientales y las occidentales, ya que en ésta última no está permitido casarse en varias ocasiones al mismo tiempo, como en otras sociedades como en la musulmana donde es perfectamente legal el tener varias esposas, siempre y cuando se tengan los recursos económicos para sostenerlas.

El concepto antes referido es el primero que dieron los positivistas para definir al delito, elementos que sirvieron de base para que otros estudiosos como *Vaccaro*, *Ferri*, *Colajanni*, *Durkheim* dieran nuevos conceptos basados precisamente en el concepto establecido por Garófalo, como lo señala Jiménez de Asúa en su libro de Teoría del Delito señalando expresamente que “... todos los conceptos giran en torno al núcleo de lo que Garófalo enseñó y aún con nuevos nombres, que invocamos hoy los juristas”.⁵⁶

En relación al concepto dogmático de delito, Rodolfo Monarque señala que “en primer lugar se debe de realizar una enumeración de los elementos del delito, pretendiendo con ello, realizar un mejor análisis del mismo, en ese sentido diversos

⁵⁵ Cita en JIMENEZ DE ASUA, Luis, “**Teoría del Delito**”, Editorial Jurídica Universitaria, México 2003, p. 129.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 131.

estudios del Derecho penal se han preocupado por definir al delito enumerando sus elementos esenciales. A partir de esa circunstancia han nacido corrientes en función del número de componentes que cada uno le atribuye al delito, dándoles el nombre de biatómicas, triatómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc.”.⁵⁷

De lo señalado sólo hay una postura digna de tomarse en consideración, que ésta es la que indica que el delito para su estudio debe de descomponerse en partes y según el número de ellas será la denominación que se le dé; para el estudio del delito desde un punto de vista meramente estructural consideramos al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable.

Para Jiménez de Asúa el delito es un “acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputables a un hombre y sometido a una sanción penal...”.⁵⁸

El tratadista señalado, menciona que el delito para su estudio debe de dividirse en 7 elementos, como es la acción o conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, las condiciones objetivas y la punibilidad; no obstante lo anterior consideramos que la imputabilidad debe de estudiarse dentro de la culpabilidad de acuerdo a lo establecido por la teoría finalista, y las condiciones objetivas ni la punibilidad son elementos del delito, sino que las primeras no siempre son prescindibles y las segundas son consecuencias del mismo.

En los Estados de la República Mexicana los Códigos Penales llevan los mismos lineamientos que el Código Penal Federal de 1931, sin embargo hay Códigos sustantivos en la materia, que no comulgan precisamente con lo establecido por el Código Penal Federal y podemos mencionar como ejemplo de ello la entrada en vigor del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en fecha 12 de Noviembre del 2002, el cual ha dado paso a las nuevas ideas establecidas por un grupo de

⁵⁷ MONARQUE UREÑA, Rodolfo, “**Lineamientos Elementales de la Teoría del Delito**”, Editorial Porrúa, México 2000, p. 3.

⁵⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis, op.cit., p. 134.

tratadistas encabezados por Moisés Moreno Hernández. Por su parte el Código Penal para el Estado de Chihuahua señala en su artículo 6 que el “delito puede ser cometido por acción o por omisión”. Los Códigos Penales de los Estados de Tabasco y Sonora lo definen en el artículo 5º como “acto u omisión que sancionan las leyes penales” sin embargo la ley sustantiva penal para el Estado de Michoacán no establece ninguna definición, como los Códigos mencionados.

Concluimos que el delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, es de acción u omisión porque solamente se conocen esas dos formas de cometer delitos, es decir, es de acción cuando el agente lleva a cabo una conducta activa que lleva como resultado la violación de una normatividad, es de omisión cuando el agente se abstiene de obrar teniendo la obligación de hacerlo o bien deja de realizar la conducta que la norma obliga hacer. Los autores dividen a la omisión en propia e impropia, la primera castiga el no hacer la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado formal, en la omisión impropia, también denominados de comisión por omisión, en donde se castiga la no realización de la acción esperada y exigida por la ley, debiendo de producir un resultado material. Es típica porque necesariamente dicha acción u omisión debe estar establecida en la ley como delito, adecuándose dicha acción u omisión a lo establecido en la normatividad. Es antijurídica porque no existe ninguna causa de justificación para haber llevado a cabo la conducta o la omisión respectiva catalogada como delito, como por ejemplo la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, impedimento legítimo o el consentimiento del interesado. Es culpable porque la persona que cometió un injusto penal se le reprocha su conducta contraria a la ley.

2.2 Concepto de Tipo.

Es de vital importancia dar un concepto de tipo para nuestra investigación, ya que de ello dependerá que se den adecuadas soluciones al problema planteado sobre los tipos que van en contra de la propia Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que lejos de acarrearlos seguridad jurídica a los gobernados, crean con ello caos legislativo y desde luego injusticias que se cometen durante el juicio, provocado por tipos que exigen que el propio ciudadano debe de probar su inocencia, como es el caso del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, en donde es necesario que la parte acusadora demuestre la existencia de los elementos subjetivos específicos, ya que estos se describen en el tipo penal que se contempla en el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal, así mismo hemos de referir que a el Ministerio Público, se le exige de probar la existencia de los elementos subjetivos específicos que el tipo requiere, tal y como se analizara la inconstitucionalidad del artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales en el capítulo V de la investigación, el cual establece:

“Artículo 134. En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante los tribunales y expresará, **sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea”**.

Para Muñoz Conde “el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal”.⁵⁹

La descripción de la conducta que realiza el legislador en la ley, no es en sentido negativo, debido a que el Código Penal no contempla prohibiciones como sucede en

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, “**Teoría General del Delito**”, Temis, Bogotá Colombia, 1992, p. 40.

los mandamientos de la iglesia católica como el “no robaras”, “no mataras”, sino que por el contrario señala disposiciones meramente descriptivas como por ejemplo el artículo 302 del Código Penal Federal dispone que “Comete el delito de homicidio: el que prive de la vida a otro”, es decir, simplemente enuncia la conducta y señala a su vez la pena que se sufre por la realización de la conducta.

Existe consenso en admitir que el origen histórico del concepto de tipo corresponde a *Beling*, quien reelaboró un esquema antes formulado por *Binding*, para poder interpretar lo dispuesto por el artículo 59 del entonces Código Penal Alemán de 1871.

Binding había distinguido dos aspectos esenciales de la ley penal, el precepto; es decir, la norma que establece la sanción que comprende los elementos determinantes de la punibilidad. Esto lo condujo a concluir que el delincuente no obra contra la ley, sino contra la norma que se encuentra subyacente en la ley. El delincuente hace exactamente lo que dice la ley (mata a otro), pero al obrar en esa forma viola la norma que prohíbe matar. Por lo mismo, lo violado es la norma y no la ley penal.

Basado en este precedente teórico, *Beling* “afirmó que en toda acción contraria a Derecho, existe conceptualmente un análisis que hasta entonces era denominado bajo el común denominador de antijuridicidad”.⁶⁰

Para poder verificar si una acción es contraria a la norma, previamente es preciso constatar si coincide con lo que dice la ley, y es precisamente esa característica de la acción de poder ser subsumida en la descripción legal a lo que *Beling* llamó tipicidad. *Beling* distinguió entonces dos condiciones de punibilidad: a) aquellas que necesitan ser conocidas por el autor para fundamentar la imposición de una pena, que son precisamente las que pertenecen al tipo y por lo mismo deben de ser captadas por el dolo. Lógicamente respecto a ellas un error resulta relevante

⁶⁰ VON BELING, Ernst, “**Esquema de Derecho Penal La Doctrina del Delito Tipo**”, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1944, pp. 21-22.

dando origen al error de tipo; b) aquellas otras respecto de las cuales un error resulta irrelevante, pues no necesitan ser conocidas por el delincuente, éstas últimas quedan fuera del ámbito del tipo y por ello no necesitan ser captadas por el dolo. La teoría de *Beling* permitió precisar en un primer momento el concepto de tipo al limitarlo a uno sólo de los presupuestos de la pena, dando origen al esquema que para la sistematización del delito ofreció el positivismo y que hoy se conoce como teoría clásica.

La evolución ulterior de la teoría del delito en general y del tipo en particular, se tradujo en un abandono progresivo de la delimitación conceptual propuesta por *Beling*, los problemas que gravitaron fueron múltiples y complejos, por lo que solo aludiremos a los más relevantes, hubo en primer lugar la necesidad de adecuar el esquema original antes descrito, al ponerse de manifiesto que no necesariamente todos los tipos penales presentan una estructura meramente descriptiva, algunos textos legales describen la prohibición incorporando elementos que exigen valoraciones normativas o culturales (elementos normativos del tipo), en tanto otros exigen que el autor oriente su comportamiento en función de una especial finalidad (elementos subjetivos del tipo), ejemplo de lo primero es que la cosa ajena, en el tipo de robo y de lo segundo en el propósito de satisfacer un deseo erótico sexual en el abuso sexual. La innovación más relevante de consecuencias más perdurables fue realizada por el finalismo, fundamentalmente por la reformulación del concepto y la reubicación sistemática del dolo en el ámbito del tipo.⁶¹

En efecto los tipos penales modernos pueden poseer elementos objetivos, subjetivos y/o normativos, como es el caso del fraude que contiene los tres elementos, sin embargo existen tipos penales que no requieren de todos esos elementos para comprobar el cuerpo del delito, ciertos tipos penales, no obstante que señalan esos elementos, no reúnen los requisitos más indispensables para poder proporcionar un mínimo de garantías a los gobernados, debido a que el Ministerio Público es el único que tiene el deber de acreditar que una persona ha

⁶¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, óp.cit. pp. 234-248.

violentado la normatividad penal y no al contrario que sea el propio ciudadano quien tenga que acreditar su inocencia ante los tribunales, dicha obligación del representante social se encuentra establecida en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es por ello que el tipo penal debe de estar redactado en una forma clara sencilla, la redacción deberá de ser más apegada a nuestra ley suprema debido a que ningún tipo penal o norma deberá de estar por encima de ella.

En la literatura jurídico-penal contemporánea se ofrecen más de un concepto de tipo, cada uno de los cuales difiere en su contenido, así como en la función que se le adjudica:

A.- La función de tipo garantía es utilizada para relacionar la idea de tipicidad con el principio jurídico *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sólo pueden ser delito aquello que aparece previsto como tal en un tipo legal, la fuente normativa de éste principio de legalidad se encuentra previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es éste el concepto más amplio de tipo, pues necesariamente la garantía de legalidad se proyecta sobre todos los presupuestos de la pena.

B.- La función de tipo indiciaria, la existencia del tipo legal penal es el punto de partida de la tipicidad que realiza una función indiciaria, es decir, es indicio acerca de la posible existencia del delito en sentido estricto, o lo que es lo mismo, la tipicidad es *ratio conoscendi* de la antijuridicidad.

C.- La función instructora, en la medida en que instruye a los miembros de la sociedad civil, acerca de cuál es la conducta social deseada en función de la relación social, propugnada por el Estado, determinando el espacio social delimitado por el campo penal y, consecuentemente, observa en este sentido, una función de conocimiento acerca de cuáles son los comportamientos que están prohibidos u ordenados, para evitar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

En relación a la estructura del tipo penal, como las que se formulan a continuación están referidas únicamente al denominado tipo sistemático, como consecuencia de los aportes del finalismo en cuya virtud se puso de manifiesto que el juicio de subsunción que caracteriza la adecuación típica no puede quedar reducido al análisis de la parte externa del comportamiento. Corresponde distinguir en el tipo sistemático los delitos dolosos, entre tipo objetivo y tipo subjetivo, el tipo objetivo comprendería todos los elementos descriptivos y normativos previstos en la descripción legal, el subjetivo estaría integrado por el dolo o la culpa y en su caso por los llamados elementos subjetivos específicos del tipo. El tipo objetivo incluye a los elementos descriptivos que son aquellos que pueden ser captados por medio de los sentidos y normativos respecto de los cuales es necesaria una valoración jurídica o cultural. El más importante de los elementos descriptivos del tipo objetivo es la acción, usualmente denominada núcleo del tipo y frecuentemente expresada por medio de un verbo consignado por el legislador.⁶²

Cabe hacer mención en este apartado que la lucha de las teoría causalista y finalista en nuestro país ha dejado muchas controversias, mientras que en otros países ya se ha superado esa etapa, como es el caso de los países europeos, pero principalmente en Alemania, que es la cuna del Derecho Penal, a toda esa confusión le podemos agregar las constantes reformas hechas por el legislador a las leyes penales que responden más a situaciones de sobrepoblación y vicios dentro de las cárceles, que a cuestiones meramente jurídicas, por otro lado la presión de la sociedad en contra del gobierno a efecto de que aumenten las penas de los delitos; se hace patente en esos cambios constantes, que lejos de favorecer a un estado de seguridad jurídica para el gobernado lo afecta en sus derechos.

Cabe mencionar también, que con las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha dieciocho de junio del dos mil ocho, en lo referente al sistema penal y de manera particular en lo referente al tipo, este deja de establecerse de manera sistemática como se había hecho hasta antes de las

⁶² Cfr. JIMENEZ DE ASUA, Luis, óp.cit., pp. 256-258.

reformas de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para establecer solamente como delito aquel tipo objetivo, el cual solamente es apreciado por los sentidos y dejando de lado tanto los elementos normativos como subjetivos que requieren algunos de los tipos establecidos en la ley penal sustantiva, como es el caso en particular del tipo penal de posesión de narcóticos con fines de comercio, situación que crea inseguridad jurídica al gobernado, ya que este delito se contempla conjuntamente con otras conductas rectoras como son: producir, transportar, traficar, comerciar, suministrar aun gratuitamente cualquier sustancia que es considerada como narcótico.

Ahora bien la inclusión del dolo y la culpa en la conducta por parte de los finalistas ha originado muchas opiniones encontradas, unos señalan que es buena dicha inclusión porque se le da mayor seguridad jurídica al gobernado, debido a que para dictarse una resolución de procesamiento, el juez debería en primer término asegurarse que la acción fue cometida a título doloso o culposo, cosa que para muchos juristas esto equivaldría a dictarse una “sentencia” antes de que pudiera comenzar el juicio; sin embargo para la teoría causalista el dolo y la culpa la incluyen en la culpabilidad, cosa que es verdaderamente trascendental ya que el Ministerio Público no tiene la obligación de comprobar los requisitos establecidos por los elementos del tipo que posteriormente se analizaran con detenimiento.

Siguiendo con el concepto de tipo para *Hans Welzel* “el tipo es la descripción concreta de una conducta prohibida (del contenido de la materia de la norma), siendo una figura puramente conceptual”.⁶³

El tipo penal es una figura meramente conceptual debido a que describe conductas que deben de ser sancionadas, el tipo como tal es simplemente una descripción, que debe de establecer con precisión la conducta que se deba de considerar como contraria a los intereses sociales.

⁶³ WELZEL, Hans, “**Derecho Penal Alemán**”, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª edición, Editorial jurídica de Chile, Chile, 1993, p.60.

Para *Reinhart Maurach*, “el tipo es la determinante descripción de una determinada conducta humana antijurídica”.⁶⁴

Este concepto incluye en el tipo penal la antijuridicidad en el concepto de tipo, es necesario resaltar que no es necesario realizar conceptos muy amplios para poder profundizar en las cosas, para muchos autores modernos hablar de tipo y de antijuridicidad es hablar de un bloque que no se puede separar, ya que el uno lleva arrastrando necesariamente al otro, es por ello que hablan del “injusto”.

Desde el punto de vista de Eugenio Raúl Zaffaroni el tipo “es un instrumento legal lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)”.⁶⁵

Efectivamente el legislador como parte representativa del Estado, únicamente debe de tipificar como delitos aquellas conductas que hagan insostenible la vida en sociedad, es decir, que atenten gravemente en contra de los intereses de la sociedad.

En relación a las características del tipo penal, señala que “a) El tipo pertenece a la ley, porque es la ley donde hayamos los tipos penales: en la parte especial del Código penal y en las leyes especiales b) El tipo es lógicamente necesario, porque sin el tipo no podríamos averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad que en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia penal alguna. C) El tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y entre ellos de especial significación es el verbo, que es precisamente la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción”.⁶⁶

⁶⁴ MAURACH, Reinhart, “**Tratado de Derecho Penal**”, tomo I, Ariel, Barcelona España, 1962, p. 267.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “**Manual de Derecho Penal, parte general**” 2ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2002, p. 391.

⁶⁶ *Ibíd.* p. 393.

En México existen tipos penales que requieren de la acreditación de elementos subjetivos específicos como es el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio y que por tal motivo el legislador deja una brecha en el artículo 134, párrafo primero, para que se cometan todo tipo de injusticias, debido a que el Ministerio Público investigador puede consignar hechos que requieren acreditar los elementos del tipo penal, es decir, el verbo que sirve de connotar una acción se adhiere a esta un elemento subjetivo específico como son: los fines, los propósitos, los ánimos etc. violándose con ello la garantía de seguridad jurídica de los ciudadanos; y así podríamos dar otros ejemplos de tipos penales que violan la legalidad, no obstante que se encuentren establecidos en alguna ley secundaria, afectándose desde luego la garantía de seguridad jurídica de los gobernados; otros de los tipos penales en igualdad de circunstancias son los tipos penales en “blanco”.

Víctor Carranca Bourget hace alusión a los tipos penales en blanco señalando que “son aquellos a través de los cuales se delegan funciones legislativas de definición a favor del poder ejecutivo, el cual se encarga de complementar los tipos penales”.⁶⁷

Con este tipo de técnica legislativa en muchas ocasiones, se incluyen hipótesis que rebasan la necesidad de ser consideradas como delictivas, debido a que quedan fuera del control legislativo “así sucedía por ejemplo en nuestro país en materia de psicotrópicos, hasta antes de la reforma a la ley general de salud del día 10 de diciembre de 1987, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el día 23 del mismo mes y año, en vigor a partir del día siguiente, ya que al ejecutivo federal correspondía publicar las listas de sustancias consideradas como psicotrópicos a las que había que acudir”.⁶⁸

En conclusión, el tipo penal es la descripción clara y precisa de una conducta, en donde el legislador determina que hechos son constitutivos de delito, en plena

⁶⁷ CARRANCA BOURGET, Víctor, “**La Defensa de los Derechos Ciudadanos**”, Aspa, México, 1992, p. 37.

⁶⁸ Ídem, p. 39.

concordancia con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para efectos de que prevalezca el principio de exacta aplicación de la ley penal.

2.3 Concepto de Tipicidad.

Carlos Vidal señala que “en la búsqueda del principal fundamento sobre el concepto de la tipicidad, nos encontramos también con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, sobre todo si con certeza sabemos que es una derivación de lo entendido por tipo, pues no existiendo éste jamás se llega a la tipicidad y mucho menos al delito...destacando la manera principal la existencia de una conducta, actualizando y concretizando la abstracción del tipo, es decir, la tipicidad encargada de individualizar a través de un hecho particular la generalidad prevista en la ley penal”.⁶⁹

No estamos de acuerdo en que la tipicidad sea la encargada de individualizar un hecho particular, ya que dicha individualización no es acorde a la conducta desarrollada por el agente activo del delito, es decir, que en todo caso la individualización de la conducta la debe de realizar el órgano jurisdiccional para imponer la pena establecida en la ley sustantiva penal; sin embargo para Castellanos Tena la tipicidad es “la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto”.⁷⁰

Nos comenta Javier Alba que la tipicidad “requiere para su adecuación formal a la descripción, pero considerando que dicho comportamiento se adecue a la previa descripción realizada por el presupuesto legislativo, es decir, estudiarse la verdadera desaprobación hecha por el legislador de una determinada conducta por medio del análisis de todos los componentes del tipo”.⁷¹

⁶⁹ VIDAL RIVEROLL, Carlos, “**El tipo y la Tipicidad**”, UNAM, México, 1980, p. 77.

⁷⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, op.cit. p. 168.

⁷¹ ALBA, Javier, “**La Culpabilidad y la Tipicidad**”, Temis, España, 1990, p. 34.

En este sentido el juzgador al momento de dictar un auto de sujeción y/o de formal prisión o en su defecto una sentencia definitiva, debe de estudiar el caso concreto a efecto de que se pueda determinar si el tipo considera a la conducta como delictiva y si existen las suficientes pruebas como para tenerle por acreditada.

Para Javier Alba “jurídicamente, para que se presente la hipótesis del tipo delictivo, no se requiere mediante la acción llegar al extremo y alcance del propio tipo en cuanto al análisis posterior de la antijuridicidad y la culpabilidad, sino que basta con que simplemente encuadre en él; la frustración nos permite ver agotarse la acción, más no el resultado (es en este caso donde generalmente existe tipicidad). La tipicidad no significa necesariamente oposición de una conducta con el Derecho, sino el primer paso y fundamento para proceder al estudio de la antijuridicidad y la culpabilidad”.⁷²

Estamos de acuerdo en que es suficiente que para que exista tipicidad solamente es necesario que la conducta de un individuo encuadre en el tipo penal, para enseguida entrar en el estudio de los demás elementos del delito como es la antijuridicidad y la culpabilidad.

Si la conducta no se adecua a la norma penal, por lo tanto no existirá delito, siendo por lo tanto ocioso e inútil estudiar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta; en lo que no estamos de acuerdo con el autor antes señalado es en relación a que la tipicidad no es necesario que la conducta sea contraria a Derecho, desde nuestro punto de vista esa situación es un elemento imprescindible, porque si no es así, entonces estaríamos hablando en todo caso de una conducta reprochable socialmente o moralmente, pero que de ninguna manera es contraria a Derecho y por lo tanto no sería delito, siendo por lo tanto intrascendente para el propio Derecho.

La tipicidad “puede conocerse con la simple comparación de congruencia entre la conducta y el tipo, realizando únicamente el juicio cognoscitivo y no el

⁷² Ibídem, p. 34.

preponderantemente valorativo requerido en la antijuridicidad. El estudio de la tipicidad nos permite no sólo conocer la narración descriptiva señalada por el tipo, sino además el alcance de su significado con todas las exigencias”.⁷³

En efecto para que se dé la tipicidad, solamente es necesario que la conducta encuadre en el tipo penal respectivo, sin realizar ningún otro estudio de carácter valorativo, es decir, que para la tipicidad no interesa que la conducta sea realizada bajo una legítima defensa, un estado de necesidad o una obediencia jerárquica ya que dichas cuestiones son funciones exclusivas de la antijuridicidad o en su defecto de su exclusión.

Siguiendo al mismo autor “...mientras la tipicidad congruente se hace presente la combinación de la conducta humana con la fórmula abstracta del tipo, la antijuridicidad es la oposición desde un punto de vista preponderantemente valorativo de la conducta al Derecho (violación de las normas de cultura)...”⁷⁴

La función de la tipicidad, es diferente a las establecidas para la antijuridicidad y la culpabilidad, toda vez que la primera que se menciona regula los hechos de la realidad social, en cuanto valoración jurídica de tales hechos a la luz de lo dispuesto en la ley penal, de ello se desprende que la tipicidad para nosotros es simplemente el encuadramiento de la conducta al tipo penal establecido en la norma.

Sin embargo, lejos de esta definición el concepto de tipicidad tiene muchos alcances, la tipicidad vemos que su inmediata fundamentación se encuentra también en el principio *nulla crimen nulla sine poena sine lege*, cuyo estricto significado nos dice que no existirá delito sino es contenido en una ley y no se aplicará pena alguna, sino corresponde a un delito determinado. Cabe considerar que la exacta aplicación de la ley, deriva de esta expresión, principio y exigencia legal de todos los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, no permite la vaguedad y oscuridad, sino por el contrario, nos induce a la veracidad, claridad y precisión.

⁷³ VIDAL RIVEROLL, Carlos, óp.cit. p. 100.

⁷⁴ Idem, p. 145.

Consideramos de suma importancia, señalar el origen del principio antes referido ya que Hans Welzel nos dice que “El principio *nulla poena (nullum crimen) sine lege* no es un principio jurídico-romano. Sobre todo, fue ajeno a la época imperial romana y al Derecho de Justiniano con su *crimina extraordinaria* y sus conceptos delictivos omnicomprendivos y casi sin límites (p.ej., el estelionato, la infamia). Solo en la época de la Ilustración (Época de las Luces) se impuso el principio *nulla poena sine lege* en la lucha contra la arbitrariedad judicial y de la autoridad”.⁷⁵

Lo que es importante de la tipicidad, es que en cuanto al origen del principio que se está haciendo referencia, es necesario hacer una descripción clara y precisa de la conducta que se pretenda sancionar, como se ha estado mencionando, toda vez que si la tipicidad no es acorde con lo establecido en las normas penales se podría cometer el absurdo de sancionar conductas que no podrían estar contempladas por el Derecho Penal como ilícitas, y se cometerían las arbitrariedades que se cometieron durante la época de los romanos y solamente a partir de la ilustración es que se logran percatar que era necesario implementar este principio dentro del Derecho Penal, para que no hubiera un actuar arbitrario por parte de las autoridades judiciales.

Alexander Graf zu Dohna menciona que “no obstante que al señalar el significado del principio base del tipo y de la tipicidad, se habla de la aplicación necesaria de la pena al sujeto que ha cometido determinado delito, en algunos casos el propio Estado excluye de la pena a ciertos comportamientos delictivos, por lo que la presencia de la sanción sirve de garantía jurídica, al permitir el ejercicio del *ius puniendi*, sin abandonar las excepciones. El espíritu del principio mencionado es encontrar la seguridad de que previamente a la consideración de una conducta como delictuosa, la ley, en forma abstracta, se ha encargado de regularla anticipadamente”.⁷⁶

⁷⁵ WELZEL, Hans, op.cit. pp.23-24.

⁷⁶ GRAF ZU DOHNA, Alexander, “**La Illicitud**”, traducción de Faustino Ballevé, Jurídica de Chile, 1982, p. 54.

En efecto la base tanto del tipo como de la tipicidad es el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, en donde la conducta del propio Estado de sujetarse a las leyes penales es verdad que para que exista tipicidad en primer término debe de haber tipo penal, y que previamente la conducta esté sancionada con una pena, porque si no existe dicha pena señalada en la legislación, es decir, en otras palabras si no se contempla una pena para un tipo determinado, entonces no podrá existir la tipicidad, ya que la pena desde nuestro punto de vista y como lo señala *Graf zu Dohna* es parte importante del propio tipo penal.

Jorge Frías Caballero señala que “se ha comentado por algunos juristas que la tipicidad y el tipo no son privativos del Derecho Penal, sino más bien de una manifestación del Derecho en general. No debemos de considerar como adecuada tal afirmación pues la respuesta se encuentra, dada su importancia y trascendencia, en el Derecho vigente, a través de una ley promulgada, que parte del Derecho constitucional, rama fundamental y luego se apoya en las demás leyes de inferior jerarquía, que en su conjunto proporcionan un estudio dogmático que ayudan tal aseveración”.⁷⁷

Para nosotros la norma básica es desde luego la Constitución, sin embargo esta solamente regula de manera general los principios fundamentales mediante los cuales se habrán de establecer los tipos penales y su pena, ya que es ésta la que otorga facultades al legislador ordinario para que determine mediante las leyes secundarias, las conductas que se encuadran a lo establecido en el tipo penal.

Nos parece importante la diferencia que hace *Manzini* respecto del tipo y la tipicidad, señalando que “el tipo se considera como un concepto está, pues conserva el mismo estado ante quienes lo interpretan, la tipicidad es un concepto dinámico y funcional, por suponer la existencia de una conducta ajustada a un tipo al que se liga por un nexo personal y temporal dependencia”.⁷⁸

⁷⁷ FRIAS CABALLERO, Jorge, “**Tipo y Tipicidad en el Sistema del Derecho Penal argentino**”, editar sucesores, Argentina, 1990, p. 496.

⁷⁸ Citado por JIMENEZ HUERTA, Mariano, “**La Tipicidad**”, Porrúa, México, 1993, p. 32.

El tipo siempre permanece en la letra de la ley, inmutable hasta que el legislador decide derogarla o abrogarla, debiéndose de aplicar por igual a todas las personas que se encuentran en el supuesto.

Para Jiménez de Asúa la tipicidad es "...la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción".⁷⁹

Es obvio que para que exista la tipicidad debe de corresponder la conducta realizada por el agente y lo establecido en la ley, ya que de lo contrario estaríamos hablando de una conducta atípica, es decir, de una conducta que no está descrita en la norma como nociva para la sociedad, siendo por lo tanto, irrelevante dicha conducta para el Derecho Penal.

Por su parte Javier Alba señala que "la tipicidad de una conducta requiere su adecuación formal a la descripción, pero considerando que dicho comportamiento se adecuó a la previa descripción realizada por el presupuesto legislativo, es decir, estudiarse la verdadera desaprobación hecha por el legislador de una determinada conducta por medio del análisis de todos los elementos componentes del tipo".⁸⁰

En este sentido consideramos que es primeramente al Agente del Ministerio Público, a quien le toca realizar el análisis de la existencia de todos los elementos del tipo, para así poder sustentar que la conducta desplegada, es la desaprobación hecha por el legislador y que se contempla en la ley como delictiva, toda vez que este tiene la obligación Constitucional de investigar y perseguir los delitos.

En la opinión de González Bustamante "la tipicidad no es el cuerpo ni la figura del delito, como se sostiene inadecuadamente porque ello daría lugar a equivocadas interpretaciones, tampoco podríamos decir que exista un tipo de hecho y un tipo legal, ni que la tipicidad se aprecie por lo objetivo. Para que la conducta humana sea delictuosa, es necesario que sea típica, es decir, que encuadre en su totalidad en el

⁷⁹ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, op.cit., p. 322.

⁸⁰ ALBA, Javier, óp.cit., p. 391.

tipo legal; la conducta reputada injusta a la manera de una lente de cámara fotográfica, debe de quedar totalmente reflejada en el tipo penal con todos sus detalles y circunstancias; sólo así puede señalarse la probabilidad de que exista delito”.⁸¹

Este último concepto nos ilustra en una forma práctica sobre lo que es la tipicidad, es muy difícil, que en el campo del Derecho la conducta realizada se refleje en su totalidad como en el mundo material, debido a que lo que se busca en el proceso es saber la verdad jurídica de los hechos, que puede ser diferente a la verdad real, si se reflejará en su totalidad el hecho delictivo en las páginas de un expediente, entonces los jueces serían casi perfectos al momento de dictar una sentencia, porque no cabría ninguna duda de que todas las personas que se encuentran en los reclusorios fueran los responsables de actos criminales, sin embargo, lo anterior no refleja la verdad, empezando porque las personas encargadas de procurar y administrar justicia son personas que bien pueden equivocarse (cosa que llega a suceder con bastante frecuencia).

En relación a la función de la tipicidad es triple como lo señala Fontán Balestra

“a) Prejurídica.- Que es la condicionante de las legislaciones, cumpliendo el fin de garantía y seguridad jurídica, luchando por la aplicación de penas únicamente a hechos previstos con anterioridad por la ley como delitos.

“b) Cualificativa.- En relación a los demás elementos del delito, delimitando y otorgando a cada uno su función. En la acción vemos por un lado, al legislador describiendo delitos en los tipos legales y por el otro a las conductas humanas adecuándose a dichas previsiones, ya sea con el tamiz de plena consumación o en su caso con el de figuras incompletas o accesorias a la ejecución, como acontece en la tentativa, la participación o la investigación, en la culpabilidad se percibe la necesidad de relacionar la manifestación objetiva con el aspecto interno y anímico

⁸¹ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, “Esquema del Delito”, revista Criminalia, año XVII, No. 9, México, Septiembre de 1951, p. 490.

del sujeto. En cuanto a la antijuridicidad, basta analizar el tipo existente, mediante un juicio valorativo que muestre la contradicción con el Derecho (para realizar este estudio debe asegurarse previamente la presencia del tipo).

“c) De determinación.- No dejando inexactitud, oscuridad y vaguedad, sino por el contrario, precisión respecto de las conductas humanas sometidas al Derecho Penal”.⁸²

Las funciones dadas a la tipicidad y mostradas por Balestra son de vital importancia debido en primer lugar a que se relaciona la descripción hecha por el legislador con el *principio nullum crimen poena sine lege*, es decir, que debe de estar establecido en la ley previamente la conducta para que exista el delito. Otra de las funciones según el autor antes señalado es que el legislador por un lado describe las conductas y en caso de llegarse a encuadrar se realiza por ese hecho la tipicidad. La más importante de las funciones de la tipicidad es que no debe de dejarse en duda si la conducta descrita por el tipo es delito, debido a que se estaría violentando la seguridad jurídica de los gobernados.

Generalmente se ha dado a la tipicidad un valor procesal, pues, por medio del análisis de un caso concreto en el procedimiento penal, se estudia en primer término el encuadramiento de una conducta al tipo penal y como consecuencia de ello, si la respuesta es positiva, se dirige a la investigación a comprobar la oposición al Derecho y a la rebeldía psíquica de la persona que se sospeche que haya cometido algún ilícito.

Sobre el valor procesal de la tipicidad, Jiménez de Asúa opina “el juzgador debe de limitarse inicialmente a probar la existencia del tipo como descriptivo, y a conocer con imparcialidad todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho, posteriormente la participación personal, dolosa o culposa del procesado, absteniéndose en la primera fase de valor conforme al Derecho, sino hasta llegar a la

⁸² FONTAN BALESTRA, Carlos, “Derecho Penal; introducción y parte general”, 13ª edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 1995, p. 357.

segunda etapa, culminando con el juicio de culpabilidad del sujeto. Si el hecho no se ajusta a un tipo penal, el juez no puede seguir adelante”.⁸³

El problema que representa el hecho de no valorar una conducta en la primera fase como lo llama Jiménez de Asúa, es que una persona puede llegar a ser procesada por simples sospechas, llegando a sufrir difíciles situaciones una persona “normal” en caso de que llegue a experimentar el ingreso a un reclusorio, como son el hacinamiento, los vicios, las peleas e incluso el sufrir una agresión de carácter sexual etc., cosa que para una persona que no está acostumbrada a este tipo de ambiente la vivencia, si el delito no es grave tendrá menos secuelas su experiencia, pero si el delito por el que se le acusa es grave seguramente será sometido a todo tipo de vejaciones, el peor de los casos es que una persona inocente pase hasta un año en prisión para que finalmente se le absuelva en el mejor de los casos.

Pensamos que en aras de la seguridad jurídica de los gobernados es necesario que previamente antes de pasar propiamente a lo que se denomina un proceso penal, el Agente del Ministerio Público en su carácter de autoridad administrativa y procuradora de justicia, tiene la obligación moral y profesional, de tener la convicción plena de que los medios de prueba recabados y la conducta realizada, reúne todos y cada uno de los elementos que requiera el tipo penal, sin que esto quiera decir que por ese simple hecho se le dé el sustento de una sentencia a su determinación.

2.4 Concepto de Atipicidad.

El aspecto negativo de la tipicidad ha sido denominado como atipicidad, cuyo significado puede obtenerse de la separación del prefacio “a” y el concepto tipicidad, razón por la cual viene a entenderse como falta de encuadramiento de una conducta al tipo descrito por la ley, comenta Castellanos Tena que “en el fondo, en la atipicidad hay ausencia de tipo, habida cuenta que si un hecho concreto no encuadra

⁸³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, óp.cit., p. 64.

exactamente en la descripción de la ley, respecto al hecho en cuestión no existe delito”.⁸⁴

Este concepto es parcialmente aceptado por nosotros si se emplea en términos generales porque hablar propiamente de la atipicidad quiere significar el no encuadramiento de una conducta humana al tipo existente en el Derecho Penal vigente, por la falta de algún requisito exigido por el tipo.

En cambio, la ausencia del tipo se refiere a que el legislador no regula una conducta como delictiva, siendo por lo tanto irrelevante el estudio del acto u omisión, porque no es dañina para la sociedad según el criterio del legislador.

Expresa Jiménez de Asúa que “cuando el hecho no encaja en alguna de las figuras delictivas descritas por el legislador, es porque resulta atípico, que motiva un sin valor para el Derecho Penal ya constituido, en cuanto posible análisis posterior de la antijuridicidad. La falta de alguno de los elementos del tipo, produce la atipicidad. De la misma forma en que la tipicidad no significa necesariamente antijuridicidad, la ausencia de tipicidad no significa ausencia de antijuridicidad”.⁸⁵

En este tenor el Código Penal Federal en su artículo 15, fracción II, establece que el delito se excluye cuando: Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate. Anteriormente el mismo precepto legal hacía referencia a los elementos del tipo penal por lo que dicho dispositivo legal establecía “Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate”.⁸⁶

Sin embargo Porte Petit señala que “según sea el contenido del tipo, asimismo será la extensión de la misma, por cuyo motivo será suficiente colocarse en el

⁸⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, op.cit. p. 198.

⁸⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, op.cit., p. 340.

⁸⁶ “Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal”, 3ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México 1997, p. 7.

aspecto negativo de cada uno de los elementos formativos del tipo, para suponer todas las hipótesis de la ausencia de tipicidad”.⁸⁷

Dentro de las múltiples causas de atipicidad, vamos a referirnos en vía de ejemplos a los más frecuentes:

- a) Por falta del sujeto.- ya sea del activo o del pasivo, como se ve en los delitos de concusión, homicidio en razón de parentesco.
- b) Por falta de objeto.- Es decir, cuando se carece del objeto (bien jurídico protegido, persona, o cosa sobre quién o que recae la conducta), no es posible que exista tipicidad, por ejemplo pretender privar de la vida a quien ya está muerto o pretender robarse una cosa que es propia.
- c) Por falta del medio previsto por la ley.- Puede conocerse cuando un determinado acto no se realiza a través de las formas descritas por la ley, con carácter excepcional para determinados delitos, como sucede con el fraude que necesita el medio del engaño, en la violación mediante violencia física o moral.
- d) Por falta de elementos subjetivos.- Se presenta este aspecto si el presupuesto del tipo requiere un determinado *animus* del sujeto o referencias a su voluntad e intención, así tenemos que en la injuria es la de hacer una ofensa, en el delito de posesión de narcóticos, sin la finalidad de llevar a cabo la venta de los mismos.

En conclusión podemos señalar que la atipicidad es la falta de los requisitos establecidos en cada tipo penal y que por tal motivo no se puede llegar a considerar como una conducta delictiva o lesiva para la sociedad.

⁸⁷ PORTE PETIT, Celestino, “**Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal**”, 17ª edición, México, 1984, p. 61.

2.5 Concepto de Dolo.

Para establecer lo que es el concepto de dolo debemos de tener clara la ubicación del mismo, toda vez que algunas de las teorías del delito que conocemos como lo son la causalista clásica o la neoclásica de acuerdo a cada una y a sus modelos de sistematización de dichas teorías, establecen que el dolo es un elemento de la culpabilidad, en tanto que la teoría finalista, lo refieren en la acción o conducta.

No debemos olvidar que el dolo es un elemento subjetivo que nace de la conciencia y voluntad del sujeto de manifestar su conducta hacia un determinado objetivo o fin a concretar, Díaz Aranda señala que el dolo es “el obrar con el propósito de violar la norma penal”.⁸⁸

Concepto con el cual no estamos totalmente de acuerdo, toda vez que al tratar de conceptualizar el dolo utiliza la palabra “propósito” misma palabra que no es acorde con el objetivo de definir lo que es el dolo, ya que de manera general podemos establecer que al hablar de dolo nos referimos a la conscientización de dirigir la voluntad que tiene un sujeto y poder determinar su conducta, esto es, que tiene la plena capacidad de conciencia o conocimiento pleno, respecto a su obrar en contra de la conducta deseada por la norma penal, la cual establece un no hacer o un deber hacer de forma implícita o explícita.

Por otra parte Malo Camacho nos dice que el dolo es “aquel que comprende tanto el aspecto subjetivo de la conducta típica, como también la de la antijuridicidad, razón por la cual, su contenido supone la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir, exige no sólo que la persona haya cometido una conducta típica, sino que tenga conciencia de que tal conducta es delictiva”.⁸⁹

⁸⁸ DIAZ ARANDA, Enrique, “**Dolo, Causalismo-Finalismo-Funcionalismo**”, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 115.

⁸⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, “**Derecho Penal Mexicano**”, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007 p. 356.

De acuerdo a esta concepción de dolo, podemos establecer que el sujeto que realiza una conducta que se encuentra tipificada en la ley como antijurídica, tiene la plena conciencia, sobre la base de su conocimiento causal, de que su conducta es totalmente opuesta a lo establecido por la norma penal, toda vez que su voluntad está dirigida hacia un fin en específico, como lo es el contradecir lo establecido por la ley.

Román Quiroz hace referencia a dos aspectos fundamentales del dolo como son "...de la inteligencia y de la voluntad surge la intención, la cual se define, en general, como un esfuerzo de la voluntad hacia cierto fin: y, en particular, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito".⁹⁰

Es importante señalar que si no existe inteligencia por parte del sujeto activo, no puede haber voluntad de delinquir, toda vez que como lo establece Román Quiroz se requiere de un esfuerzo de la voluntad para dirigir la conducta a un objetivo, lo que motiva al sujeto a delinquir, en el caso de la posesión de narcóticos, se debe encaminar dicha posesión exclusivamente a la comercialización del narcótico, y no para su consumo personal, o cualquier otro de los supuestos que se establecen en la norma.

Para establecer mejor el ejemplo veamos ahora los elementos que integran el dolo de acuerdo con Díaz Aranda señala que "el dolo se conforma de dos elementos: conocimiento y voluntad.

"El conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce, como señala *Hassemer* no se puede concebir una voluntad vacía de contenido".⁹¹

⁹⁰ ROMAN QUIROZ, Verónica, "**La Culpabilidad y la Complejidad de su Comprobación**" 2ª edición, Editorial Porrúa, México 2006, p. 40.

⁹¹ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., p. 116.

De acuerdo a lo señalado, para que un sujeto pueda obtener conocimiento de algo o de alguien se requiere previamente inteligencia, esta parte del dolo es en su totalidad necesaria para establecer que la conducta es realizada por un sujeto que tiene la capacidad de auto determinarse y que por lo tanto el resultado que se busca es el querido, toda vez, que nadie puede querer lo que no conoce y por conocimiento debemos entender desde un punto de vista filosófico “que se trata del pensamiento que se estudia a sí mismo para descubrir y desarrollar los modelos mentales que nos sirven para conocer las cosas de la realidad”,⁹² es decir, que es todo aquello que apreciamos los seres humanos a través de los sentidos y la reflexión ya que en su momento todo lo que podemos conocer lo ponemos en práctica para beneficio propio o de algún tercero, y así obtener el resultado deseado, en el caso que nos ocupa es en cuanto a la posesión de narcóticos, el resultado que se desea es la obtención de un beneficio económico a través de la comercialización de narcóticos.

En cuanto al segundo de los elementos como lo es la voluntad nos parece de suma importancia la aportación que realiza Muñoz Conde en cuanto a que señala que “nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido”.⁹³

Nos parece apropiado este punto de vista de Muñoz Conde en cuanto a lo que es la voluntad del sujeto, ya que de manera general, solamente las personas podemos saber y conocer el ¿Para qué? o el ¿Porque? Se realizan determinadas conductas y solamente se conocerá el objetivo de nuestra voluntad en el momento en que materializamos la conducta al mundo factico o se expresa de manera inequívoca.

Motivo por el que consideramos que las cuestiones psicológicas son indemostrables científicamente, de ahí que la parte subjetiva del tipo observe actualmente una creciente intromisión de conceptos puramente normativos desplazando a los psicológicos.

⁹² HESSEN, Johan, “**Teoría del Conocimiento**” 2ª edición, Grupo Editorial Tomo, S.A de C.V. México 2003, p. 13.

⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco, óp.cit. p. 75.

Otro de los conceptos del dolo que también consideramos de suma importancia estudiar, es el proporcionado por Franz Von Liszt, el señala que el dolo “es el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho que acompañan al hecho previsto por la ley”.⁹⁴

El carácter antisocial del sujeto se manifiesta aquí por el hecho de que el autor obra a pesar del conocimiento de la significación antisocial de su acto, por tanto, de que este conocimiento no le ha impedido cometer el hecho, por lo que se deja guiar bajo sus impulsos más instintivos, sin realizar una previa valoración de lo que dispone la norma penal.

Así pues existe dolo, cuando el sujeto se propuso el resultado, es decir, cuando la representación del resultado fue el motivo del acto; cuando el autor realiza el acto en razón del cambio que en el mundo exterior producirá este, cuando esa mudanza constituye el objeto y su producción el fin del acto, cuando el sujeto se propuso, deseó y logró el resultado.

Por su parte *Hans Welzel* establece que el dolo es “un conocimiento de lo injusto, en el sentido de un saber inactual, en todo momento actualizable; pues de otro modo difícilmente habría hechos dolosos”⁹⁵

El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. Es por eso que considera al dolo como un componente necesario de la conciencia del injusto, ya que ahora aparece en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya no como una forma de la culpabilidad, sino como un componente de la conducta, en cuanto a la valoración ético social de la acción.

También debemos establecer que este autor estructura su concepto de dolo sobre la teoría de la acción final, esto es, la capacidad específica del ser humano de

⁹⁴ VON LISZT, Franz, “**Tratado de Derecho Penal**”, Valleta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 414.

⁹⁵ WELZEL, Hans, óp.cit., p. 75.

prever en determinada medida, y sobre la base de su saber causal, las posibles consecuencias de su actividad, de marcarse, por ello, objetivos diversos y de dirigir aquella actividad con arreglo a un plan hacia la obtención de fines por lo que se realiza la conducta.

Es por eso que en su concepción del dolo establece que este es un conocimiento de lo injusto, ya que se basa en un saber inactual el cual debe ser en todo momento actualizable, concepto este, para el caso de las personas que son ajenas a los estudios de la ciencia penal, es un tanto difícil establecer cuando su conducta estaría siendo considerada como dolosa como se pudiese dar el caso de la legítima defensa putativa ya que como lo estableció en su momento nuestro máximo tribunal en el siguiente criterio jurisprudencial que se cita :

Sexta Época
Instancia Primera Sala
Tomo CI, Segunda Parte
Pág. 36
Jurisprudencia

LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA.- En la defensa putativa, existe un error esencial sobre la existencia de la agresión y el sujeto cree a virtud de dicho error esencial que está rechazando una agresión que tiene todas las características de la que es supuesto de la defensa legítima; **y a consecuencia de ello no existe dolo alguno en su acción porque falta la conciencia de la ilicitud...**

El concepto manejado por *Welzel* respecto al dolo es utilizado por este criterio que emitió nuestro máximo tribunal, ya que si el sujeto carece de la conciencia de la ilicitud de su conducta está considerada como contraria a lo dispuesto en algún tipo penal, caería en la hipótesis que se establece en el criterio antes referido, motivo por el cual se citan las perspectivas del momento previo a la realización de la conducta y la valoración de los resultados provocados por la conducta.

Díaz Aranda nos señala “La valoración *ex ante* consiste en realizar un ejercicio mental en el cual quien ha de evaluar, por ejemplo el Juez o el Ministerio Público, se debe colocar en el momento previo a la realización de la conducta del autor para

tomar en cuenta el fin del autor, su plan, contexto circundante, los medios con los que conto;

“A diferencia de la valoración *ex ante* se encuentra la perspectiva *ex post*, ésta consiste en la valoración realizada sobre los resultados provocados por una conducta, ya que no se trata de un pronóstico sobre cuales podrán ser los resultados de dicha conducta”.⁹⁶

Es de acuerdo a este tipo de valoraciones que en cuanto a medios de prueba en el aspecto procesal, se deriva de la prueba presuncional, la denominada prueba circunstancial del hecho, la cual consideramos contraria al principio de inocencia el cual se encuentra actualmente expreso en el artículo 20 apartado “B” fracción I de la Constitución. Es el caso que como lo ha establecido Muñoz Conde al referirse al aspecto de la voluntad, solamente las personas podemos determinar nuestro actuar final, es decir, que el aspecto subjetivo no se puede demostrar mediante las posibles valoraciones *ex ante* y *ex post*, que realizan el Agente del Ministerio Público al ejercer una acción penal por el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio y tampoco el juez al dictar un auto de formal prisión por el delito en mención, toda vez que de los medios de prueba presentados, como pueden ser la cantidad del narcótico y las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión se deduce que es con la exclusiva finalidad de comercializarlo, situación que vulnera flagrantemente la seguridad jurídica de los gobernados.

Una vez que hemos establecido algunos conceptos necesarios para la comprensión de lo que es el dolo, precisaremos algunas clases de dolo que se han establecido en la doctrina.

⁹⁶ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., pp. 141-142.

De acuerdo a lo expuesto, consideramos que las especies de dolo que nos enuncia Castellanos Tena es la más amplia al establecer que "Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. Así, se habla en la doctrina de dolo directo, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etc. Nosotros nos ocuparemos solamente de las especies de mayor importancia práctica.

"El dolo directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere.

"El dolo indirecto conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su acaecimiento ejecuta el hecho.

"El dolo eventual existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.⁹⁷

En cuanto al dolo directo se establece que es cuando el agente o sujeto activo se representa el resultado de su conducta, la cual está tipificada como delictiva pongamos a manera de ejemplo; cuando el sujeto actúa con premeditación hacia el sujeto pasivo para disparar sobre este, con un rifle de alto poder, el cual sabe y reflexiona que si el disparo lo impacta en el corazón o en la cabeza obtendrá el 99% de probabilidades de que el resultado querido como lo es la privación de la vida será seguro.

En cuanto a la segunda de las clasificaciones del dolo se puede establecer que se tiene la plena conciencia de querer el resultado, mas sin embargo es necesario realizar otras actividades delictivas para lograr el fin querido, como ejemplo; se cita a

⁹⁷ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando, *óp.cit.*, pp. 239-240.

la persona que va viajar a bordo de su vehículo y se le corta la manguera por donde pasa el líquido de frenos, aun y cuando el sujeto sepa que dicho viajero será acompañado por otras personas, las cuales sufrirán la misma suerte que el sujeto al que se pretende privar de la vida.

En cuanto a la última clasificación del dolo realizada por Castellanos Tena, al cual lo denomina como eventual, refiere que el mismo es confundido por algunos tratadistas como el dolo indeterminado, a lo que concordamos con tal opinión.

Toda vez que Ignacio Villalobos hace su particular clasificación de las clases de dolo y entre las cuales establece la existencia del dolo indeterminado el cual lo conceptualiza como la “Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial”.⁹⁸

Mismo concepto con el que no estamos de acuerdo con el mencionado autor, ya que ha quedado de manifiesto que los elementos del dolo son el conocimiento y la voluntad de querer realizar una conducta típica, para obtener un resultado deseado, por lo que consideramos que no se puede delinquir de manera genérica sin proponerse un resultado en especial.

Así mismo se señala como ejemplo al anarquista que lanza bombas para establecer el dolo indeterminado, pero aun este para ser anarquista tiene un fin en específico.

Por otra parte en lo que se refiere al dolo eventual el cual es conceptualizado por Castellanos Tena como el deseo de un resultado delictivo, previendo la posibilidad de que surjan otros no queridos, se puede observar que el sujeto activo se ha representado en su psique, el deseo de producir un resultado delictivo, lo cual quiere, aun previendo que se producirán otros no deseados, ejemplo: la persona que desea cobrar el seguro de su vehículo que guarda en una pensión lo incendia, a sabiendas

⁹⁸ VILLALOBOS, Ignacio, “**Derecho Penal Mexicano**”, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 1960, p.50.

de que en dicha pensión, cabe la posibilidad de que al incendiar su vehículo se produzcan daños a otros vehículos que se encuentren cerca del suyo o incluso de que puedan salir lesionadas terceras personas.

A manera de conclusión el dolo es la base del conocimiento causal y consiente del sujeto, de manifestar su voluntad y de producir un resultado material o formal que la ley establece como delito.

2.6 Concepto de Imputabilidad.

Es importante establecer el concepto de la imputabilidad, porque a partir de este concepto se hace referencia al aspecto psicológico del sujeto activo del delito, ya que mediante la salud mental de este, se puede determinar si se trata de una persona a la que se le puede imputar una conducta típica y antijurídica.

Malo Camacho establece el siguiente concepto “es la capacidad de comprensión del injusto, y de actuar conforme a esa comprensión a partir de la capacidad de autodeterminación de la persona y para conducirse conforme a esa misma autodeterminación”.⁹⁹

Primeramente nos refiere el concepto que el sujeto debe contar con la capacidad de comprender que la conducta manifestada en el mundo factico, se encuentra tipificada en la ley, para así poder contar con la autodeterminación de su conducta antijurídica, como segundo se hace referencia a que el sujeto cuenta con la capacidad del libre albedrío, para decidir si opta por comportarse como lo establece la norma o decide transgredirla y esta decisión solo puede ser tomada por la persona que tiene salud mental, de acuerdo a los parámetros establecidos en la sociedad.

⁹⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit., p. 551.

Román Quiroz nos establece que “La imputabilidad consiste en la capacidad de conocimiento y en la capacidad de motivación (presupuesto existencial de la reprochabilidad)”.¹⁰⁰

Por lo que respecta a la capacidad de conocimiento, se puede establecer que el sujeto debe comprender lo injusto del hecho, por lo que psicológicamente cuenta con las aptitudes mínimas requeridas para poder determinar que la conducta que realizada de manera voluntaria, se contempla por la norma como delictiva, y que por lo tanto, su comportamiento contradice lo establecido en la ley, a manera de ejemplo se establece la posesión de narcóticos sin la autorización correspondiente que refiere la ley general de salud.

En cuanto a la capacidad de motivación se establece que es la posibilidad de poder determinar su voluntad, de acuerdo a su comprensión, por lo que una persona que posee determinada cantidad de narcóticos sin la autorización requerida por la norma, puede decidir qué fin tendrá el hecho de poseer el narcótico, el cual puede ser para suministrarlo gratuitamente, comercializarlo, transportarlo etc.

La imputabilidad en un sujeto es de suma importancia para el Derecho penal, para que este entienda que si su conducta se ubica dentro de alguno de los supuestos establecidos como delitos por el Derecho penal, tenga la comprensión de la coercibilidad que se puede ejercer sobre su persona, ya que si carece de este estado psicológico, ningún efecto surtiría la imposición o amenaza de una pena, por carecer del criterio necesario para realizar una valoración que se le asigna algún bien jurídicamente protegido por el Derecho Penal y del cual el garante de que se cumpla con el respeto a ese bien jurídico tutelado es el Estado.

Villalobos expresa que “se adhiere sin reservas al concepto de imputabilidad como presupuesto y no como elemento de la culpabilidad...”¹⁰¹

¹⁰⁰ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., p. 166.

¹⁰¹ VILLALOBOS, Ignacio, óp. cit., p.99.

El punto de vista de Villalobos pertenece a la corriente causalista, en donde se establece que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, mas sin embargo, consideramos que esto no es así, ya que de acuerdo a lo establecido en el concepto de Román Quiroz la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad.

Debemos establecer que a lo largo del estudio de la imputabilidad, se han establecido diferentes criterios conceptuales, entre los que encontramos algunos que refiere Malo Camacho como son:

“a) Concepción naturalista psíquica. Esta referencia legislativa aludió a aspectos que implican ámbitos del insuficiente desarrollo biológico o de las características psicológicas de la persona y, en función de esto, correspondió a la jurisprudencia y a la doctrina, conformar los conceptos de la imputabilidad y de la inimputabilidad.

“b) Concepto psicológico de la imputabilidad. Así, el nuevo concepto de la imputabilidad estuvo conformado a partir del concepto de la capacidad de “entender” y de “querer”.

“c) Concepto psicológico-jurídico de la imputabilidad. En este orden de ideas, la imputabilidad significa un “proceso” y no una mera manifestación de causas”.¹⁰²

En cuanto a la primera concepción que se refiere que es la naturalista psíquica hace referencia a la insuficiencia de desarrollo biológico o de las características psicológicas de la persona y que por tal circunstancia le correspondió a la jurisprudencia y a la doctrina conformar los conceptos de la imputabilidad, es decir, que fueron los juristas quienes determinaron cuando una persona debe ser considerada como imputable y no los médicos especializados en la materia, quienes determinarían si la persona debe ser considerada como sana mentalmente.

¹⁰² MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p.552.

De acuerdo a este criterio conceptual nos hacemos la siguiente interrogante ¿Cuál es la legitimación con la que cuentan los juristas, para poder determinar cuando una persona puede ser considerada imputable? Consideramos que la jurisprudencia y la doctrina jurídica no son ramas del conocimiento humano, que deban de establecer si una persona debe ser considerada como imputable, más bien, consideramos que quien auxilia al Derecho para establecer la imputabilidad de la persona, lo es una persona especializada en psicología o psiquiatría en un momento dado.

En cuanto a la segunda concepción de la imputabilidad, podemos señalar que se apega a un método deductivo de lo que se puede establecer como imputabilidad, ya que al referir la capacidad de entender y de querer, es que se habla de una persona que cuenta con el suficiente coeficiente intelectual de autodeterminación, y por lo tanto tiene el poder de manejar sus impulsos, de acuerdo a sus intereses personales, que se verán manifestados en el mundo factico.

Por lo que respecta a la tercera concepción de la imputabilidad es un tanto más científica, ya que no solamente interesa al Derecho sino que además este debe de auxiliarse de otras ramas del conocimiento (psicología, psiquiatría, sociología etc.) que se encarguen de estudiar la capacidad de entendimiento del hombre tanto en lo individual como en lo colectivo, toda vez que se refieren a la imputabilidad como un proceso, el cual es factible que así sea, porque si hemos de referir que la imputabilidad es la capacidad de entender y querer, esto no puede ser manifestado por una persona que carece de una autodeterminación propia en su persona, y de poder moderar así mismo sus impulsos o deseos más insaciables, es decir, que tiene la capacidad de moderar su conducta ante los demás seres que le rodean, y por lo tanto pasa por un proceso de entendimiento de saber cuál es el comportamiento que esperan que desarrolle frente a los demás seres que le rodean.

Por tales cuestiones consideramos que la imputabilidad debe considerarse como un elemento de la culpabilidad, ya que si una persona carece de la base causal de los

conocimientos necesarios y sobre todo el entendimiento de lo que conoce, no podría ser capaz de realizar la conducta delictiva.

Para Roberto Reynoso la Imputabilidad significa “capacidad espiritual para que pueda atribuirse al hombre, como a su causa eficiente, su conducta externa”.¹⁰³

Se realiza esta consideración en virtud de que el concepto que se estudia o analiza recurre a la capacidad espiritual, para así poder establecer el juicio de reproche o de culpabilidad, y por tal motivo consideramos que no solamente se recurre a una concepción filosófica de la imputabilidad, sino que se considera además que tal concepción se encuentra enlazada al Derecho natural divino, es decir, que al hablar de la capacidad espiritual se hace referencia a una situación que mediante los sentidos que posee el hombre sería un tanto difícil por no decir imposible, apreciar lo que es el espíritu, mas sin embargo, aquellas personas que tienen una creencia religiosa de cualquier credo, conciben que todas las acciones que se realizan por el hombre en este mundo nacen del espíritu, ya que este se encarga de poder realizar sus manifestaciones, mediante las conductas que son consideradas como bien vistas o mal vistas de acuerdo a sus usos y costumbres sociales.

Otro concepto que consideramos importante analizar es el que proporciona Muñoz Conde al decirnos que la Imputabilidad es tener “...las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandamientos normativos”.¹⁰⁴

Muñoz Conde refiere que la imputabilidad son las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para ser motivado en sus actos el sujeto, al respecto nos cuestionamos ¿Será necesario contar con capacidades físicas mínimas para poder realizar una conducta delictiva? Nuestra experiencia profesional y vivencial nos dice

¹⁰³ REYNOSO DÁVILA, Roberto “**Teoría General del Delito**”, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 176.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, óp. cit., p. 107.

que no se requiere de capacidad física mínima, para poder realizar una conducta delictiva, tan es así, que tuvimos el gusto de conocer a una persona que andaba a bordo de una avalancha por carecer de piernas para caminar, mas esto no era impedimento para robar al transporte público, motivo por el que consideramos que no necesariamente se debe contar con facultades físicas mínimas para realizar una conducta ilícita, mas sin embargo, si es indispensable contar con facultades psíquicas mínimas para poder ser imputable y así comprender el reproche que se hace de la conducta.

Para López Betancourt la imputabilidad es el “Querer estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión”.¹⁰⁵

La apreciación que nos establece es más explícita y sobre todo toca tres aspectos fundamentales que son: la capacidad de dirigir la voluntad hacia objetivo, tener la capacidad mental o psicológica de comprender la conducta típica y antijurídica, pero sobre todo, contar con la edad biológica mínima requerida por la ley para ser considerado como imputable, sobre todo algo de suma importancia que no se establece en otros conceptos de lo que es la imputabilidad, es la edad biológica, toda vez que si esta persona cuenta con el estado de salud mental que hemos referido, ese sujeto debe ser considerado por el Derecho penal como una persona imputable.

Establecemos como conclusión que la imputabilidad es la capacidad adquirida mediante la salud mental, para querer y entender en forma voluntaria la conducta antisocial realizada, la cual será establecida por el legislador.

¹⁰⁵ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, “**Imputabilidad y Culpabilidad**” 3ª edición, Editorial Porrúa, México 2002, p. 4.

2.7 Concepto de Inimputabilidad.

Pasamos ahora al estudio del aspecto negativo de la imputabilidad, ya que como se ha establecido que para que una persona sea imputable se requiere que tenga salud mental, es decir, que tenga la capacidad de poder apreciar en el mundo factico lo que se establece como bueno y malo para todos sus semejantes y sobre todo tener el conocimiento de las conductas que son permisivas o prohibidas primeramente por el Derecho en general y en segundo término por el Derecho penal, ya que si carece el autor de una conducta delictiva de esa capacidad de discernimiento, se establece que es una persona que carece de autodeterminación en su persona y que por tal motivo debe ser considerada como inimputable.

Para Jiménez de Asúa, la inimputabilidad consiste en "...la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber".¹⁰⁶

La falta de desarrollo mental se puede deber a dos situaciones:

- a) Primeramente a la falta de crecimiento biológico e intelectual de la persona, es decir, que una persona que se encuentra en pleno desarrollo normal de crecimiento, carece de tal situación, ya que un pequeño de aproximadamente 5 o 6 años, aun no alcanza la madurez mental y emocional de comprender plenamente, lo que se encuentra permitido o prohibido por las normas que rigen en el núcleo social en donde crece, situación que comprenderá hasta que su desarrollo físico e intelectual llegue a la edad promedio que se establezca en dentro de ese núcleo social, para ser considerado como una persona con capacidad de comprender la trascendencia de su conducta o ser imputable de la conducta realizara por él.

¹⁰⁶ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, óp.cit., p. 311.

- b) Como segundo punto se establece un mal congénito, es decir, que la falta de desarrollo intelectual se deba a una enfermedad mental hereditaria o que haya nacido con determinado retraso mental o cualquier otra enfermedad que le impida un desarrollo normal de sus facultades mentales.

Por cuanto hace a los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, se puede decir que acontecen de dos maneras también; la primera que puede ser generada a causa de un golpe que interfiera con el desarrollo normal del pensamiento de una persona y la segunda que el trastorno mental sea provocado de manera deliberada por el sujeto como es el caso de la embriaguez o el consumo de algún narcótico.

Román Quiroz nos dice que la Inimputabilidad es “la incapacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal”.¹⁰⁷

Si bien es cierto que la inimputabilidad es la incapacidad de entender y de querer, también es cierto, que dichas incapacidades no son solamente exclusivas del Derecho penal, ya que de acuerdo a este concepto, estaríamos diciendo que solamente se es inimputable para recibir una pena o castigo y no para ejercer los demás Derechos que se tienen en otros campos jurídicos como son en materia civil, laboral, familiar etc.

Castellanos Tenas al referirse a la inimputabilidad lo hace de la siguiente forma “Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad”¹⁰⁸

Primeramente debemos señalar que hace referencia a las causas de inimputabilidad ¿Cuáles son esas causas? Como se comentó anteriormente se puede deber a dos situaciones, ya sea que la persona se encuentre en pleno

¹⁰⁷ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., p. 94.

¹⁰⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando, óp. cit., p. 223.

crecimiento intelectual y físico o que en su defecto haya nacido con un mal en cuanto a su desarrollo psicológico se refiere dentro de las enfermedades mentales más comunes que se conocen son el mongolismo, síndrome de Down, la locura etc.

En cuanto refiere Castellanos Tena que las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar el desarrollo o la salud de la mente no estamos totalmente de acuerdo, en el sentido de que se pueda neutralizar el desarrollo o salud mental, sería tanto como decirle a una persona que se encuentra en pleno desarrollo, ya no crezcas más porque te vas hacer viejo, situación por la que preferimos que se omita dicha palabra.

Concluimos que debemos entender por inimputabilidad toda aquella incapacidad de salud mental no provocada de forma voluntaria y que en su defecto puede ser ocasionada por una lesión ajena al sujeto en su estado psicológico, lo cual le impide la comprensión de su conducta antisocial.

2.8 Concepto de Salud.

Es importante referir que la presente investigación, se centra en un delito en particular que atenta contra el bien jurídico que se encuentra tutelado por la norma penal, como lo es la salud pública, y que por tal circunstancia es importante saber qué es lo que se debe entender por salud.

El diccionario de la real academia española define a la salud como “el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”

Esta definición es de suma importancia, ya que el ser orgánico lo podemos entender, como la persona o el ser viviente, que tiene la capacidad de realizar actividades que se consideran normales para los demás seres de su misma especie, en el caso en concreto nos referimos a la humanidad, los cuales toman como las funciones normales de una persona el poder realizar actividades físicas como puede

ser correr, trabajar, reproducirse etc. Actividades que son consideradas por todo ser racional como normales.

El diccionario medico Salvat nos dice que “salud es el estado normal de las funciones orgánicas o intelectuales”

A diferencia de la definición que nos proporciona el diccionario de la real academia española, esta definición lo maneja de forma alternativa, ya que dice que la salud es el estado normal de las funciones orgánicas o intelectuales, misma definición con la que nosotros no estamos en su totalidad de acuerdo, ya que si una persona carece de alguna de las funciones que refiere como intelectuales, no podríamos hablar de una persona saludable, porque las funciones orgánicas es todo lo referente al mecanismo externo e interno de un cuerpo viviente, en tanto, que las funciones intelectuales, es en lo que se refiere al estado mental de la persona.

La Organización Mundial de la Salud expresa que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social”¹⁰⁹

Esta conceptualización es más genérica y a la vez subdivide las diversas clases de salud, toda vez que se refiere a lo físico u orgánico, al aspecto intelectual o salud mental y al aspecto social; y por tal motivo es a partir de esta conceptualización que se puede hablar de una salud pública, es decir, que de lo particular abarcamos lo general, toda vez que iniciamos por entender primeramente que es la salud en lo individual, para así poder establecer que es lo que se debe entender por salud pública, o en este caso, como se menciona por la Organización, salud social.

Concluimos que la salud es el funcionamiento normal del organismo de una persona, la cual no sufre trastorno alguno.

¹⁰⁹ DUBOS, René, “**Salud y enfermedad**”, 2ª edición, Editorial Time-Life, México 1983, p.10.

2.9 Concepto de Narcótico.

El tráfico y consumo de narcóticos, como denomina el Código Penal Federal a los psicotrópicos y estupefacientes; o fármacos utilizando la terminología empleada por la Organización Mundial de la Salud; como es del conocimiento general, se han desarrollado y alcanzado proporciones inusitadas, tanto en volumen como en extensión territorial; al grado de que podemos considerar esta problemática como uno de los fenómenos actuales más preocupantes para la sociedad, ya que es realmente una manifestación delictiva que afecta a la totalidad de los habitantes del planeta, debemos conocer algunos de los conceptos que generalmente son analizados desde la perspectiva etimológica y medica farmacológica ya que desde el punto de vista jurídico, es un tanto difícil encontrar conceptos de lo que se refiere a los narcóticos y drogas de manera general.

En el significado etimológico nos dice López Betancourt "...que la voz narcótico, proviene del griego *narkoun*, que significa sedar o dormir, y que se aplicaba a toda sustancia inductora del sueño o con un efecto sedativo".¹¹⁰

Desde el significado etimológico se establece que narcótico es toda sustancia que produce un sueño o seda a un ser vivo de manera artificial o inducido por la ingesta de la sustancia que produce el efecto que se refiere, mas sin embargo, no se debe olvidar que no necesariamente el narcótico seda o produce sueño, existen en la actualidad narcóticos que pueden impedir la aparición de sueño.

Segarra Domenech señala que por narcótico se debe entender que es "toda sustancia que produce sopor o embotamiento de la sensibilidad".¹¹¹

Puede establecerse que el sopor es un adormecimiento modorro, es decir, que la mente humana tiene un dormir parecido al sueño, pero hasta cierto punto, el

¹¹⁰ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, "**Drogas su Legalización**", Editorial Porrúa, México 2009, p. 8.

¹¹¹ MARTINEZ MURILLO, Salvador, et.atl., "**Medicina Legal**" 17ª edición, Méndez Editores, México 2004, p. 131.

sujeto tiene conciencia de lo que hace y dice; la persona que se encuentra bajo los influjos de los narcóticos, experimenta a través de su sistema nervioso y en el subconsciente la disminución de la sensibilidad en el cuerpo, lo cual quiere decir que el hecho de que se disminuya la sensibilidad, no es causa justa para establecer que la persona que se encuentra bajo esta circunstancia, este totalmente en estado inconsciente, situación diferente sucede en el caso de las personas que son anestesiadas para ser intervenidas quirúrgicamente.

Por otra parte *Luigi Segatore* establece que se le denomina narcótico “a cualquier sustancia medicamentosa capaz de provocar un estado de sueño anormal y profundo que se denomina narcosis”¹¹²

En este concepto se hace más énfasis al sueño, pero el cual es ocasionado de forma anormal, lo que significa que se está ocasionando una alteración en la salud del individuo que ingesta el narcótico, esta ingesta es ocasionada con dos fines, el primero se puede establecer que es para calmar algún dolor que se ocasiona por motivos de alguna otra enfermedad y la otra es en cuanto a que el sujeto que se encuentra bajo el influjo del narcótico puede ser codependiente del mismo.

“En estricto sentido el estupefaciente es una sustancia narcótica y analgésica que produce dependencia psíquica y/o física, que causa profundas alteraciones fisiológicas y psíquicas y estados de euforia y estupor.

“Psicotrópico es la sustancia que produce dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central, que da como resultado alucinaciones, trastornos de la función motora, del juicio, del comportamiento, de la percepción o del estado de ánimo”.¹¹³

¹¹² SEGATORE, Luigi, “**Términos Médicos**” Editorial Teide, Barcelona, 1984, p. 854.

¹¹³ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, “**Delitos contra la Salud**”, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 2002, p. 85.

Los narcóticos, estupefacientes o psicotrópicos no son entes jurídicos, sino farmacológicas, químicas y medicinas, y en todo caso para tratar de entender los términos que se refieren a las sustancias o a las plantas y a sus derivados que se mencionan en los diversos preceptos referentes a delitos contra la salud en materia de narcóticos, es necesario acudir a la farmacología o a la composición química, lo cual da como resultado la dificultad para encontrar un término jurídico adecuado que incluya las mencionadas plantas o sustancias, para un manejo acertado de las disposiciones jurídicas referentes a esos ilícitos.

A manera de conclusión establecemos que los narcóticos, son todas aquellas sustancias consideradas como farmacológicas, que producen una alteración directa al sistema nervioso del ser vivo, lo cual ocasiona una alteración notable en su comportamiento social e individual.

2.10 Concepto de Droga.

El término de droga es un poco más común para la sociedad en general, ya que cuando la sociedad se refiere a una persona que es codependiente o consumidor en su caso de alguna de las sustancias que se mencionaron con anterioridad o de alguno de sus derivados se hace referencia a la droga, es por eso, que también es importante establecer algunos conceptos que se nos proporcionan al respecto.

De nueva cuenta tenemos algunos significados desde el punto de vista etimológico, por lo que López Betancourt establece que los orígenes de la palabra “según el Diccionario de la lengua española, el término proviene del árabe *hatrúka*, que significa literalmente, charlatanería. Ello puede relacionarse en buena medida con la utilización mayoritaria de las drogas de parte de curanderos, magos, y hechiceros en todas las culturas. En otra versión, la palabra se identifica con la voz anglosajona *drug*; con *drogue* en francés; *droga* en italiano; y *droge* en alemán, que tienen su origen en la palabra holandesa *droog*, que significa seco o árido, y hace

referencia al estado en el que llegaban antaño a Europa las plantas medicinales procedentes de América”.¹¹⁴

En cuanto al significado etimológico, consideramos que es más impreciso, ya que se atribuye su origen a diversas versiones y diferentes significados de diversas lenguas, toda vez que en cuanto a que se atribuye el origen de la palabra que es proveniente del árabe según el diccionario de la lengua española significa charlatanería, en tanto que el significado en el origen holandés significa seco o árido, motivo por el que consideramos más ambiguo el significado de la palabra droga que el de narcótico, desde el punto de vista etimológico.

Por droga de acuerdo a la definición que nos da Martínez Murillo es el “Fármaco que actúa sobre el sistema nervioso central y que puede ocasionalmente producir fenómenos de tolerancia y dependencia”.¹¹⁵

Esta definición se puede decir que es la especie de lo que establecimos por narcótico, ya que señala que es el fármaco que actúa sobre el sistema nervioso central y al actuar sobre este, genera un cambio exterior en el comportamiento social del sujeto, lo que genera que ese comportamiento sea de manera eufórica o depresiva dependiendo los efectos que produzca el fármaco o narcótico consumido y la cantidad que se consume o en su defecto de la capacidad que tenga el sujeto para sopesar los efectos que produzca la droga sobre su organismo.

Por otro lado Cuauhtémoc Sánchez señala que las drogas son “sustancias que actúan sobre el sistema nervioso central alterando las sensaciones y modificando el comportamiento de la persona”.¹¹⁶

¹¹⁴ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, “**Drogas su Legalización**”, óp. cit., pp. 3-4.

¹¹⁵ MARTINEZ MURILLO, Salvador, et. al., óp. cit. p. 131.

¹¹⁶ SANCHEZ CUAUHTÉMOC, Carlos, “**Sangre de Campeón en Pie de Guerra**”, Editorial Diamante, México 2006, p. 13.

Para que una sustancia sea considerada como droga, debe afectar de acuerdo a esta concepción la química del cerebro, deprimiéndolo, estimulándolo o confundiéndolo, además de producir distintos grados de tolerancia y adicción, de esta manera se puede apreciar que el órgano que primordialmente es afectado por el consumo de drogas es la masa encefálica, la cual como es sabido por gran parte de la humanidad, es en donde se engendra todo el funcionamiento del cuerpo humano y si este órgano es afectado de forma permanente, ocasiona que en automático los demás órganos y sentidos del cuerpo humano se atrofien.

Un concepto más de lo que significa la palabra droga nos lo proporciona Vargas Fermín quien refiere “en general, a cualquiera de las sustancias que forman parte de un medicamento y en particular, a aquellos productos susceptibles de determinar una toxicomanía o adicción”.¹¹⁷

En cuanto al concepto que establece es más general ya que como refiere que las drogas se encuentran en los medicamentos y los productos que determinan una toxicomanía, pero no establece ¿En qué clase de medicamentos encontramos la droga o si acaso se encuentra en toda clase de medicamentos? Este cuestionamiento lo realizamos en base a que hace algunos años se retiraron del mercado los antigripales por contener pseudoefedrina.

Por lo tanto, concluimos que lo que entendemos por droga es el fármaco o sustancia derivada de alguna planta o proceso químico, que al ser ingerida por cualquier ser viviente y en particular por el ser humano, ocasionará un cambio drástico en su comportamiento, siempre y cuando el metabolismo y el sistema nervioso se vean afectados de tal manera, que ese ser vivo pueda perder la coordinación de movimientos psicomotores y se vean disminuidas o alteradas en gran medida las facultades intelectuales.

¹¹⁷ VARGAS FERMÍN, Helia Leticia, et. al., “**El Hombre, la Orientación y la Sociedad**”, Ediciones Pedagógicas, S.A de C.V., México 1994, p. 49.

2.11 Concepto de Posesión.

La posesión implica en principio, la detentación directa de una persona respecto de una cosa, es decir, se presenta como la situación objetivamente apreciable, por lo que alguien tiene algo en su poder, de tal manera que está consigo y lo usa con exclusividad porque lo tiene física y materialmente, esta concepción es de suma importancia para la investigación de la posesión de narcóticos con fines de comercio, ya que es el núcleo de la conducta establecida como delito de manera sustantiva, y que en base a esa causa de poseer el narcótico en cantidades determinadas, se establece el fin de comerciar, siendo esta solamente una de las diversas conductas que se tipifican como delictivas en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, por tal motivo expondremos a continuación algunos conceptos.

Domínguez Martínez refiere que “Los puntos de vista que sobre la posesión se han vertido giran en torno a sus dos componentes. Se trata del *corpus* y del *animus*. El primero es considerado como el poder físico o de hecho que se ejerce directamente sobre una cosa; su presencia aislada no configura la posesión misma pues sus alcances quedan limitados únicamente a la detentación de la cosa. El *animus* es el elemento psicológico de la posesión y consiste en la intención del sujeto de poseer para sí”.¹¹⁸

Se establece que el primer componente de la posesión consiste en el *corpus*, el cual es un poder que se ejerce directamente sobre una cosa, es decir, que se tiene físicamente, para entender el aspecto físico o material consideramos necesario acudir a las ciencias como la química o la física, las cuales nos explican cómo se encuentra estructurada la materia y que la misma ocupa un lugar en el espacio, lo cual tratamos de interpretar al mundo real, como todo aquello que existe en lo que conocemos como mundo factico, y por lo tanto, es posible apreciar mediante los sentidos con que cuenta el humano desde el punto de vista anatómico.

¹¹⁸ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, “**Derecho Civil**”, 6ª edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 467.

Por lo que respecta al segundo de los elementos el *animus*, se establece como un componente psicológico, es decir, que se encuentra en la mente intelectual del sujeto y se manifiesta en el mundo factico mediante la intención del sujeto de poseer, pero aquí cabe advertir una situación, el autor refiere que de acuerdo a estos componentes de la posesión. Para el caso de posesión de narcóticos, nos es de suma importancia conocer el ánimo específico por el que se posee el narcótico y la cantidad, y no solamente, que se tenga la posesión física del mismo, sino que esta posesión se manifieste para la exclusiva comercialización y no para la realización de otra conducta como puede ser el consumo personal, el suministro, la transportación etc. Situación que genera una apreciación de juicio subjetivo.

Sócrates Jiménez dice que la posesión es el “Señorío que una persona tiene sobre una cosa. Tenencia de una cosa corporal, siendo o no propietario de ella”.¹¹⁹

En esta definición de posesión, la palabra Señorío suena como algo muy solemne sobre la cosa, por lo que consideramos más apropiado señalar que se ejerce un dominio sobre la cosa u objeto, en la cual recae el poder físico de una persona, y así mismo, se establece que no es requisito indispensable ser el legítimo propietario, para ejercer el poder de hecho, basta tener el dominio material de la misma.

La autora Gallegos Alcántara establece como concepto de posesión “un estado de hecho mediante el cual una persona ejerce un poder sobre una cosa determinada”.¹²⁰

De este concepto podemos establecer las siguientes características:

¹¹⁹ Voz Posesión, “**Diccionario de Derecho Romano**”, Voz SOCRATES JIMENEZ, Santiago Tiana, Editorial Sista S.A. de C.V., México 2000, p. 279.

¹²⁰ GALLEGOS ALCANTARA, Eridani “**Bienes y derechos reales**”, Iure editores, S.A. de C.V. México 2004, p. 29.

- a) Es un estado de hecho, pues hace referencia a un contacto material del hombre con la cosa.
- b) Debido a ese estado de hecho, una persona retiene en su poder de manera exclusiva una cosa.
- c) Como manifestación de ese poder físico, el hombre ejecuta un conjunto de actos materiales que se refieren generalmente al aprovechamiento de la cosa.
- d) El poder de hecho es posible sobre cualquier cosa o derecho susceptible de apropiación.
- e) La posesión, además de ser un estado de hecho, es una situación de derecho pues el poseedor se encuentra protegido jurídicamente contra las intervenciones ajenas.

“El Código Civil no define a la posesión sino al poseedor y lo hace en su artículo 790; según su texto, “es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de el”¹²¹

De dicho precepto se infiere ciertamente que la posesión es el poder de hecho ejercido por una persona sobre una cosa o en su caso el goce de un derecho; por ello, la posesión consiste y se manifiesta en un poder fáctico objetivo, que un sujeto tiene directamente sobre una cosa, sin alusión alguna, según su texto, a cualquier situación que se refiera a la causa de ese poder; se da más bien por el mero hecho de que la cosa esté bajo el control fáctico del sujeto o en su caso, si de un derecho se trata, éste lo goce directamente.

¹²¹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, óp. cit., p.793.

En esta misma concepción de poseedor y no de posesión se establece la excepción que la misma ley refiere de la posesión y refiere que no se considerara poseedor a un sujeto que ejerce poder sobre una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor.

En cuanto a las reformas realizadas a la Ley General de Salud, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto del 2009, en su artículo 473 fracción VI, nos define a la Posesión como “la tenencia material de narcóticos o cuando éstos están dentro del radio de acción y disponibilidad de la persona”.

En esta definición podemos ver como se encuentra implícito uno de los componentes de la posesión como lo es el *corpus*, ya que hace referencia a la tenencia material de narcóticos y menciona el ámbito espacial en donde se posee el narcótico, toda vez que se menciona, que la posesión del narcótico debe estar dentro del radio de acción y a la disponibilidad de la persona, en este caso nosotros nos hacemos las siguientes interrogantes ¿Qué sucede en los casos en que una persona que se dedica a la venta o distribución de narcóticos al menudeo sin la previa autorización, realiza dicha actividad cerca de una estación del metro, en donde se encuentran alrededor varios establecimientos mercantiles de manera informal? ¿A caso, todos los comerciantes del lugar se les debe considerar como poseedores del narcótico? o ¿En caso de que los comerciantes denunciaran a este distribuidor, cual es la garantía de seguridad que les brindaría el Estado para que no reciban represalias en su persona por parte de los jefes inmediatos del distribuidor de narcóticos? Estos cuestionamientos son un tanto difícil de responder si no existe una investigación profesional por parte del Ministerio Público Federal y de las Aduanas del País primeramente y de manera general en la transportación y posesión de narcóticos a gran escala y por tal circunstancia que se menciona, es que tampoco nos parece ajustada a la realidad social actual que se vive en el país, el siguiente criterio de jurisprudencia.

No. Registro: 219,040
 Jurisprudencia
 Materia(s): Penal
 Octava Época
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
 54, Junio de 1992
 Tesis: V.2o. J/39
 Página: 54

SALUD, DELITO CONTRA LA. POSESION.

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

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Concluimos que debemos entender por posesión toda acción de hecho que recae sobre un objeto, por un acto voluntario de un sujeto para detentarla para sí o para otro.

2.12 Concepto de Comercio.

Para hablar del comercio, es necesario saber cuáles han sido algunos de los conceptos que se tienen respecto de dicha actividad, desde el punto de vista mercantil, esta situación es de vital importancia, toda vez que la actividad que se encuentra señalada como delito en el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal es la finalidad de comercio, siendo esta solamente una de las diversas conductas previstas por el artículo 194, fracción I, del mismo cuerpo legal, los cuales se transcriben a continuación:

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

la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, ambos de este Código.

Artículo 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.

Es por este motivo que es necesario establecer cuáles han sido algunos de los conceptos que se establecen respecto al comercio, así tenemos que De Pina Vara señala que “El comercio, en su acepción económica original, consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro”.¹²²

De acuerdo a este concepto podemos señalar que el comercio es una actividad de mediación entre productores y consumidores, pero para el caso de la finalidad de comercializar con los narcóticos, se puede establecer que la mediación no solamente se da entre productores y consumidores, sino que además intervienen tanto personas que inyectan capital económico para su producción, como intermediarios que se dedican a su comercialización a pequeña y gran escala.

Otro concepto que tenemos de comercio es el que proporciona Díaz Bravo, quien propiamente lo define como acto de comercio y señala que por tal debemos entender “aquellos que tienen por fin la producción, la circulación y el cambio de bienes y servicios económicos con fines de mercado”.¹²³

¹²² DE PINA VARA, Rafael, “**Derecho Mercantil Mexicano**”, 26ª edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 3

¹²³ DIAZ BRAVO, Arturo, “**Derecho Mercantil**”, Iure editores, S.A. de C.V., México 2002, p. 26.

En este sentido hace referencia a los fines de mercado, tratándose de narcóticos se puede establecer que existe un gran mercado en donde no solamente existe la circulación y el cambio de bienes y servicios, sino que además no existen reglas precisas para la comercialización, ya que esta oferta y demanda de producto es clandestina en su mayoría de veces.

Así mismo tenemos que el diccionario Larousse de la lengua española refiere que el “comercio es sinónimo de negocio. El gremio de los comerciantes. Establecimiento comercial como sinónimo de tienda”.

De esta manera tenemos que lo que sanciona el tipo penal en el artículo 195 párrafo primero el cual se relaciona de forma directa por lo dispuesto en el artículo 194 fracción I del Código Penal Sustantivo, es la modalidad de posesión de narcóticos con fines de comercio, mas sin embargo, no es la única conducta que se tipifica como delictiva en el último de los artículos citados, ya que también se contemplan diversas conductas como son: la producción, la trasportación, el tráfico, el suministro o la prescripción, situaciones de hecho que difícilmente podremos establecer, si antes no se demuestra plenamente la causa por la que se posee el narcótico y la cantidad del mismo, pero en el caso específico de la investigación nos interesa la finalidad de comercio.

Bajo este rubro y de acuerdo al sinónimo que maneja el diccionario de la lengua española de comercio, hace referencia a la palabra “negocio” como un sinónimo o también da una interpretación de lo que se debe entender que un establecimiento comercial es un sinónimo de tienda.

A manera de conclusión, se puede decir que el comercio es la actividad realizada por un sujeto, con conocimientos de mercado, en donde sabe que sus productos serán adquiridos por otro sujeto que los requiere para su consumo.

2.13 Concepto de Procedimiento.

Para introducirnos al concepto de procedimiento, debemos establecer cuál es el motivo que nos lleva al estudio de dicho concepto, en especial, en cuanto a que en la actualidad el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales establece cuales son las diversas etapas procesales que se deben llevar a cabo, para la aplicación de una pena, por tal situación, el cuerpo normativo en cita señala lo siguiente:

“El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

“I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

“II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de estos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

“III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;

“IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y este valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

“V. El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

“VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas;

“VII. Los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el habito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.”

Como causa justificativa que nos lleva al análisis del concepto de procedimiento es que en la etapa de investigación se deben acreditar para el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, los elementos subjetivos específicos, cuando el tipo penal lo requiere, como en el caso de posesión de narcóticos con fines de comercio, el cual se encuentra tipificado en el párrafo primero del artículo 195, en relación con el artículo 194, fracción I, ambos del Código Penal Federal los cuales a la letra señalan:

“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, ambos de este Código”.

“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”.

Como segunda causa de justificación del concepto de procedimiento, es en cuanto a las reformas Constituciones en materia penal de fecha 18 de junio del 2008, en donde se establece que el proceso penal será acusatorio y oral, situación por la que ya no se puede hacer referencias a procedimientos, sino a un proceso penal.

Iniciaremos realizando una diferencia entre la palabra proceso y procedimiento ya que Arellano García nos menciona que “Las expresiones “proceso” y “procedimiento” no son sinónimas. En el proceso se contemplan las etapas diversas en abstracto. En cambio, en el procedimiento se enfocan los hechos acaecidos en la realidad como consecuencia del desenvolvimiento concreto del proceso. El procedimiento es la actualización concreta del proceso”.¹²⁴

Como lo señala el autor, el proceso en abstracto es como lo refiere la Constitución Federal, al precisar que el proceso penal será acusatorio y oral, en tanto, que el procedimiento se enfoca a los hechos acaecidos en la realidad, lo que quiere decir, que también es una realidad que habrá dentro del proceso penal acusatorio y oral una etapa de investigación, la cual estará a cargo del Agente del Ministerio Público, toda vez que por mandato Constitucional es el encargado de investigar y perseguir los delitos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21, por lo que en la práctica debe seguir dando una etapa de investigación del delito, en donde se deben reunir las pruebas que acrediten la existencia de la conducta tipificada como delito y así contar con la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión, tal y como lo refiere actualmente la Constitución.

Por otra parte Colín Sánchez nos refiere que “el procedimiento, es una sucesión de fenómenos vinculados entre sí a través de relaciones de causalidad y finalidad; jurídicamente, es una sucesión de actos que se refieren a la investigación de los delitos, de sus autores, y a la instrucción del proceso. Todos esos actos, están debidamente, unidos a lo dispuesto en los Ordenamientos Jurídicos, correspondientes; determinan el avance procedimental, de acuerdo con las formas y formalidades que el caso concreto amerite, para así, facilitar un fin determinado”.¹²⁵

¹²⁴ ARELLANO GARCIA, Carlos, “**Derecho Procesal Civil**”, 6ª edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 63.

¹²⁵ COLIN SANCHEZ, Guillermo, “**Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**”, 17ª edición, Editorial Porrúa, México 1998, pp.72-73.

Al referirse el autor a una sucesión de fenómenos vinculados entre sí, nos hace referencia como se dijo anteriormente a lo que sucede en la realidad, por tal situación se hace referencia al enlace que existe entre la causalidad y finalidad del procedimiento, es decir, que lo que origina el inicio de un proceso penal como lo refiere la Constitución mediante las reformas de junio de 2008, es el hecho de la existencia de una conducta delictiva y ¿Para qué fin se inicia el proceso? Pues para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen de acuerdo a los principios generales del proceso penal acusatorio y oral.

Así mismo Jorge Alberto Silva nos dice "...dentro de la corriente muy difundida en la generalidad del foro y de los procedimentalistas en México, se ha sostenido que el proceso es una parte del procedimiento, que todo proceso es un procedimiento, pero que no todo procedimiento es un proceso".¹²⁶

Efectivamente concordamos con el autor al señalar que todo proceso es un procedimiento, porque el primero es el género en cuanto al aspecto abstracto de la ley, en tanto que el segundo acaece en la realidad, siendo que en esta última existen diversos procedimientos no solamente en cuanto a materia penal se refiere sino que además dentro de esta misma rama del Derecho existen diversos procedimientos establecidos como por ejemplo: el procedimiento de una preliberación, extradición etc.

Concluimos que el proceso es el aspecto abstracto establecido en la ley, en tanto que el procedimiento son los fenómenos vinculados entre sí, lo cuales se establecen por una causa como es la existencia de un delito y con el objetivo de investigar, perseguir y castigar al responsable de la conducta ilícita.

¹²⁶ SILVA SILVA, Jorge Alberto, "**Derecho Procesal Penal**", 2ª edición, Harla, México, 1994, p. 11.

2.14 Concepto de Imputado.

En la ejecución de conductas o hechos delictuosos, interviene un sujeto físico, quien mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificados, da lugar a la relación jurídica material de Derecho Penal y, en su caso, a la relación jurídica procesal, así tenemos que mediante las reformas aprobadas a la Constitución General de la República de fecha 18 de junio de 2008, se hace referencia a la persona imputada o indiciado de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 16, 19, y 20 apartado "B" del ordenamiento citado.

Ello no implica necesariamente que, dada la primera hipótesis deba ser considerado sujeto activo del delito, porque ese calificativo le corresponderá cuando se dicte la resolución judicial que así lo considere. No obstante, habrá estado obligado a los actos y formas procedimentales, razón por la cual se le calificará como supuesto sujeto activo, nombre aplicable, en términos generales y sin desconocer otras denominaciones que le correspondan, atento al momento de la secuela procesal.

Colín Sánchez establece que "En la doctrina y en la legislación, al supuesto autor del delito se le han otorgado diversas denominaciones, que no necesariamente le corresponden. Esto es demostración inequívoca del uso de una terminología equivocada, impropia y ausente de técnica jurídica".¹²⁷

Como bien lo señala el autor la denominación que se le da al sujeto activo del delito en el procedimiento penal, es carente de una técnica legislativa apropiada a cada una de las etapas procedimentales que se viven dentro del aspecto penal.

Pero en la exposición de motivos del proyecto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, formulado en noviembre de 1963, por una comisión encabezada por el entonces Procurador del Distrito Federal, se indica "De igual

¹²⁷ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 224.

manera al suprimirse las diversas fases del procedimiento, que obedecen fundamentalmente a razones de carácter didáctico, fue menester adoptar una sola denominación para el sujeto primordial del drama penal, sintetizando sus alusiones en un solo denominador “El imputado”; habida cuenta que desde el inicio del proceso la acción penal se ejercita contra un sujeto de imputación, que termina de serlo hasta que se precisa con la verdad legal su condición de sentenciado”.¹²⁸

Por esta circunstancia nos dimos a la tarea de establecer que el significado de esta terminología, se debe adecuar de acuerdo a la etapa procesal en la cual se actué:

1.- Indiciado, es el sujeto en contra de quien existe sospecha de que cometió algún delito, porque la palabra indiciado significa dedo que indica.

2.- El probable responsable, es aquel en cuya contra existen datos suficientes para presumir que es autor o participe de los hechos delictuosos que se le atribuyen, siendo más adecuado nombrarlo así en la investigación de los mismos.

3.- Imputado, es la persona a quien se le atribuye algún delito.

4.- Inculcado, es el individuo a quien se le atribuye la comisión o la participación de un hecho delictuoso. Tradicionalmente, este término se tomaba como sinónimo de acusado y se aplicaba a quien cometía un delito, desde que iniciaba el proceso hasta su terminación.

5.- Encausado, es la persona sometida a una causa o proceso penal.

6.- Procesado, persona que se encuentra sujeta a un proceso en tal circunstancia la aplicación de tal calificativo dependerá del criterio en que se sustente y se estime que se ha iniciado el proceso.

¹²⁸ Ídem, p. 225.

7.- Inculpatado, este calificativo es sinónimo de imputado o inculpatado.

8.- Enjuiciado, es aquella persona que es sometido a juicio.

9.- Acusado, es la persona en contra de la cual se ha formulado una acusación.

10.- Condenado, es el sujeto que está sometido a una pena.

11.- Reo, es aquel cuya sentencia acusada ejecutoria y como consecuencia de esto se encuentra obligado a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente.

2.15 Concepto de Garantía.

Para establecer el concepto de garantía nos parece apropiado señalar primeramente lo que se debe entender por soberanía en sentido moderno, o como actualmente se entiende, de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 39, porque a partir de esta situación es como se origina dentro de nuestro sistema de Estado y de gobierno, las garantías individuales que contempla la ley de referencia en sus primeros 29 artículos de manera básica y elemental.

Así tenemos la doctrina de *Hobbes* el cual refiere que “Una vez que nace, el gobernante tiene un poder soberano absoluto. Nace con ese carácter sin límite alguno. El soberano no puede cometer injusticias; su voluntad es la ley, y la ley para Hobbes es la palabra de quien por derecho tiene el poder soberano”.¹²⁹

De acuerdo a esta teoría respecto de la soberanía se puede establecer que para Hobbes, no tiene importancia quien detente la soberanía, ya sea que esta recaiga en

¹²⁹ PORRUA PEREZ, Francisco, “**Teoría del Estado**”, 19ª edición, Editorial Porrúa, México 1984, p. 341.

un solo hombre o en un grupo determinado de hombres, ya que esta circunstancia no influye en cuanto a la naturaleza esencial de la soberanía.

El pensamiento de *Hobbes* respecto a la soberanía refiere que el gobernante nace con un poder absoluto e ilimitado, ya que este soberano no puede cometer injusticias con lo que no concordamos, toda vez que el hombre por naturaleza es un ser caprichoso y si de poder se trata, el hombre es capaz de destruir todo aquello que se oponga a sus ideales y fines que persigue, ya sea que trate de perpetuarse en el poder político, económico o hasta religioso, haciendo valer los argumentos más absurdos para mantener la posición que tiene en ese instante o momento de su vida.

Es por eso que el hombre u hombres que representan el poder soberano se les debe exigir el respeto también a ciertas libertades que por naturaleza misma le pertenecen al hombre por ese simple hecho.

Ahora estudiaremos el concepto de garantía por lo que debemos atender a sus diferentes acepciones que tiene la palabra, Ignacio Burgoa nos refiere que “Parece ser que la palabra “garantía” proviene del término anglosajón warranty o warantie, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. “Garantía” equivale, pues, en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguardia o apoyo. Jurídicamente, el vocablo y el concepto “garantía” se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas”.¹³⁰

De acuerdo a estas acepciones de la palabra garantía, observamos que todas van encaminadas a la protección o aseguramiento de algo o de alguien de manera muy general o en otra de sus acepciones también establecemos que se refiere a la defensa y en cuanto a esta última palabra Raúl F. Cárdenas Rioseco refiere que

¹³⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “**Las Garantías Individuales**”, 40ª edición, Editorial Porrúa, México 2008, p. 161.

proviene del latín que significa “defender, desviar un golpe, rechazar a un enemigo, rechazar una acusación o a una injusticia”.¹³¹

Entonces si estas son algunas de las acepciones de la palabra garantía, debemos entender que la misma es un rechazo al poder absoluto que pueda ejercer de manera libre el Estado como soberano, y que llegado el caso de que este actuara de manera injustificada y arbitraria en contra de sus súbditos, estos deberán de hacer valer la o las garantías que como individuos tienen reconocidas por aquel, las cuales fueron vulneradas de forma indebida, toda vez que al realizar esta transgresión de garantías, trasciende a todos aquellos derechos inherentes, como la libertad, la propiedad, la vida y la seguridad jurídica, de los cuales deben gozar por el simple hecho de ser humanos.

El sistema de gobierno que se encuentre establecido, en el caso particular de México se encuentra representado por la división de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) poderes que dimanen de la voluntad del pueblo y estos a su vez deberán respetar las garantías individuales que le sean reconocidas a todo individuo por la Constitución Política.

Otras acepciones de la palabra garantía nos las proporciona Rafael Martínez Morales al referir que “...es el medio o instrumento que implica certeza, seguridad o la tenencia o disfrute de algo. De igual modo, es cualquier medio de defensa jurídica que el particular tenga para oponerse a un acto público que le cause daño o perjuicio”.¹³²

En la primera acepción de la palabra garantía que nos proporciona Rafael Martínez, nos deja ver que la garantía como tal, es un instrumento que va implicar la certeza o la tenencia y el disfrute de algo, considerando que si se atiende al sentido

¹³¹ CARDENAS RIOSECO, Raúl F. “**El Derecho de Defensa en Materia Penal**”, Editorial Porrúa, México 2004, p. 1.

¹³² MARTINEZ MORALES, Rafael, “**Garantías Constitucionales**”, Iure editores, S.A. de C.V., México 2007, p. 1.

literal de la palabra instrumento hacemos referencia a un utensilio o herramienta que utilizamos para realizar alguna actividad.

Desde esta perspectiva las garantías son el instrumento con el que un individuo se puede defender y asegurar su disfrute de algo que por derecho le pertenece o está unido a él, por el simple hecho de ser humano.

En cuanto a la segunda acepción que nos proporciona, nos hace referencia a un medio de defensa jurídica, es decir, que hablando en estricto lenguaje jurídico, existen o hay medios de poder detener o hacer que un gobernante cumpla, realice o deje de realizar en perjuicio de un gobernado, cualquier acto que se emita en contra del gobernado de manera arbitraria, y le ocasione un daño o perjuicio en su persona o bienes materiales, el cual en un momento dado, pueda ser de imposible reparación.

El medio de defensa por excelencia en nuestro sistema de justicia en México, es conocido como el juicio de amparo, toda vez que a través de este medio de defensa como lo refiere el autor, el individuo que es titular de las garantías que en su favor establece la Constitución Federal, puede hacer que el gobernante las reconozca y las respete.

Concluimos que la garantía es el instrumento o medio de defensa legal, mediante el cual un individuo puede hacer valer en contra de cualquier acto del poder público soberano, que transgreda de forma indebida los derechos inherentes a él, por ser humano.

2.16 Concepto de Bien Jurídico.

Para establecer el bien jurídico, se debe observar cuáles son los bienes que merecen mayor protección dentro de una sociedad, como pueden ser la vida, la libertad, la salud pública etc. Para tener una mejor apreciación de lo que es el bien jurídico, estableceremos algunos conceptos proporcionados por algunos tratadistas que nos hablan respecto de lo que es el bien jurídico.

Hablando desde una perspectiva Constitucional, Ignacio Burgoa refiere que los bienes jurídicos tutelados “Tales son, conforme al segundo párrafo del artículo 14 constitucional, los siguientes: la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado”.¹³³

Hemos de hacer la aclaración correspondiente respecto del primer bien jurídico tutelado en el precepto de referencia en el sentido de que mediante el decreto presidencial de fecha 8 de noviembre de 2005, publicado en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al 9 de diciembre del mismo año, fue suprimido el bien jurídico “vida”, como consecuencia de la supresión de la pena de muerte en México.

Sin embargo no estamos de acuerdo con la supresión textual del bien jurídico que tutelaba de forma literal el artículo 14 constitucional en su segundo párrafo, en virtud de que desde una perspectiva teleológica de la norma, nos hacemos el siguiente cuestionamiento al respecto ¿Qué sentido tiene tener protegidos los demás bienes jurídicos como son: la libertad, la propiedad, la posesión, la salud pública o los derechos del gobernado, si de manera primordial el bien jurídico de la vida, no se contempla en forma expresa dentro de la ley máxima que nos rige? Independientemente de que se encuentre suprimida la pena de muerte en nuestro país, el bien de la vida sigue siendo un bien primordial para el hombre y si este dejó de contemplarse como tal en nuestra máxima ley, aun y cuando se encuentre protegido en leyes secundarias, consideramos que la vida del hombre ha pasado a

¹³³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, óp. cit., p. 539.

segundo término y que ya no tiene la misma importancia para el aspecto legal positivo.

Respecto a la libertad, la misma ha sido coartada de una u otra forma durante toda la existencia humana, y en todas las modalidades que existen tanto en nuestro país como en el resto del mundo, pero con esto no queremos decir que se debe dar rienda suelta a un libertinaje en nuestro medio legal, pero para hablar de libertad es un tanto extenso el tema, por lo que se hará mención muy someramente de algunas de las libertades que se contemplan en nuestra Constitución, las cuales a su vez se pueden traducir también en derechos subjetivos, como pueden ser la libertad personal, la de expresión, la de tránsito, la de reunión y el derecho a la salud entre otras cuestiones.

Cuando me refiero a coartar algunas libertades, hago referencia de manera fundamental a las prerrogativas que se establecieron en su momento en cuanto a materia penal se refiere, respecto de aquellas personas que se les atribuye la comisión de un delito, ya que cada vez que se da una reforma en esta materia, se trata de restringir más los beneficios de los cuales debe gozar todo aquel ciudadano que se encuentra involucrado en una situación de carácter penal en calidad de indiciado o imputado como actualmente lo menciona la Constitución.

Mediante una entrevista que se le realizó al investigador argentino Edgardo Buscaglia, en enero del 2010 en la revista *The Economist* este manifestó “que de los 53 mil 174 detenidos por presuntos nexos con el narcotráfico en lo que va del gobierno calderonista, y en los últimos tres años del de Vicente Fox, únicamente 941 pertenecían al cártel de Sinaloa.

“Señalaba al semanario inglés el abogado y especialista en temas de delincuencia organizada y seguridad nacional. Buscaglia defiende su hipótesis con base en documentos, datos y cifras oficiales emitidos por el gobierno de México a

través de diversas instancias como la P.G.R., S.E.D.E.N.A., S.S.P.F., así como las policías estatales y municipales y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía”.¹³⁴

Todas estas imposiciones que transgreden los bienes tutelados en la Constitución, el gobernante las ha justificado mediante el argumento de la protección del interés superior de la sociedad como lo son: la seguridad pública, la paz social y sobre todo en aras de la protección del bien jurídico de la Salud Pública, situación que consideramos como un argumento falaz, toda vez que desde las reformas a la constitución que se realizaron en el año de 1999, las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo del mismo año, fue con la finalidad de tener mejores instrumentos legales, para así poder hacer frente al fenómeno de la delincuencia y dotar a los organismos encargados de la procuración de justicia, de la eficacia que requieren para dar resultados óptimos en cuanto al fenómeno delictivo se refiere, lo que a la fecha no se ha logrado mejorar en lo que respecta a la profesionalización de los órganos de investigación de delitos de alto impacto.

Tomando en consideración que “Fuentes militares y de inteligencia civil que pidieron omitir sus nombres confirmaron a *M Semanal* lo dicho por Buscaglia, al reconocer que las cifras oficiales aparecen abultadas y avasallantes con cerca de 70 mil detenidos por nexos con el narco debido a que en los informes de las dependencias se suele acomodar en un solo criterio a todos los delitos relacionados de una manera u otra con el narcotráfico, pero que no necesariamente pertenecen al ámbito de la delincuencia organizada. La captura de consumidores, de “burreros”, o de otros implicados a quienes se señala por “delitos contra la salud”, es presentada como un logro enmarcado en el combate al narco, aunque ese tipo de capturas jamás van afectar ni la estructura de los cárteles ni su operatividad o continuidad: la gran mayoría de los detenidos suele ser gente adicta a las drogas, consumidores atrapados entre los dos fuegos del gobierno y de los cárteles”.¹³⁵

¹³⁴ MEDELLIN, Jorge Alejandro, Revista “*M Semanal*”, No. 645, México, marzo 8 de 2010, p. 10.

¹³⁵ *Ibíd.* p. 11.

De acuerdo a esta información que se maneja es que por salud pública de acuerdo a Osorio y Nieto, debemos entender que abarca el estado sanitario de la población, la organización sanitaria de una comunidad, ya sea a nivel municipal, estatal o federal en la cual pueden (deben) concurrir autoridades y particulares, medidas sanitarias y preventivas, actividades de investigación científica en materia de salud, normas jurídicas, administrativas y técnicas, educación para la salud que en si es parte de la labor preventiva, pero que por su importancia la señalamos aparte; la propia Organización Mundial de la Salud, ha expresado respecto a la medicina preventiva que esta es la ciencia y el arte de prevenir la enfermedad, prolongar la vida y fomentar la salud física y mental por medio de los esfuerzos organizados de la colectividad, destinados a sanear el medio, controlar las enfermedades infecciosas, educar sanitariamente a la población, organizar los servicios médicos asistenciales para el diagnóstico precoz y la profilaxis y desarrollar un mecanismo social que asegure a cada individuo un nivel de vida adecuado para mantener la salud.¹³⁶

Como se desprende del concepto que se nos proporciona, es multidisciplinario, que lo mismo tiene un contenido sociológico, que educativo, laboral, económico, jurídico, moral y hasta religioso; definitivamente, la noción de salud pública no es un concepto meramente médico. Al respecto, podemos considerar que la salud pública, es un conjunto de conocimientos de ciencia médica y otras disciplinas que organizan, estructuran y orientan la actividad conjunta del gobierno y los particulares para proteger (prevenir) fomentar y restablecer la salud y aumentar las expectativas y la calidad de vida de la población de determinada área territorial.

Respecto a la propiedad consideramos que es un bien jurídico que se encuentra contemplado en el artículo 27 de la Constitución, en el que se establecen las limitaciones y modalidades para adquirir la propiedad como particulares nacionales constituyendo así la propiedad privada y respecto de los extranjeros, las limitaciones y restricciones para adquirir en determinadas zonas del país como son las playas y

¹³⁶ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, óp. cit., p. 34.

las fronteras además de celebrar un previo acuerdo con la Secretaría de Relaciones Exteriores, en donde renuncien a la protección de sus respectivos gobiernos, por lo que se puede decir que la libertad de propiedad, también se encuentra supeditada a determinadas limitaciones y modalidades que establece el Estado Mexicano.

Por lo que respecta a la posesión, se estableció un punto en particular dentro de la investigación, por lo que ya no se realizara estudio alguno al respecto.

Ahora se establecerán algunos de los sentidos en que ha sido entendido el concepto de bien jurídico, así tenemos que de acuerdo a Malo Camacho existen dos los cuales son:

“Concepción trascendente: que entiende al bien jurídico más allá del orden jurídico mismo; y Concepción inmanente: que entiende al bien jurídico, como parte del contenido de la norma”.¹³⁷

Nuestra opinión respecto al primer sentido de la concepción trascendente del bien jurídico, es lo que hace que se le otorgue un valor a esos bienes que tutela la norma, en este caso la norma penal, toda vez que también las normas de carácter civil, administrativas, laborales, agrarias y las demás normas que se han recopilado en diferentes cuerpos normativos, tienen como finalidad proteger determinados bienes, que son considerados por el hombre de gran trascendencia como la vida, la libertad, la seguridad jurídica y la salud pública, bienes que se encuentran dentro de una sociedad como la nuestra y a los cuales se les asigna un valor determinado.

En cuanto al segundo sentido de los conceptos como lo es el inmanente, lo entendemos como el fin mismo de la norma, porque de lo contrario ¿Qué caso tendría proteger algo que no le ha sido asignado valor alguno y como consecuencia de esto, crear una norma que proteja a un bien jurídico y sancione determinada conducta? Lo que quiere decir, que la norma positiva seria hueca, por citar un

¹³⁷ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 283.

ejemplo: ¿Para qué sancionar el homicidio o el comercio de narcóticos? Si al fin y al cabo todo ser humano tenemos el conocimiento de que de una u otra manera nos vamos a morir algún día de nuestra vida.

Miguel Ángel Aguilar López nos habla del bien jurídico al referir que “La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir con esta función protectora, eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico, es por ello, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento”.¹³⁸

Como bien se refiere, el bien jurídico, es la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, es decir, que la norma establecerá cual es el valor que le asigna la sociedad a determinados bienes como la libertad, la vida, la propiedad y hablando en un sentido más ético la honradez y la sinceridad las que consideramos que son una manifestación de lealtad hacia el mismo hombre.

De una manera cualitativa refiere Aguilar López que para cumplir con la función protectora la norma penal, eleva a categoría de delito aquellos comportamientos que son considerados como más graves, y que por lo tanto, lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicamente protegidos.

Así tenemos que para Olga Islas, el bien jurídico es “el concreto interés individual o colectivo de un orden social, protegido en el tipo penal”.¹³⁹

Lo que nos quiere señalar con esto la autora es que el elemento básico en la estructura del tipo y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico-penal. La lesión que se le infiere o, al menos, el peligro a que se expone.

¹³⁸ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, “**El Delito y la Responsabilidad Penal**”, Editorial Porrúa, México 2005, p. 111.

¹³⁹ ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, “**Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida**”, Editorial Trillas, México 1987, p.353.

Para *Welzel* el concepto de bien jurídico es “todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones”.¹⁴⁰

En la medida en que el autor entiende que el derecho penal protege valores éticos sociales, y solo en función de estos, es que entiende la protección a los bienes jurídicos particulares, es decir, que supedita la lesión del bien jurídico, al cumplimiento de las normas, rompiendo con esto el alcance de su contenido social, más allá de la norma, lo que el propio autor expresamente reconoció.

Lo que quiere decir que *Welzel* asume la conceptualización trascendental del bien jurídico.

Con lo que a manera de conclusión establecemos que el bien jurídico es la protección de todos aquellos valores que la sociedad considera de manera común preponderantes y que deben estar estipulados de manera expresa en la Constitución Federal y regulados en leyes secundarias.

¹⁴⁰ WELZEL, Hans, óp.cit., p. 122.

CAPITULO TERCERO

3. MARCO TEORICO

Para establecer el presente capítulo de investigación, debemos conocer algunas de las diferentes teorías que se han encargado de estudiar el delito, por lo que es de suma importancia, el aspecto teórico, para poder precisar así el contenido técnico del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, toda vez, que el planteamiento del problema de la investigación, consiste básicamente en que se le pida a el Agente del Ministerio Público Federal, la acreditación de los elementos subjetivos específicos, por medio del principio de idoneidad de la prueba, para que así, una vez que realice las diligencias de investigación necesarias, acredite ante el juez, que el motivo por el que ejerció la acción penal, en contra del sujeto que posee el narcótico, es con la finalidad de comercio, toda vez que el delito en estudio, está compuesto de acuerdo a su descripción legal, por un elemento subjetivo específico diverso del dolo, como lo es el fin de comercio, por lo que consideramos necesario conocer la evolución histórica y sistemática de la teoría general del delito, la cual ha sido clasificada o dividida sistemáticamente en causalista clásico y neoclásico, así como el sistema finalista, de tal manera que cada una de ellas, nos proporciona un estudio particular del delito en general, de acuerdo a sus postulados filosóficos.

Comenzaremos por preguntar ¿Qué es la teoría? De manera metodológica, Miguel Villoro Toranzo nos precisa que por teoría “se entiende una afirmación presentada como una explicación coherente pero sin pretender que sea la respuesta definitiva a un problema”.¹⁴¹

Para presentar la afirmación y explicación que refiere el concepto, previamente se debe establecer una hipótesis, es decir, un cuestionamiento que genera una duda de algún fenómeno que se suscita dentro de la sociedad, como lo es el caso en

¹⁴¹ VILLORO TORANZO, Miguel, “**Metodología del Trabajo Jurídico**”, 4ª edición, Distribuidora Themis, S.A., México 1982, p. 12.

particular el delito, por ejemplo: ¿De qué manera se estudia el delito?, ¿Cuál es el fin del estudio del delito desde un punto de vista jurídico?

Una vez que las interrogantes que se establecen plantean una hipótesis, se pasa al planteamiento de una teoría, la cual pretende dar una o varias soluciones coherentes a esas interrogantes, que dieron origen a la hipótesis y posteriormente a una teoría que será defendida por alguien, para así establecer una posible solución lógica y coherente respecto a un acontecimiento que se presenta en la realidad social, en una época y lugar determinado.

En una perspectiva filosófica Perla Gómez Gallardo nos establece que la teoría “es el conocimiento especulativo puramente racional”.¹⁴²

Efectivamente, todo conocimiento teórico, antes de establecerse como tal, debe especularse en la mente, situación que realizamos los humanos de manera deductiva o disyuntivamente, toda vez que al momento en que realizamos un cuestionamiento reflexivo en el pensamiento, respecto a las situaciones vivenciales o aprendidas por algún medio de información que adquirimos.

Cada una de las teorías nos brinda una ubicación diferente, respecto al elemento subjetivo del tipo penal, de tal manera que por ejemplo: la teoría clásica refiere que todos los elementos del delito se encuentran en el aspecto objetivo, el cual es apreciado mediante los sentidos con que cuenta el ser humano, mientras que en lo que se refiere al dolo y la culpa como elementos subjetivos genéricos, no se contemplan en la descripción de la norma, y por tal motivo, son objeto de estudio de la culpabilidad, y que solamente se entienden como elementos objetivos, la conducta la antijuridicidad, el sujeto activo y pasivo, el objeto material; en cuanto a la teoría neoclásica nos refiere que efectivamente al realizarse un juicio de antijuridicidad, era imposible realizar una explicación del delito mediante una teoría que se justificaba mediante la causación física del delito, es decir, que se reconoce que se debe

¹⁴² GOMEZ GALLARDO, Perla, “**Filosofía del Derecho**”, Iure editores, S.A. de C.V., México 2006, p. 61.

estudiar el elemento intelectual, lo que se traduce en el sentido de que el actuar del sujeto se realizó de manera dolosa o culposa; en tanto que para la teoría finalista el hombre a través del elemento intelectual, tiene el pleno dominio del hecho final, que se manifiesta en el saber y conocer precedente de la conducta que es dirigida a un determinado fin u objetivo.

Malo Camacho nos establece su concepto de la teoría del delito y nos dice que “es aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de las características que lo integran”.¹⁴³

Se establece que la teoría del delito surge al igual que el principio de legalidad, como un elemento eminentemente garantista, derivado del pensamiento racionalista iusnaturalista del iluminismo, que se ocupó de construir las bases del nuevo estado de derecho, uno de cuyos aspectos fundamentales, es la definición de las relaciones entre gobernante y gobernado, con el objetivo de evitar el abuso de autoridad y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

La teoría del delito obedece a objetivos de carácter práctico, para determinar dentro del mayor grado de precisión posible, si existe o no un delito, por suponer la realización de un comportamiento que se adecua a los elementos característicos de un cierto tipo penal como son los elementos objetivos, subjetivos y normativos.

La teoría del delito, resulta ser un factor esencial de garantía para todos los miembros de la sociedad ya que esta proporciona certeza jurídica a la función de todas aquellas personas que intervienen en el ámbito del servicio de la procuración e impartición de justicia penal, en la medida en que se ve favorecida la conformación de criterios más uniformes que permitan determinar, con el mayor grado de precisión, y con el menor grado de arbitrariedad o error, la existencia del delito y la responsabilidad del sujeto activo del delito, sobre esta base, se le permite también al

¹⁴³ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 239.

juzgador, la aplicación de la pena más justa y adecuada, por la vía de la individualización y graduación de culpabilidad.

3.1 Teoría Unitaria y Teoría Estratificada del Delito.

La doctrina para conocer la esencia del delito recurre a dos concepciones que han sido denominadas como: la teoría unitaria o totalizadora y la teoría estratificada o atómica de delito:

“Cuello Calón sostiene que analizar los caracteres o aspectos del delito, no significa negar su unidad. El delito no puede desintegrarse en elementos distintos, es un todo unitario que presenta diversos aspectos o facetas, cuyo estudio es una exigencia de método que nos permite un más hondo conocimiento de su entidad”.¹⁴⁴

Este punto de vista consideramos que no es apropiado para establecer una metodología del estudio dogmático del delito, ya que para tener un conocimiento profundo del delito, no es necesario como lo dice el autor desintegrarlo, simplemente que se trata de estructurarlo por categorías, que pueden acontecer en un solo instante, prolongarse en el tiempo, o en su defecto, puede existir la unidad del propósito delictivo, mediante la pluralidad de conductas, situaciones estas en las que se puede dar el hecho delictivo, pero desde un punto de vista teórico, didáctico e incluso garantista de un Estado democrático y respetuoso de los derechos humanos, es necesario establecer un criterio categórico de todos aquellos componentes que se dan en una conducta delictiva, la cual debe ser típica, antijurídica y culpable, toda vez que si el Derecho penal se concretara a establecer como unidad el delito, no tendría caso que fuese considerado como una ciencia, dentro de un sistema positivo de leyes.

¹⁴⁴ CUELLO CALON, Eugenio, “**Derecho Penal**”, Bosch Casa Editorial, Barcelona España, 1951, p. 89.

De acuerdo al anterior punto de vista que analizamos, se establece de forma general que “Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito; el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble. Asienta *Antolisei* que para los afiliados a esta doctrina, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es modo alguno fraccionable. En cambio, los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos”.¹⁴⁵

Aquí ya se establece la distinción que se da entre la teoría totalizadora o unitaria y la teoría analítica o atomizadora, llegado el caso de que nos sostuviéramos en la teoría unitaria, jamás se hubieran establecido dentro de una norma de carácter penal, tipos penales que contienen dentro de su estructura, elementos normativos o subjetivos y solamente nos contentaríamos con delitos meramente descriptivos de conductas, como el de homicidio y en la práctica, no podríamos integrar los elementos de aquellos delitos que por los bienes jurídicos que se protegen y por la forma de su comisión, requieren de una valoración normativa o cultural de una conducta e inclusive mediante la acreditación de estos elementos, se logra demostrar el grado de culpabilidad de un sujeto de la acción u omisión que realiza a título culposo o doloso.

En tanto que en la teoría atomizadora o analítica, si se pudo realizar un avance más concreto en cuanto al estudio sistemático del delito y así poder establecer conductas que requieren de los elementos antes señalados, como los normativos o subjetivos, con los que se realizara en su momento el estudio del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, el cual de acuerdo al tipo penal, establece el contenido de elementos subjetivos específicos como es la finalidad de la posesión de narcóticos.

¹⁴⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando, óp.cit., p.129.

Consideramos de suma importancia el criterio que estableció Carrara al apuntar que “la existencia de dos componentes fundamentales en el delito: la fuerza física, o fase objetiva, y la fuerza moral, o fase subjetiva. En la fuerza física Carrara estudia el hecho externo, que nace de un movimiento corporal, que causan un resultado, o sea el daño efectivo o potencial que con la fuerza física se ha ocasionado. En la fuerza moral ésta se integra por: 1º) conocimiento de la ley; 2º) previsión de sus efectos; 3º) libertad de elegir; y 4º) voluntad de obrar”.¹⁴⁶

Esta concepción, establece ya una sistematización para el estudio del delito y de los elementos de la culpabilidad, como se observa, realiza la distinción entre un elemento objetivo que es apreciable mediante los sentidos como lo es el uso de la fuerza física, el cual es mediante un movimiento corporal voluntario, que ocasionara un resultado; y hace referencia al elemento subjetivo del sujeto al referirse a los cuatro elementos que constituyen el aspecto cognoscitivo y volitivo del sujeto, el cual es de suma importancia poder estudiar en la culpabilidad o en el tipo, de acuerdo a la teoría del delito que se trate, sea esta causalista o finalista, para que se pueda establecer si un sujeto realizó la conducta de forma culposa o dolosa.

De nueva cuenta se logra demostrar que la teoría unitaria o totalizadora del delito es un tanto corta para poder explicar cómo lo dijo Cuello Calón, ahondar en el conocimiento del ente del delito y que mejor manera que estratificarlo, por citar un ejemplo comparativo, el ser humano a nivel anatómico es un solo ser en sí, pero para fines de estudio de todas y cada una de las partes que nos integran como personas, la medicina ha establecido diversas ramas del conocimiento, como la cardiología, la urología, la oftalmología etc., así mismo sucede con el delito, aun y cuando es un ente monolítico, también es factible estructurarlo para su estudio.

¹⁴⁶ CARRARA, Francisco, óp. cit., p. 145.

Octavio Vázquez Padilla nos establece respecto a las teorías que se estudian en este momento que “Los conceptos unitarios del delito, se caracterizan por definir al hecho punible, desde una perspectiva bastante general, cual si se tratase de un bloque monolítico o un ente inescindible que, sin embargo, constituye un punto de inicio necesario para elaborar el análisis estratificado del delito. En contrapartida la noción estratificada del delito, consiste en el análisis atomizado y secuencial de todos los presupuestos que condicionan la afirmación de que una conducta es delictiva y la conveniencia político-criminal de su penalización. En esencia, se trata de un instrumento conceptual de orden garanticista, cuya función consiste en destacar los caracteres esenciales y accidentales de la conducta que condicionan la punibilidad”.¹⁴⁷

De acuerdo a este punto de vista, comprendemos que toma como base inicial o general la teoría unitaria o totalizadora del delito, para así dar paso a la teoría estratificada o atómica del delito, aun y cuando a la primera la califica de muy general, por tratar solamente de definir el hecho punible, situación por la que refiere que solamente es un bloque monolítico, por lo que desde un punto de vista práctico y de acuerdo a lo que establece el Código Penal Federal en su artículo 7º en sus diversas fracciones el delito es de acuerdo al momento de su consumación:

- I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;
- II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo;
y
- III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

¹⁴⁷ VAZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, “**Subjetivismo e injusto**”, Cárdenas Editor Distribuidor, México 2001, pp. 6-7.

De acuerdo a estas hipótesis que se establecen en nuestro cuerpo normativo, es de considerarse que pudiese tener aplicación la teoría monolítica o unitaria del delito, y por tal circunstancia, le debemos dar su mérito respectivo, pero para efectos de un estudio jurídico exhaustivo, es conveniente la teoría estratificada, al menos que nos remitamos a las fuentes directas del Derecho Penal, toda vez que algunos tratadistas refieren que la única fuente de estudio en materia penal es la ley misma.

Malo Camacho también establece cual es la finalidad de estudiar la teoría estratificada o atómica del delito y nos dice que “No se trata de desnaturalizar la unidad conceptual del delito. Se trata de favorecer un sistema de análisis que permita reconocer los comportamientos que se constituyen en su objeto de estudio, para determinar la posible existencia de un delito, a partir de la lesión que causa a un bien jurídico, y una vez estudiados todos sus componentes a la luz de los elementos integrantes del tipo, concluir si esos comportamientos son atribuibles o no, al contenido normativo de alguno de los tipos delictivos previstos en la ley penal”.¹⁴⁸

Malo Camacho nos hace referencia a tres aspectos importantes para establecer que la conducta de la que se trata de analizar es considerada como delito por la norma, por lo que es necesario que la conducta sea típica a partir de la lesión que se causa a un bien jurídico, para pasar posteriormente a establecer si sus componentes constituyen los elementos integrantes del tipo, para concluir con la atribución o no de la conducta, es decir, que se pueda atribuir la conducta a un sujeto y que no exista en su favor causa de justificación alguna o algún otro aspecto negativo del delito.

También estimamos pertinente referenciar que aun dentro de los partidarios de la teoría atómica o estratificada del delito, existen desacuerdos en cuanto a los elementos que se deben analizar y es así como se da origen a las teorías bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc.

¹⁴⁸ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 242.

Independientemente del número y elementos que componen el delito dentro de la teoría atómica o estratificada, nosotros dentro del marco conceptual establecimos nuestro propio concepto de delito el cual es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

A manera de realizar una explicación más exhaustiva del ¿Por qué somos partidarios de la teoría estratificada del estudio del delito? Hacemos referencia en este momento a la conceptualización comparativa que nos proporciona Reynoso Dávila quien refiere que “Elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman una palabra, los átomos que forman una molécula, los cuerpos simples que diferencia específica de toda definición esencial, o el acto humano y sus calificativas de antijuridicidad y culpabilidad que integran el delito...”¹⁴⁹

Como lo establece el concepto, para que se dé el delito, se debe primeramente reunir todos los elementos necesarios establecidos en la ley penal, para que se manifieste en el mundo factico la conducta considerada como delictiva, porque de no concurrir alguno de esos elementos, se actualizaría una causa de exclusión del delito de las que refiere el artículo 15 del Código Penal Federal.

3.2 El Sistema Causalista Clásico.

Un antecedente importante para el estudio de la teoría clásica del delito, nos lo proporciona Orellana Wiarco, al establecer que “Para el Código Penal Alemán de 1871, el delito es la acción sancionada por las leyes penales. De esta definición legal y de las demás disposiciones de esta ley, Liszt realiza un análisis sistemático del derecho penal y del delito...”¹⁵⁰

¹⁴⁹ REYNOSO DÁVILA, Roberto, óp. cit., p. 13.

¹⁵⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio A., “**Teoría del Delito**”, 18 edición, Editorial Porrúa, México 2009, p. 9.

A partir de este momento comienza a estudiarse de manera sistemática el Derecho penal, por lo que *Liszt* comienza realizando un estudio naturalístico causalista del delito, de acuerdo a la definición que proporcionaba el Código Penal Alemán de 1871, el cual refiere a la acción en un sentido amplio, ya que abarca también las conductas de omisión y no solamente aquellas en donde se daba un movimiento corporal voluntario que producía un resultado delictivo, sino también, en donde voluntariamente se omitía no realizar la conducta que se debía realizarse o que la ley ordenaba que no se debía dejar de realizar tales conductas.

Por tal situación Díaz Aranda refiere que “En 1884 *Franz von Liszt* analizó de manera sistemática el delito a partir de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. El injusto se conformaba exclusivamente de caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos debían constituir la culpabilidad”.¹⁵¹

Este análisis que realiza *von Liszt* del delito, hace referencia a la teoría bipartita, toda vez que solamente estudia los elementos externos que son apreciables mediante los sentidos y el aspecto psicológico lo traslada como señala Díaz Aranda a la culpabilidad, mientras tanto, el estudio de la antijuridicidad aún no se desarrollaba plenamente, por lo tanto, es factible postular por un tipo avalorado al igual que en el finalismo, sin embargo hay que hacer la distinción que en esta última teoría, la conciencia de la antijuridicidad, es considerada como elemento de la culpabilidad.

Orellana Wiarco refiere que “La explicación naturalística del acto o acción humana, se basa en relaciones de procesos causales. La acción nace de un movimiento corporal que es un proceso, que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otro se da una relación”.¹⁵²

¹⁵¹ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., p. 8.

¹⁵² ORELLANA WIARCO, Octavio A., óp. cit., p. 10.

Primeramente la relación de procesos causales solamente se da entre el hecho y el autor que se manifiesta en el mundo factico, así mismo, si el movimiento corporal es un proceso que producirá un cambio en el mundo exterior, se puede decir que solamente se hace mención de aquellas conductas que producen una mutación en el mundo real como sucede en el homicidio, al momento que un sujeto priva de la vida a otro, pero cabe decir que la acción desencadenante, conducía a la atribución desmedida de resultados típicos a dicha conducta, dando lugar a un exceso del Derecho penal, por citar un ejemplo: Pedro para matar a Juan requiere trasladarse desde su casa en Xochimilco hasta el centro de labores de Juan, quien trabaja en un corporativo de Santa Fe, y para lograr su objetivo Pedro le compra una pistola a Maricela, posteriormente Pedro se traslada al centro de labores de Juan en un taxi a esperarlo y logra su cometido, por lo que cabe preguntarse ¿A caso Maricela y el taxista serán responsables del homicidio de Juan? La primera por haberle vendido a Pedro el arma y el segundo por haber trasladado a Pedro al centro de labores de Juan para matarlo.

Franz von Liszt establece que la culpabilidad “en el más amplio sentido, es la responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido, y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el autor”.¹⁵³

El concepto que establece *Franz Von Liszt* respecto de la culpabilidad es porque refiere que la conducta del hombre solamente es psicológica entre esta y el hecho que se manifiesta en el mundo factico, y por lo tanto, solamente los elementos subjetivos como el dolo y la culpa son atribuibles aquella persona que tiene la capacidad de entender su actuar y por tal circunstancia es imputable respecto de su conducta realizada.

¹⁵³ VON LISZT, Franz, óp. cit., p. 405.

Al emitir un juicio de valor en cuanto a una conducta antisocial nos refiere que solamente en el sujeto esta la decisión de realizar o no la conducta, ya que esta es de manera voluntaria y no a través de una coercibilidad.

Román Quiroz nos hace el siguiente comentario respecto a la teoría clásica “La idea dominante del sistema penal clásico, versaba sobre la inclusión de todos los elementos objetivos del delito en el injusto y todos los subjetivos en la culpabilidad.”¹⁵⁴

Bajo este comentario podemos establecer que la conceptualización de *Von Liszt*, al referir que los aspectos subjetivos del delito como lo es la culpa y el dolo se encuentran en la culpabilidad, es decir, en la libre determinación de actuar del sujeto, sin embargo, como estos elementos no son demostrables de manera material, solamente se deducen, por lo que se representa de forma externa mediante los movimientos que realice el cuerpo y el resultado que se produzca en el mundo material, mediante esta hipótesis, se deja fuera del texto de la descripción del tipo el elemento subjetivo, pero no siempre es deduciendo como se puede acreditar el elemento subjetivo, por citar un ejemplo: Juan quiere matar a Pedro, para esto compra una pistola la carga y le dispara a Pedro, al momento en que Juan dispara el arma de fuego, llega el perro de Pedro y el proyectil se incrusta en el cuerpo del animal y se produce el resultado de la muerte. En este caso, desde el punto de vista puramente causal objetivo, tenemos el disparo de un arma de fuego que se ha impactado sobre un animal, pero no tenemos muerte ni lesión alguna respecto de la persona de Pedro a la que se pretendió privar de la vida, por lo que consideramos necesario atender al fin que tenía el autor para determinar si al disparar contra Pedro lo hizo con el fin de lesionarlo, de matarlo, o bien de darle un susto, por lo que solo el análisis del fin de Juan, nos podría permitir subsumirlo en una conducta típica como puede ser la tentativa de homicidio, de lesiones o de poderse comprobar que Juan es un perito en el disparo de armas sería atípica la conducta.

¹⁵⁴ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., p. 2.

Malo Camacho nos hace la siguiente referencia respecto a la teoría clásica del delito “Desde el Causalismo naturalista de Liszt, que concibió al delito como acción, en la idea positiva de que lo único relevante son los hechos de la naturaleza, como físicamente perceptible y observable”.¹⁵⁵

La apreciación que tuvo *Liszt* al respecto de la manera comparativa que hace de los hechos que son realizados por el hombre y los hechos que se acontecen dentro del aspecto de la naturaleza, es una aberración, en cuanto a que *Liszt*, si bien es cierto, es uno de los precursores de la sistematización del estudio del delito, también es cierto, que no toma en consideración que independientemente de que todo se origina por una causa y que esa causa genera un resultado en el mundo material, no considera que los hechos de la naturaleza propiamente hablando, son hechos de situaciones inanimadas, y que suceden por cuestiones propias de la naturaleza misma, por citar un ejemplo: el pasto aun y cuando se corte vuelve a crecer, si al pasto se le preguntara ¿Por qué creces? si él tuviera la facultad de conocer y entender como la tenemos los humanos, probablemente nos contestaría que no sabe, o que simplemente es su naturaleza misma. Por lo que no estamos de acuerdo con esta situación, porque si a un hombre se le pregunta ¿Por qué te drogas o porque comercias con droga? Se podrá justificar o evadir de la pregunta, según sea la voluntad del sujeto, y por tanto, será voluntad del sujeto contestar o no a la pregunta, recordemos que el sistema filosófico del naturalismo, consiste en atribuir todas las cosas a la naturaleza como inicio o principio.

Por otra parte Octavio Vázquez Padilla realiza la siguiente crítica al Causalismo clásico “Como se ha podido apreciar, los partidarios del causalismo ortodoxo, polarizaron la construcción del delito al entender, por un lado, que el injusto, esto es, la conducta típica y antijurídica, era absolutamente objetivo y, por el otro, que todo componente psicológico pertenecía de manera exclusiva al ámbito de la culpabilidad”.¹⁵⁶

¹⁵⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 260.

¹⁵⁶ VAZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, óp. cit., p. 26.

Estamos de acuerdo con esta postura, toda vez que si los componentes del delito son la conducta típica y antijurídica y que pertenecían absolutamente al aspecto objetivo, entonces el delito de la posesión de narcóticos con fines de comercio, no se encontraría tipificado en la ley penal, toda vez que la finalidad de posesión para comerciar, se tiene que estudiar en la culpabilidad y no establecerse en la descripción del tipo penal, porque nos estamos refiriendo a un elemento subjetivo específico diverso del dolo y la culpa, que se encuentra en la mente del sujeto y no en la descripción normativa.

Nos refiere Orellana Wiarco que “En la teoría causalista en el estudio del acto, o acción, lo que interesa es la fase externa, la interna corresponde a otro nivel, es decir, a la culpabilidad, donde se analiza si el contenido de la voluntad fue doloso o culposo”.¹⁵⁷

Es a partir de la obra de *Beling*, quien considero en su primera concepción del tipo, como un instrumento que formalmente sirve para describir en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie de delito.

En esta misma faceta inicial de la teoría de la tipicidad viene a ser simple adecuación de la conducta suscitada en el mundo real, con la descripción que de ella se hace únicamente en cuanto su aspecto externo, sin ningún tipo de contenido normativo o subjetivo.

De tal manera que el dolo y la culpa son formas o elementos de la culpabilidad, es decir, que de ninguna manera se admite al dolo y la culpa como aspectos integradores del tipo, independientemente de que durante el período clásico, se afirmara un concepto psicologista de culpabilidad (vinculación psicológica entre el hecho y su autor).

¹⁵⁷ ORELLANA WIARCO, Octavio A., óp. cit., p. 10.

Por lo que concluimos que el hecho de que se deduzcan siempre los elementos subjetivos como el dolo y la culpa, los cuales son considerados por la teoría clásica del delito, como formas o elementos de la culpabilidad, no siempre puede ser acertado, sobre todo en los tipos penales que comprenden dentro de su descripción elementos subjetivos diversos del dolo y la culpa, así mismo, en cuanto a los delitos de culpa sobre todo sin representación, es difícil, poder precisar la vinculación del hecho con su autor.

3.3 El Sistema Causalista Neoclásica.

Aun y cuando algunos tratadistas solamente se refieren a la teoría clásica del delito, preferimos establecerla como la teoría neoclásica, tomando en consideración que se basaron en la filosofía de los valores neokantianos, los cuales fueron adoptados por la ciencia del Derecho Penal.

Así tenemos que Román Quiroz nos dice que “Mientras que el naturalismo dominó en el Derecho Penal a partir de la aparición de la primera edición del Tratado de *von Liszt* en 1881 durante dos decenios aproximadamente, poco después del cambio de siglo se abrió ya una nueva fase del pensamiento jurídico penal, a lo largo de la cual se puso al descubrimiento la ingenuidad teórica del naturalismo y se sentaron las bases para su superación. El empuje necesario para ello se obtuvo por el influjo de la filosofía neokantiana: en especial, en la concepción de la escuela sudoccidental alemana de *Baden, Baden*. Dicha influencia hizo que el Derecho Penal se separara en gran medida, en cuanto a su método, de las ciencias naturales, pues se trataba ahora de un Derecho referido a fines y a valores”.¹⁵⁸

De acuerdo a esta situación histórica evolutiva del causalismo, se aprecia que el derecho penal deja rezagada la concepción clásica del delito, basada en las ciencias naturales de la que se acepta su ingenuidad y la falta de explicación a temas como la tentativa y la culpa sin representación, situación por la que ahora el Derecho penal

¹⁵⁸ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., pp. 70-71.

trata de precisar sus aspectos teleológicos y axiológicos, sistematizándose el Derecho Penal desde tres puntos de vista el científico, el filosófico y el lógico, para realizar el estudio del delito, en virtud de que establecen los aspectos finales que debe llevar a cabo el Derecho a castigar, pero antes de esto, deberá realizar un fin preventivo y la valoración de los bienes que deben protegerse de acuerdo a él sentir de la sociedad, en una época y lugar determinado, para establecerlos en un Código Penal, en donde se hará mención de las conductas que vayan en contra del sentir social y de los intereses o bienes que pretende resguardar el Estado como tal y que son considerados por el Derecho Penal como relevantes para que el legislador se haga cargo de hacer prevalecer mediante la expedición de leyes claras y precisas, el orden público y la paz social, así como la seguridad jurídica de las personas.

Díaz Aranda, nos hace referencia a la denominada teoría de la relevancia citándonos palabras de *Mezger* quien refiere que “si bien es cierto que el sistema neoclásico mantuvo a la teoría causal de acción como eje de análisis de la conducta típica, también lo es que incluyo un matiz valorativo, el cual se puede observar claramente en la denominada teoría de la relevancia...Con arreglo a la teoría correcta también es causa en Derecho Penal, por tanto, causal en orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida *in mente* sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto. Pero solo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal”.¹⁵⁹

Consideramos que esta teoría de la relevancia atiende a dos circunstancias que establece *Mezger* y que son citadas por Díaz Aranda, como las teorías de la equivalencia de las condiciones y de la causación adecuada, al referir que es causal en orden al resultado, toda condición que no puede ser suprimida *in mente*, sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto, y que solo una causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal.

¹⁵⁹ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., p. 22.

Para resolver casos tan complicados se han elaborado básicamente dos teorías como la de la equivalencia de las condiciones y la de la causación adecuada, Muñoz Conde nos dice que en la primera “...es causa toda condición de un resultado concreto que suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjese”.¹⁶⁰

Es decir que debe existir entre la acción y el resultado la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción, por ejemplo: en los delitos de resultado como el homicidio o las lesiones se atribuye al autor de la conducta el resultado que se produce en el mundo factico, en donde no queda duda alguna de quien produjo dicho resultado.

Mientras que en la segunda teoría, que es la de la causación adecuada, nos refiere el mismo autor que “...no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado”.¹⁶¹

El ejemplo de esta teoría se representa da la siguiente manera; Juan hiere a Salvador y este muere al ser trasladado al nosocomio en donde debe ser atendido, pero durante su recuperación, sobreviene a consecuencia de la herida una infección o por un mal tratamiento médico. Por lo tanto, cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente. Situación que trasciende a la previsibilidad objetiva y diligencia debida, los cuales son dos criterios que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir un resultado.

Por otro lado Orellana Wiarco, nos refiere que “La segunda corriente, dentro del sistema causalista, respecto del estudio de la culpabilidad, es la llamada “teoría normativista de la culpabilidad”, que arranca del trabajo de *R. Frank* “Sobre la estructura de la culpabilidad”, donde este destacado penalista planteaba que la

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, óp. cit., p. 18.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 18.

culpabilidad, además de consistir en la relación psicológica entre el autor y su hecho, radicaba en el “reproche” a ese proceso o relación psicológica, es decir, a una valoración normativa (reproche) de esa relación psicológica”.¹⁶²

Primeramente se ha de mencionar que debido a esta estructura de la culpabilidad que propuso *R. Frank*, varios penalista de la corriente psicologista, fueron cambiando su perspectiva de la culpabilidad y por lo que respecta al reproche o valoración normativa de la relación del autor con su hecho, no es indispensable que el autor de un delito, tenga el conocimiento exacto del tipo descrito en la ley, basta con que al sujeto se le exija el conocimiento de que su conducta es ilícita, por su parte, el juez deberá de reconocer en cada caso concreto, la reprochabilidad de la conducta, es decir, que la conducta sea considerada por la norma como antijurídica.

Malo Camacho refiere que el causalismo valorativo respecto al contenido de la culpabilidad es “...como reproche al responsable por haber actuado en contra de lo ordenado por la norma, el reconocimiento de la existencia de elementos normativos y subjetivos en el tipo; etcétera, produjo, como consecuencia, una alteración en el modelo de análisis preexistente, en manera tal, que si el delito sigue siendo concebido básicamente como una conducta típica antijurídica y culpable, el contenido de cada uno de tales momentos objeto de análisis, es diferente”.¹⁶³

Bajo esta postura se desarrollaron diversas posiciones doctrinarias, entre las que destaca para el pensamiento jurídico penal latinoamericano el esquema de *Edmundo Mezguer*, ya que algunos de los cuestionamientos que recoge e intenta superar este modelo, derivaron de las observaciones del neokantismo valorativo, en donde se toman en consideración las observaciones hechas por *Max Ernesto Mayer* acerca del contenido cultural de la norma jurídica y de *Gustavo Radbruch* respecto de la conducta.

¹⁶² ORELLANA WIARCO, Octavio A., óp. cit., pp. 41-42.

¹⁶³ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. pp. 250-251.

Román Quiroz nos dice que “A pesar de que el pensamiento neokantiano, por comparación con el naturalismo, supuso una verdadera revolución en el sistema y el método de la Ciencia del Derecho Penal, sus consecuencias en cuanto a la clasificación y sucesión de los cuatro niveles fundamentales del sistema del Derecho Penal fueron sorprendentemente limitadas. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, así como el grupo, significativamente reducido, de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena, se mantuvieron como elementos básicos del sistema y, además, en el mismo orden”.¹⁶⁴

Como refiere la autora se mantuvieron en el mismo orden los cuatro niveles fundamentales del Derecho Penal, sin embargo, no hay que olvidar que en lo referente a la conducta, esta es considerada por dicha teoría, como la voluntad exteriorizada en el sentido de puesta en marcha de la causalidad, la tipicidad ahora no solamente es la adecuación de la conducta al tipo, sino que además, admite que el injusto tiene no solo elementos objetivos, sino también, en ocasiones elementos subjetivos y normativos, mientras que en lo que concierne a la antijuridicidad, se hace referencia que primeramente se debía analizar la antijuridicidad antes de la tipicidad, pero posteriormente la mayoría de tratadistas, opino que se debe estudiar primeramente la tipicidad, para así poder analizar la antijuridicidad, por lo que respecta a la culpabilidad, esta fue entendida como el reproche normativo aun y cuando mantiene como elementos al dolo y la culpa.

Lo que consideramos de suma importancia de la teoría neoclásica del delito es la aceptación de los elementos normativos del tipo, porque Díaz Aranda refiere que “Fue *Max Ernst Mayer* quien puso de manifiesto que junto a los elementos descriptivos del tipo, perceptibles a través de los sentidos, existen otros elementos que hacen necesaria una valoración anterior a la antijuridicidad misma, es decir, se deben analizar en el tipo”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., p. 73.

¹⁶⁵ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., p. 24.

De una manera dogmática y sistematizada del tipo, se encuentran los elementos normativos, es decir, que para establecer si la conducta es o no sancionable, debe atenderse a las cuestiones jurídicas o culturales del sujeto se encuentran dentro de la ley, de tal manera que el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal establece las cuestiones de valoración jurídica y cultural en el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, al establecer el artículo 195, párrafo primero. "...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..." situación mediante la cual se establecen elementos normativos en el tipo, al realizar una valoración jurídica y cultural de lo que son los narcóticos, sin la autorización a que se refiere la Ley General de Salud y el comercio.

Una situación de suma importancia que nos enmarca Octavio Vázquez Padilla dentro de esta teoría neoclásica, es en lo que concierne a los delitos culposos sin representación al realizar "Un análisis atento de la cuestión, dejaba al descubierto, sin embargo, que lo que precisamente caracterizaba a los delitos de culpa inconsciente, era la carencia absoluta de representación mental del resultado, de ahí que en esos casos, el juicio de culpabilidad, únicamente podía prevalecer entendido desde una perspectiva diferente a la visión psicologista".¹⁶⁶

De acuerdo a este análisis que refiere Vázquez Padilla, se dejó al descubierto la ineficacia del causalismo clásico, toda vez que este hacía mención de la relación psicológica que debía darse entre el hecho y su autor, pero al tratar de explicar lo relacionado a los delitos culposos sin representación mental del resultado, no podía realizarse la atribuibilidad de la conducta, toda vez que el resultado no se encontraba prevista por el sujeto y por lo tanto, era imposible poder realizar la reprochabilidad de la conducta desde el punto de vista psicológico, ya que el resultado no se había podido prever por la falta del debido cuidado que exige la ley.

¹⁶⁶ VAZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, óp. cit., pp. 27-28.

Román Quiroz señala que “*Frank* partió de la observación que el reconocimiento progresivo del estado de necesidad exculpante, no era explicable a través del concepto psicológico de culpabilidad”.¹⁶⁷

Toda vez que la culpabilidad psicológica comprende la suma de dolo y culpa, los cuales consisten en la producción consciente o descuidada del resultado, motivo por el que queda incomprensible como la culpabilidad, puede ser excluida por el estado de necesidad.

Por tal situación Orellana Wiarco nos establece que “La formulación del juicio de reproche constitutivo de la culpabilidad, requiere, según la configuración originaria de la doctrina normativa de la culpabilidad, la concurrencia de tres requisitos: a) la imputabilidad del agente entendido como la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad de su hacer y de orientar su actividad conforme a dicho conocimiento, que resulta excluida por causa de minoría de edad, de enajenación permanente o transitoria, o de sordomudez; b) la presencia alternativa de dolo o de culpa-entendida ésta como imprudencia-; c) la ausencia de causas de no exigibilidad de una acción adecuada a Derecho, entre los que se incluyen, por lo regular, el llamado estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y la obediencia debida”.¹⁶⁸

De acuerdo a la concepción normativista de la culpabilidad, la imputabilidad es un elemento de esta, en virtud de que refiere que el sujeto debe tener la capacidad de conocer la antijuridicidad de su hacer, por lo que anteriormente establecimos que no era necesario que conociera el tipo en sí y que bastaría con que supiera que la conducta realizada es ilícita, así mismo, nos precisa las causales por las que deberá resultar excluida la culpabilidad, posteriormente refiere la alternativa de la presencia del dolo o la culpa, situación que se debe concretar al caso en particular, toda vez que existen delitos que no admiten culpa, como el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio, donde se encuentra explícito en el tipo penal el fin para el que

¹⁶⁷ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., p. 74.

¹⁶⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio A., óp. cit., pp. 42-43.

se posee el narcótico, en cuanto a la culpa es la falta del deber de cuidado o la confianza de realizar la conducta confiando en que no se produciría el resultado.

Podemos concluir que la teoría neoclásica, aporta elementos como es la reprochabilidad normativa de la conducta, al establecer que el sujeto debe tener la capacidad de comprender que la conducta es contraía a lo establecido por la norma, y que por lo tanto, es considerada ilícita, así mismo la crítica que realiza de la teoría clásica respecto a los delitos culposos sin representación, en donde es imposible que exista la relación psicológica entre el hecho y su autor al no representarse este el resultado, por lo que respecta a los elementos del tipo se acepta la existencia de elementos subjetivos y normativos, los cuales forman parte de la descripción hecha por el legislador.

3.4 El Sistema Finalista.

El finalismo hace una reubicación de los elementos de la culpabilidad como son el dolo y la culpa de acuerdo al causalismo, y los ubica como elementos integrantes de la conducta, el principal exponente de esta teoría es *Hans Welzel* quien estableció esta teoría en consideración a la crítica que realiza al relativismo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano, basando la misión del Derecho Penal en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídicos particulares.

Malo Camacho dice, que los criterios de sistematización de estudio del delito, han sido dos: hecho-autor y autor-hecho los que se citan a continuación:

“Los modelos sistemáticos en su mayoría, adoptan el camino de análisis “hecho-autor”. Parten del estudio del “hecho” o “hecho típico” y después se ocupan del

“autor”. El criterio “autor-hecho” parte de la imputabilidad en el análisis del delito. El fundamento de este orden de ideas, se encuentra en la filosofía de Hegel”.¹⁶⁹

De esta manera es que la teoría clásica y neoclásica establecen que primeramente se debe estudiar la tipicidad de la conducta, la cual se debe adecuar a la descripción hecha por el legislador en el tipo, es decir, que el análisis del delito parte del hecho-autor, para pasar posteriormente a la culpabilidad, en tanto que el criterio del autor- hecho se considera a partir de que el sujeto tiene la capacidad de poder dirigir su voluntad a un fin determinado, por lo que es de considerar que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, para así poder tener la conciencia de la antijuridicidad de su conducta.

Así tenemos que Román Quiroz nos dice que “...la teoría de la estructura final de la acción humana se apoyó de forma inmediata en observaciones de la moderna psicología sobre el comportamiento de los actos psíquicos. Incluso para el conocimiento de los valores acudió la nueva teoría a lo que precede a la existencia humana”.¹⁷⁰

Mediante este apoyo filosófico, es que *Welzel* considera que las normas del Derecho Penal, no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente, o que la omisión de realización de actos, contemplados en la norma, deben realizarse o que no se deben dejar de realizar tales actos.

Octavio Vázquez Padilla nos refiere que “Un auténtico precursor del finalismo, bien puede encontrarse en el ilustre penalista alemán, *Karl Binding*, quien, desde la elaboración de su Teoría de las Normas, combate con rigor el concepto causal de acción, al destacar que la causa presupone siempre una causante, cuya manifestación de voluntad resulta, en cualquier caso, inseparable de su contenido

¹⁶⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 244.

¹⁷⁰ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., pp. 148-149.

final. Toda acción encuentra su causa en el querer, y fuera de ese querer no puede hallarla en ningún otro lugar”.¹⁷¹

Primeramente consideramos que no es de gran importancia el establecer si *Karl Binding* es o no un auténtico precursor del finalismo, lo que sí es de suma importancia es el pensamiento que refiere en su teoría de las normas, en donde nos refiere que la causa es la que presupone siempre una causante, es decir, que se debe tener la comprensión, que la puesta en marcha de una acción o conducta será la que desencadene un fin causado, a partir, de la manifestación de la voluntad dirigida a un fin querido por el sujeto, por citar el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio, en donde la causa de poseer el narcótico es con el fin exclusivo de comercializar, sin embargo, este fin no puede ser precedido, si antes no se ha manifestado en el mundo factico.

Quien realiza el estudio integral de la teoría final de la acción o del domino del hecho final fue el Alemán *Hans Welzel*, quien señala que “La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines”.¹⁷²

Efectivamente la acción o conducta se basa en el saber causal del hombre, respecto de las conductas dolosas, las cuales se dirigen a conseguir un fin determinado como por ejemplo en la posesión de narcóticos, no solamente se regula la finalidad de comercializarlos, sino que además el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, refiere que se pueden producir, transportar, suministrar gratuitamente etc. Situación que se deduce meramente de las cantidades que se posean, sin embargo, el deducir dichas conductas reguladas por el precepto legal que se cita, puede llevarnos a establecer un juicio de reproche equivocado, por lo que se vulnera en perjuicio de los gobernados el principio de reserva de la ley penal

¹⁷¹ VAZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, óp. cit., p. 43.

¹⁷² WELZEL, Hans, óp.cit., p. 39.

o de exacta aplicación, toda vez que la única manera que tenemos de conocer el fin exacto al que se dirige la posesión de los narcóticos, es mediante la manifestación externa de la voluntad del sujeto activo.

Por lo tanto Castellanos Tena refiere lo siguiente respecto de la conducta en la teoría finalista, al decir que “La acción humana se distingue por su finalidad, el comportamiento humano es un actuar dirigido a la realización de un propósito, el propósito de la acción permite al hombre sobredeterminar el proceso causal, y como consecuencia anticipa en su pensamiento una meta determinada, y a partir de esa determinación, el hombre dispone de los elementos y medios necesarios para la consecución de una finalidad”.¹⁷³

Consideramos que es un tanto más clara la explicación que da el autor, al referir que el comportamiento humano siempre es un actuar dirigido a la realización de un propósito para mejorar la comprensión establecemos el siguiente ejemplo: Una persona X que vive en la Ciudad de Mérida, quiere visitar a una persona Y que vive en la Ciudad de Guadalajara, para poder trasladarse desde la Ciudad de Mérida hasta la Ciudad de Guadalajara en el Estado de Jalisco, la persona X debe elegir los medios idóneos para poder llegar en el menor tiempo posible, desde la Ciudad de Mérida hasta la Ciudad de Guadalajara, y para esto, deberá hacer uso de sus conocimientos causales de transportación, los cuales consisten en trasladarse vía terrestre o aérea, y será así, como pueda determinar su proceso causal al representarse la manera en que puede trasladarse a la Ciudad de Guadalajara en el menor tiempo posible, situación que sucede de igual manera en la conducta delictiva, al representarse un sujeto el resultado querido como puede ser la comercialización de los narcóticos, el homicidio etcétera, ya que previa su resolución de realizar la conducta típica y antijurídica, debe elegir los medios idóneos para lograr el fin de su acción y así tener el dominio del hecho final.

¹⁷³ CASTELLANOS TENA, Fernando, óp.cit., p.155.

Malo Camacho expresa que “Atento a tan severo cuestionamiento a la conducta y a su contenido de voluntad, la teoría finalista revaloriza el orden de ideas precedente y reconoce al dolo de la voluntad, como un dolo neutro, aún no valorado...”¹⁷⁴

Respecto al contenido de la voluntad en la conducta, sea establecido así porque basta que el sujeto tenga el potencial conocimiento del injusto y se presente de una forma actual, esto es, que con el potencial conocimiento de la antijuridicidad, se puede hacer responsable a quien realice la conducta dolosa, por lo que el dolo es considerado como neutro, toda vez que la conciencia de la antijuridicidad, es un elemento de la culpabilidad para el finalismo, mientras que el dolo neutro ha quedado incorporado a la tipicidad y por tal motivo aún no ha sido valorado, por lo que su presencia o ausencia condiciona la existencia de la tipicidad dolosa.

De tal manera que Román Quiroz dice que “El tipo, que configuraba la materia de prohibición, no podía permanecer por más tiempo reducido a la descripción de un proceso objetivo (del mundo exterior), sino que había que aprehender también la estructura final de la acción humana, elemento específico de la tipicidad”.¹⁷⁵

Para la teoría finalista, el tipo penal, no solamente se debía limitar a la descripción de conductas antijurídicas como el homicidio, en donde solamente se establece que es privar de la vida a otro, sino que además los tipos penales requerían establecer en su descripción de manera explícita o implícita, la existencia de elementos subjetivos diversos del dolo y la culpa, como son los fines, las intenciones o los ánimos, así tenemos por ejemplo la posesión de narcóticos con fines de comercio que se regula por lo dispuesto en los artículos 195, párrafo primero, en relación con el 194, fracción I, ambos del Código Penal Federal de manera explícita, pero sin embargo existen tipos que de forma implícita regulan el aspecto subjetivo como es el caso del robo, en donde debe darse el ánimo de apropiación de la cosa ajena mueble.

¹⁷⁴ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 254.

¹⁷⁵ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., p. 151.

Es por eso que Orellana Wiarco menciona que “En cuanto al dolo, o mejor dicho a la acción dolosa, no encontramos mayor problema en establecer que el sujeto al actuar lo hace con un propósito, no pensarlo así sería un absurdo...Sin embargo, a la teoría finalista de la acción se le objetó que en el caso del dolo eventual, o en los delitos culposos se pudiera hablar de acción, pues en el dolo eventual, o en la culpa con representación y más aún, en la culpa sin representación, no se podría plantear la finalidad de la acción”.¹⁷⁶

La situación del dolo eventual la consideramos superable, toda vez que el resultado se quiere y se acepta, lo único que queda tangible es en cuanto a que se ocasionen o no más daños de los queridos y aceptados, pero en nada afecta el fin querido, toda vez que mediante los medios idóneos, será seguro que se dé el resultado querido o representado por el sujeto, por lo que respecta a la culpa con representación se puede decir que de igual forma se acepta la acción, sin embargo, lo que omite realizar el sujeto, es la previsión de cuidado o se confía en que no se producirá un resultado que debía y podía observar, si no hubiese violado el deber de cuidado, por citar un ejemplo: La persona que sale de su casa y se le hace tarde para llegar al trabajo, toma la decisión de conducir su vehículo y tiene como fin primordial llegar a tiempo a su centro de labores, pero al conducir el vehículo a alta velocidad, omite respetar el alto que le marca el semáforo y por violar ese deber de cuidado, produce un accidente vehicular, al impactarse con otro vehículo, que tenía el semáforo en verde y que por lo tanto podía avanzar, por lo que respecta a la culpa sin representación, la teoría finalista enfrenta las mismas críticas que las teorías causalista clásica y neoclásica, al no poder enlazar el aspecto psicológico con el resultado producido por no habérselo representado el sujeto.

Así tenemos que Díaz Aranda refiere que “De acuerdo a la teoría final de acción el tipo ya no solo se conformaba de elementos objetivo-descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino que en todos los

¹⁷⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio A., óp. cit., pp. 92-93.

tipos penales existe un tipo subjetivo que se conforma por el dolo o, en su caso, por la culpa”.¹⁷⁷

Como se ha dicho para la teoría finalista el tipo penal no solamente es una mera descripción de la conducta, sino que además debe contener elementos normativos y excepcionalmente elementos subjetivos diversos (fines, ánimos, propósitos, intenciones etc.) del dolo y la culpa, por lo que si el tipo penal de posesión de narcóticos con fines de comercio, el cual se encuentra tipificado en los artículos 195, párrafo primero, en relación con el 194, fracción I, del Código Penal Federal, es óptimo que para efectos de no vulnerar la seguridad jurídica de los gobernados, el Ministerio Público Federal, se debe obligar a presentar el medio probatorio idóneo, con el cual pueda aseverarle al juzgador al momento de ejercer la acción penal, que no existe duda al respecto, de que la posesión del narcótico, es con el único y exclusivo fin de comercializarlo, situación por la que consideramos absurdo y violatorio del principio de reserva de la ley penal o de exacta aplicación en sentido amplio, el hecho de que el artículo 134, párrafo primero, del Código Federal de Procedimientos Penales, exima del deber que tiene el Agente del Ministerio Público, de probar fehacientemente la conducta típica y antijurídica, de acuerdo al mandato Constitucional que establecen los artículos 21, párrafo primero, y 102, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Orellana Wiarco nos dice que “La teoría finalista de la acción maneja los conceptos ya expuestos por la teoría causalista, es decir, se habla de acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, pero tales conceptos son manejados con un esquema distinto, que trae como consecuencia, importantes soluciones, a problemas que no encontraban una adecuada solución por la teoría causalista, como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría...”¹⁷⁸

¹⁷⁷ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., pp. 49-50.

¹⁷⁸ ORELLANA WIARCO, Octavio A., óp. cit., p. 87.

Consideramos importante esta precisión, porque efectivamente las dos anteriores teorías clásica y neoclásica del delito, no resolvían de manera satisfactoria los problemas que se presentaban en cuanto a la tentativa, la participación y la autoría, así como las diversas calidades que se les pueden asignar, tomando en consideración el grado de responsabilidad en que participan en una conducta delictiva, lo único en lo que no estamos de acuerdo con el autor, es en cuanto a que maneja a la punibilidad como elemento del tipo, siendo que la punibilidad es consecuencia de la adecuación de la conducta al tipo penal.

Así tenemos entonces que el mismo autor nos precisa que la culpabilidad para el finalismo es "...entendida como medida de responsabilidad, tiene como punto de partida, el hecho de que el hombre es "libre" de actuar de un modo u otro, situación que los positivistas niegan terminantemente, argumentando que tal "libertad" no puede existir, pues es indemostrable científicamente el llamado "libre albedrio" por consecuencia, la culpabilidad no existe".¹⁷⁹

Concordamos con la opinión que nos da Orellana Wiarco, del libre albedrio y que por lo tanto, el hombre es libre de actuar de un modo u otro, toda vez que si se aceptara la postura de los positivistas de que tal libertad no puede existir, no habría persona alguna que se condujese conforme lo establece la norma o todas las personas realizarían conductas en contra de lo que ordena la norma penal, y por lo tanto, todos serian delincuentes, por lo que de esta manera se puede probar fehacientemente el libre albedrio, así mismo, se puede señalar que si el libre albedrio no existiera, las personas que tienen sus funciones psicológicas dentro de los parámetros que son considerados como normales, jamás podrían llevar acabo ningún acto jurídico, esto en virtud de que se requiere tener la capacidad mínima de comprender el significado de manifestar la voluntad; y así poder discernir que es bueno o malo de acuerdo a los intereses propios de cada persona, por tal motivo, es que la imputabilidad debe ser considerada como elemento de la culpabilidad y por ende se atiende a la existencia de esta última.

¹⁷⁹ *Ibidem.* p. 115.

En cuanto a la concepción normativista de la culpabilidad refiere Díaz Aranda que “A diferencia del sistema neoclásico en el cual la culpabilidad se sustentaba en un juicio normativo-sicológico, ésta pasó a ser considerada a partir de la teoría final de acción como un juicio puramente normativo”.¹⁸⁰

En el juicio normativo se establece una doble relación: 1) la acción del autor no es la exigida por el Derecho, es decir, que el autor puede dirigir su comportamiento de tal manera que no contravenga lo dispuesto por la norma y, 2) el autor pudo comportarse conforme a lo dispuesto por la norma, es decir, que tuvo opción de acatar lo establecido en la ley, por lo tanto, la forma en que se condujo no se encuentra de manera alguna justificada, en alguna causa de justificación o de inculpabilidad. Situación por la que se puede hablar de un reproche personal contra el autor, quien no quiso realizar la conducta conforme a la norma, pese haber contado con las condiciones para hacerlo.

De esta manera nos expone Román Quiroz que “De tal suerte, la concurrencia del dolo o la culpa no presuponen la existencia de la culpabilidad, pues tanto el dolo como la culpa se analizan y conforman en el tipo. Por ello, el autor pudo haber realizado una conducta típica dolosa y, sin embargo, no ser culpable por no tener la conciencia de la antijuridicidad de su conducta...”¹⁸¹

Situación que suele suceder en los casos putativos como ejemplo, citamos un criterio de jurisprudencia que emitió nuestro máximo tribunal respecto de la defensa legítima putativa.

Sexta Época
Instancia Primera Sala
Tomo CI, Segunda Parte
Pág. 36
Jurisprudencia

LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA.- En la defensa putativa, existe un error esencial sobre la existencia de la agresión y el sujeto cree a virtud de

¹⁸⁰ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., p. 59.

¹⁸¹ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., p. 158.

dicho error esencial que está rechazando una agresión que tiene todas las características de la que es supuesto de la defensa legítima; **y a consecuencia de ello no existe dolo alguno en su acción porque falta la conciencia de la ilicitud...**"

Como lo establece este criterio existe un error esencial sobre la existencia de la agresión, en virtud de que el sujeto cree rechazar una agresión, por ejemplo: la persona que camina de noche por una calle obscura y sin que haya presencia de más transeúntes, al sentir la presencia de otra persona y escuchar los pasos que da esta de tras de él y al ser tocado por la espalda, por la persona que camina de tras del sujeto, este saca una navaja de bolsillo y se la encaja a la persona en el pecho, pensando que por la hora y el lugar en donde caminaba, sería robado por dicha persona, siendo que el otro sujeto lo único que le interesaba de él, era que le dijera la hora. Como consecuencia de esta acción, se puede excluir el dolo, en virtud de creer que su conducta se encuentra amparada en una causa de justificación.

Bajo este criterio es que Malo Camacho hace referencia a la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal el cual regula el error de tipo y de prohibición aduciendo lo siguiente "Así el error de tipo aparece regulado en la parte inicial de dicho artículo, donde expresamente se hace alusión al error que recae sobre alguno de los elementos esenciales de la descripción legal, lo que naturalmente se refiere al error de tipo; y en la parte última, donde se hace referencia al error de prohibición, que recae sobre la licitud de la conducta o conocimiento de la antijuridicidad de su conducta".¹⁸²

En cuanto al error de tipo en el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio, el cual se encuentra tipificado en los artículos 195, párrafo primero, en relación con el 194, fracción I, hipótesis de comercio, ambos del Código Penal Federal, es un tanto difícil hacer valer dicha excluyente de responsabilidad en la etapa de investigación, esto en virtud de que el artículo 134, párrafo primero, del Código Federal de Procedimientos Penales, exime al Agente del Ministerio Público

¹⁸² MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 388.

de acreditar la existencia de los elementos subjetivos específicos aun y cuando la descripción del tipo lo requiera, para así poder ejercitar la acción penal por dicho delito. Por lo que respecta a la licitud de la conducta, esta debe recaer sobre un error invencible, en donde el sujeto pueda establecer el desconocimiento pleno de la ley, así como la falsa creencia de la existencia de una causa de justificación. Toda vez que si el error es vencible subsistirá la culpa, de acuerdo a las reformas a la Ley General de Salud del 20 de agosto de 2009, en su artículo 479 se establece un cuadro donde se hace referencia a las cantidades y clasificación de narcóticos permitidos para el consumo personal inmediato, situación que desde un punto de vista factico, puede crear confusión entre las personas adictas a dichas sustancias, toda vez que por un lado un ordenamiento legal les permite su consumo personal y por otro lado se establece en el artículo 180 BIS del Código Federal de Procedimientos Penales, que el Ministerio Público Federal, autorice a sus agentes de la policía la investigación del narcomenudeo, situación que se considera como una incertidumbre legal.

Concluimos que la teoría finalista de la acción utiliza las bases establecidas por las teorías clásica y neoclásica al establecer que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, sin embargo, traslada los elementos de la culpabilidad como son el dolo y la culpa, a la conducta y de acuerdo al concepto normativo de culpabilidad, esta es llenada mediante la imputabilidad la cual es entendida para esta teoría como el presupuesto existencial de la reprochabilidad, es decir, que el proceso psicológico del hecho con su autor, es valorado mediante la conciencia de la antijuridicidad, pues el conocimiento de lo injusto, es considerado como uno de los elementos que tiene que concurrir, para así poder pronunciar el reproche de culpabilidad. Mientras que la exigibilidad de otro comportamiento, se refiere a que el sujeto si tuvo la opción de poder conducirse conforme a lo ordenado por la norma y no lo hizo, existirá la convicción de que su libre albedrío lo determino a contradecir la ley. Pero además que en caso de que el sujeto crea que su conducta se encuentra justificada mediante una causa de exclusión de responsabilidad como puede ser la licitud de su conducta, esta puede ser eximida del juicio de reprochabilidad.

CAPITULO CUARTO

4. EL TIPO PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Consideramos apropiado intitular así este capítulo, en virtud de que a partir de las reformas aprobadas a la Constitución Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio del 2008, se establece en el artículo 20 en su primer párrafo que “El proceso penal será acusatorio y oral”. Así mismo, se implementaron en el mismo precepto legal, los principios fundamentales bajo los cuales se va a regir el proceso penal acusatorio en México, así mismo, destaca el nuevo sistema procesal en el artículo 20 apartado “A” fracción V que “La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”.

4.1 Los Elementos del Tipo Penal.

Nos refiere Luna Castro que “El análisis de los llamados elementos del tipo, sin duda representa una problemática de considerable dificultad...el contenido del tipo penal dependerá, en cuanto a su estructura o forma de composición, de las diversas concepciones teóricas que respecto de él se hagan y que, según hemos visto, a lo largo de su historia evolutiva han surgido distintas, por tanto abordaremos el tema atendiendo a las posturas de las distintas escuelas o teorías consideradas como tradicionales”.¹⁸³

Concordamos con la idea que expone el maestro respecto a la investigación y estructura de lo que puede ser considerado como elementos del tipo penal, toda vez que como se ha establecido en el marco anterior, el tipo penal en sus inicios, la concepción que se tenía de la acción o conducta se conformaba de elementos externos u objetivos mientras que los elementos subjetivos, se ubican en el plano de

¹⁸³ LUNA CASTRO, José Nieves, “El Concepto de Tipo Penal en México”, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 2003, p. 20.

la culpabilidad. Posteriormente una vez que fue complementada la sistematización de estudio con el delito-tipo de *Beling* su segunda etapa, se concluyó que el tipo podía presentar dentro de su descripción, la existencia de elementos normativos o subjetivos y el finalismo al reubicar los elementos de la culpabilidad como son el dolo y la culpa en la acción, establece que el tipo contiene implícitamente elementos objetivos y subjetivos.

Santiago Ávila Negrón, dice que los elementos del tipo son la "...conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción, varios fueron los doctrinarios que así lo concibieron y dedicaron a su actividad a este fin, en 1805 Cristóbal Carlos Stubel, en 1840 Lunden y en 1873 Karcher y Schaper, quienes por la misma época mantenían esa noción del tipo, como la figura del delito específica en la que se conjuntaban la totalidad de sus elementos internos y externos".¹⁸⁴

Es sumamente importante, la exposición clara y precisa de establecer como elementos del tipo, los caracteres externos e internos de la infracción y no solamente los externos u objetivos y normativos como actualmente lo dispone el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual hace referencia a una situación eminentemente procesalista al establecer que el cuerpo del delito es "...el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera", situación con la que no estamos de acuerdo, ya que los elementos subjetivos o internos del sujeto, forman parte elemental del tipo penal y no así del cuerpo del delito en donde solo hace una concepción procesal, retomando parcialmente la teoría del tipo en sentido causalista, y no conforme a una de las teorías más evolucionadas como la finalista.

¹⁸⁴ AVILA NEGRÓN, Santiago, **"El Cuerpo del Delito y los elementos del tipo penal"**, Cárdenas editor y distribuidor, México 2003, p. 250.

Reynoso Dávila señala que “Como elementos integrantes del tipo normal distínguense en nuestro Derecho: el sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones “el que” o “al que”; la acción con sus modalidades propias, descrita mediante el empleo de un verbo y en general con las formulas “haga o deje de hacer” esto o aquello; y por último, el sujeto pasivo del delito o sea aquel sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro...”¹⁸⁵

Primeramente se hace mención a una de las tantas clasificaciones doctrinarias del tipo, al referirse a los elementos integrantes del tipo como normales, mismos que son aquellos que solamente hacen una mera descripción de la conducta y que no se encuentra dentro de los mismos de forma explícita elementos normativos o subjetivos específicos diversos del dolo o la culpa, y a los cuales, se les ha denominado, como tipos anormales y así nos podríamos seguir con otras clasificaciones como los tipos de resultado formal o material, de resultado cortado, accesorios, subordinados etc. Por lo que consideramos que solamente toma como referencia los elementos del tipo objetivos y no así a los elementos subjetivos o normativos.

Colín Sánchez nos precisa que se estableció desde el siglo XIX en la legislación mexicana, lo que se debía entender por cuerpo del delito al establecer que “Los redactores del Código de Procedimientos Penales de 1894, identificaban el delito con el cuerpo del delito. Los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendieron aclarar la confusión, y al respecto manifestaron: por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo”¹⁸⁶

Por lo que respecta a la época en que los ministros de la Suprema Corte de Justicia en México, establecieron como cuerpo del delito el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito, podemos decir que se encuentra en

¹⁸⁵ REYNOSO DÁVILA, Roberto, óp. cit., p. 65.

¹⁸⁶ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 376.

pleno apogeo la sistematización clásica de *von Liszt-Beling*, situación que se considera que actualmente se sigue dando, en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, al referir que por cuerpo del delito “se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”. Estableciendo la norma procesal que los elementos normativos se acreditaran solamente cuando la descripción típica los requiera, omitiendo referir que también deben acreditarse los elementos subjetivos, cuando estos formen parte integrante de la descripción del tipo penal, más no del cuerpo del delito.

La Cámara de Diputados establece en sus argumentos de Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008 que “El cambio que obedece al gran atraso e ineficacia del sistema actual para dar vigencia plena a las garantías individuales y derechos humanos que consagra la Constitución y brindar la seguridad jurídica debida, a las personas y propiedades”.¹⁸⁷

Situación que se considera como una argucia política, para calmar los deseos de justicia del pueblo Mexicano, ya que este desconoce en su gran mayoría los fundamentos teóricos y prácticos del Derecho Penal en México, por lo que es fácil convencer a un pueblo que carece de criterio jurídico, que con la existencia de datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito, se respetaran y garantizaran los Derechos de las personas, por lo que señalamos que nuevamente el legislador es incapaz de establecer la seguridad jurídica que deben proporcionar tanto el Poder Ejecutivo como el Judicial, al no haber establecido en esta reforma Constitucional de seguridad y justicia en los artículos 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero la acreditación de los elementos del tipo penal, tal y como se había establecido en la reforma de fecha 5 de septiembre de 1993 y que entraron en vigor a partir del 1º de febrero de 1994.

¹⁸⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS LX LEGISLATURA “**Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia**”, México 2008, p. 1.

Malo Camacho hace una referencia a los elementos del tipo de acuerdo a las reformas Constitucionales de 5 de septiembre de 1993 y que entraron en vigor el 1º de febrero de 1994 al señalar que “En México, la legislación penal ha recogido tales conceptos, que, en la actualidad incluso encuentran apoyo en el nivel mismo de la ley constitucional, la cual, atento a la reforma incorporada en 1993 expresamente los invoca en los artículos 16 y 19, y sobre tal base, aparecen recogidos en el código penal, en los artículos 9 y 15 fracción II, reformados en enero de 1994, y aún más claramente... del código federal de procedimientos penales (artículo 168) que, no sólo se refiere a los elementos del tipo, sino que en verdadera interpretación auténtica, expresamente procuran precisar su alcance”.¹⁸⁸

Esta reforma Constitucional de 1993, puede ser considerada como la reforma de la revolución sistemática del Derecho penal mexicano, ya que hasta antes de esta reforma, no se había hecho algo de trascendencia político garantista de los Derechos de las personas, situación por la que se considera que si de nueva cuenta se implementara la obligación al Ministerio Público Federal, de acreditar primeramente la existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o puesta en peligro a que fue expuesto el bien jurídico protegido; la forma de intervención de los sujetos activos; y la realización dolosa o culposa de la acción u omisión, se llevaría a cabo una verdadera reforma integral de seguridad y justicia.

Si además de los requisitos generales que se establecen para todos los tipos al Agente del Ministerio Público se le solicitase también, que en caso de que el tipo lo requiera para poder ejercer la acción penal la acreditación de: 1) La calidad del sujeto activo y pasivo; 2) el resultado y su atribubilidad de la acción u omisión; 3) el objeto material; 4) los medios utilizados; 5) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; 6) los elementos normativos; 7) los elementos subjetivos específicos; y las demás circunstancias que la ley penal prevea, entonces sí se puede hablar de una reforma Constitucional y respetuosa de los Derechos inherentes a toda persona que se vea involucrada en una situación de carácter penal y por lo tanto la reforma del

¹⁸⁸ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 305.

sistema acusatorio se vería complementada y no a medias como se hizo en junio de 2008.

De nueva cuenta Colín Sánchez nos establece su personal apreciación del tipo y nos dice que “A manera de soliloquio, yo mismo me preguntaba, cuál era su esencia y que finalidad tenían, mi conclusión inmediata fue: la palabra cuerpo me conduce necesariamente a la consideración de algo material; la palabra delito, me obliga a pensar en algo inmaterial, de carácter subjetivo y la primera conclusión fue: el cuerpo del delito, lo constituyen elementos objetivos y subjetivos”.¹⁸⁹

De acuerdo a esta apreciación y reflexión personal de Colín Sánchez, tenemos que establecer que su conclusión respecto a que el cuerpo del delito se compone de elementos objetivos y subjetivos es incorrecta, toda vez que desde el punto de vista de la teoría final de la acción, se habla de un tipo que se compone de elementos objetivos y subjetivos, por lo tanto, no es apropiado establecerlo desde un punto de vista procesal, toda vez es una facilidad legislativa que le proporciona el legislador al Ministerio Público, para que pueda realizar su consignación de delitos que requieren por su descripción legal, de la acreditación de elementos subjetivos específicos, como es el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio, el cual se contempla en el artículo 195, párrafo primero, en relación con el 194, fracción I, ambos del Código Penal Federal y que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 134, párrafo primero, del Código Federal de Procedimientos Penales el Ministerio Público, no se encuentra obligado a probar la existencia de los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo establece, el concepto de cuerpo del delito a que se refiere el artículo 168, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales, atenta contra el principio de exacta aplicación de la ley penal, toda vez que el Ministerio Público de acuerdo a los artículos 21 y 102 apartado “A” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el encargado de investigar y perseguir los delitos en nuestro país.

¹⁸⁹ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 377.

Rubén Quintino Zepeda, hace una reflexión respecto a las reformas Constitucionales del 18 de junio de 2008 en sus artículos 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero por lo que nos dice: “Por mi parte lamento decirlo ya desde la introducción, estoy seguro que el sentido que se pretende con la expresión: “un hecho que la ley señale como delito”, se corresponde con el sólo resultado causado. Hace falta ser verdaderamente ciego para no darse cuenta que el sólo resultado causado no fundamenta ni puede fundamentar la responsabilidad jurídico-penal de una persona. En cambio, como se ha probado, en el sentido de la reforma, la expresión “hecho” está reducida al resultado típico, con lo cual se infringe el principio de culpabilidad, y en particular el principio de prohibición de responsabilidad objetiva. El primero de tales principios establece que una conducta es penalmente relevante si la misma ha sido cometida dolosa o culposamente, mientras que el segundo principio indica que nadie responde penalmente por el sólo resultado causado”.¹⁹⁰

La postura que señala Quintino Zepeda es recibida con agrado en este momento, toda vez que desde la base de nuestro sistema legal que es la Constitución Federal se rompe con el principio fundamental de la seguridad jurídica que debe haber para todo gobernado, por lo que consideramos que se debe realizar una contra reforma a los preceptos constitucionales 16 y 19 en sus respectivos párrafos, por lo que se debe exigir la acreditación de los elementos del tipo penal, por lo que para emitir cualquier acto de molestia como lo puede ser la orden de aprehensión o el Auto de Vinculación a Proceso, el Ministerio Público debe acreditar mediante el medio de prueba idóneo su acusación.

Esta contra reforma la sustentamos como base elemental de un sistema legal y acusatorio que respete los derechos humanos como son: la libertad personal y la seguridad jurídica de la persona acusada y sus bienes materiales, el debido proceso legal y el principio de inocencia.

¹⁹⁰ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, “**La orden de Aprehensión y el Auto de Vinculación a Proceso**”, Editorial Ubijus, México 2008, pp. 14-15.

Colín Sánchez nos establece la siguiente precisión "...cuerpo del delito, es un concepto de importancia capital en el Derecho de Procedimientos Penales, debido a que, la comprobación de la conducta o hecho punible, descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustenta".¹⁹¹

En cuanto a esta opinión vertida estamos en desacuerdo con el citado autor, toda vez que no debemos olvidar que el Derecho procesal solamente se encarga de establecer los pasos que se deben de seguir para llegar a la convicción objetiva del juzgador, de si la conducta realizada por una persona, se adecua a la descripción típica y antijurídica, o de existir alguna causa de justificación o de inculpabilidad se debe establecer que no se encuadra de acuerdo a los elementos del tipo de que se trate, por lo tanto, el que nos da la materia de un proceso penal, es el Derecho sustantivo penal y por tal motivo, se deben estudiar y acreditar los elementos del tipo penal, desde la investigación, toda vez que el artículo 17 del Código Penal Federal nos establece que "Las causas de exclusión del delito se investigaran y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento".

Aguilar López nos refiere que "Conforme al anterior artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, previo a su reforma en 1999, los elementos del tipo penal son los siguientes:

- a) La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- b) La forma de intervención de los sujetos activos; y
- c) La realización dolosa o culposa de la acción u omisión

¹⁹¹ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 373.

Elementos que son comunes a todo tipo penal y, sólo algunos particulares, además exigen:

- a) Calidades en el sujeto activo y pasivo;
- b) El resultado y su atribubilidad a la acción u omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos; y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea”.¹⁹²

Tomando en consideración esta postura, se establece la sistematización jurídica y práctica de cómo se debe realizar el estudio de una conducta delictiva, desde una perspectiva de la teoría del delito, por lo que, se considera que esta sistemática de estudio, genera una seguridad jurídica de forma explícita en un proceso penal de corte acusatorio, para que la autoridad judicial al emitir un acto de molestia en contra de los particulares, como puede ser la solicitud de una orden de aprehensión por parte del Agente del Ministerio Público, este tenga la obligación de presentar pruebas idóneas que acrediten la existencia de la correspondiente acción, para así contar con un Estado garantista y respetuoso de los derechos humanos, tanto para el acusado o imputado, como para la víctima del delito, situación que crearía una igualdad procesal.

¹⁹² AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, óp. cit., pp. 35-36.

Luna Castro nos proporciona la siguiente distinción del tipo, al establecer las limitaciones que se dan en la teoría causalista y las dimensiones que pretende estudiar el finalismo por lo que nos dice “De lo expuesto se sigue la afirmación de que el causalismo, aun admitiendo la presencia de elementos normativos y subjetivos del injusto (entendidos éstos como ánimos, intenciones o propósitos específicos distintos del dolo), jamás ha aceptado que el tipo tenga el alcance o dimensión subjetiva pretendida por el finalismo, particularmente por la introducción del dolo y la culpa a nivel de tipo”.¹⁹³

Recordemos que la teoría finalista, establece una concepción normativista de la culpabilidad, al establecer que esta es la reprochabilidad de la conducta, siempre y cuando el sujeto tenga la conciencia de la antijuridicidad de la misma, por lo tanto, independientemente de que el dolo y la culpa hayan sido reubicados en la conducta, esta no puede ser considerada como antijurídica, sino hasta el momento de la valoración de la acción, la cual no debe encontrar apoyo en alguna causa de justificación. Mientras que para el causalismo clásico solamente interesan los elementos objetivos, ya que los subjetivos son estudio de otro nivel como la culpabilidad y no del tipo, toda vez que lo único que interesa a este último es el resultado producido como causa del movimiento corporal voluntario, sin establecer el fin al que se dirige.

Concluimos que el legislador mexicano, solamente ha establecido como cuerpo del delito a los elementos objetivos y normativos, omitiendo mencionar los subjetivos, lo que ha realizado de manera procedimental, siendo que nunca se ha podido definir sin requerir de los elementos del tipo penal, toda vez que la materia sustantiva penal, es la que nos da los elementos para establecer un proceso penal que sea el encargado de señalar las etapas procesales que se deben llevar a cabo, para lograr la convicción del juzgador, y que este decreta si la conducta y los hechos manifestados que se contemplan mediante el supuesto jurídico penal, reúnen o no los elementos del tipo penal de que se trate, para así poder emitir un juicio de

¹⁹³ LUNA CASTRO, José Nieves, óp. cit., p. 42.

reproche o no de la conducta, la cual solamente se presume como delictiva hasta antes de la valoración probatoria de las partes.

4.2 Los Elementos Objetivos.

Según González Quintanilla los elementos objetivos es "... captar lo referido en la hipótesis delictiva como apreciable con existencia material en el mundo físico, percibidos tales elementos sensorialmente por los sentidos del ser humano".¹⁹⁴

El aspecto objetivo del delito no es otra cosa que la tipicidad de la conducta que se adecua a lo establecido en el tipo penal, el cual describe lo que aconteció en la realidad, y que por tal circunstancia, es percibido solamente mediante los sentidos con que cuenta el ser humano como la vista, el olfato, el oído etc.

Así tenemos que Malo Camacho menciona que "... si la tipicidad se refiere a un hecho de la realidad social, implica también un principio de valoración a la luz del derecho, en la inteligencia de que el concepto del "delito" mismo, implica, el injusto típico y antijurídico, es decir, un hecho valorado como contrario a lo establecido por la ley penal, que por tanto hace merecedor de una pena a su autor, en caso de resultar este responsable y culpable de su acto".¹⁹⁵

Si bien es cierto, que el hecho que acontece en la realidad social, implica la valoración a la luz del Derecho, también es cierto que es aquí en donde el legislador de forma independiente, sin previa consulta popular, establece los bienes jurídicos que considera, deben ser resguardados por las normas penales, tal es el caso del consumo de narcóticos como la marihuana, cocaína, LSD o cualquier otra droga que se considera como altamente adictiva, y que por tal cuestión, contradice lo dispuesto por la norma, la cual de forma expresa, prohíbe la posesión de estos narcóticos en cantidades superiores a las que actualmente permite el artículo 479 de la Ley

¹⁹⁴ GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, "**Derecho Penal Mexicano**", 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1985, p. 643.

¹⁹⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 323.

General de Salud, mientras que cuando se trata de las denominadas drogas suaves o legales como el alcohol y el tabaco, no importa tanto la cantidad que se posea ni para los fines que se destinen por lo que la conducta no tiene la misma trascendencia para el Derecho penal.

Raúl Plascencia señala que la parte objetiva “abarca el aspecto externo de la conducta. En los delitos de resultado se entiende como un efecto separado de la conducta y posterior a ella, los elementos objetivos tienen la característica de ser tangibles, externos, materiales por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante”.¹⁹⁶

Atendiendo en sentido estricto a los elementos objetivos del tipo en su división bipartita en donde todos los elementos del tipo se consideraban como externos y los aspectos psicológicos eran enviados a la culpabilidad, sería imposible precisar la conducta de posesión de narcóticos con fines de comercio, atendiendo en estricto sentido a la apreciación externa de la conducta, toda vez que el tipo de acuerdo a su descripción legal, requiere de la acreditación de un elemento subjetivo específico, y no meramente objetivo, como es la simple posesión de narcóticos, además de que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante, es decir, que el Ministerio Público, en un proceso penal con tendencia acusatoria y no inquisitorial como aplica actualmente en el fuero federal, debe probar fehacientemente el enlace objetivo y no meramente subjetivo de la cantidad de la posesión del narcótico, por lo que dado el caso de no poder probar que la posesión es con el fin de comercio, la acusación formulada por dicho tipo penal, carecería de los medios probatorios idóneos para sustentarse, en virtud que se daría el delito de la simple posesión del narcótico, al no poder vincular el aspecto objetivo con el subjetivo de la finalidad de comercio, en virtud de que la conducta solamente atiende al aspecto externo como lo es la posesión del narcótico.

¹⁹⁶ PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, “**Teoría del Delito**”, UNAM, México 2000, p. 110.

Para Reynoso Dávila, los elementos objetivos del tipo “Son los elementos puros de la tipicidad. Son referencias a cosas, a personas o a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos”.¹⁹⁷

Efectivamente la tipicidad consiste básicamente en la conducta que se manifiesta en la realidad social y la cual se adecua a lo descrito por la ley penal como delito, en el caso de los delitos de resultado material se establece la división entre la conducta desplegada en sí misma, y el resultado que puede ser apreciado mediante los sentidos, como en el homicidio, en donde se aprecia, que una persona fue privada de la vida, por no tener el cuerpo movimiento propio, además de las características mutable de la temperatura corporal, rigidez del cuerpo etc. O como en el caso de la violación, en donde se puede apreciar mediante la exploración médica, los residuos de líquido seminal, desgarros vaginales etc. El problema al que se puede enfrentar la mera descripción objetiva del delito, es en cuanto a los delitos de mera conducta, en donde es difícil poder realizar la separación que se hace en cuanto al resultado que producen estos, toda vez que en el caso de los delitos como la posesión de narcóticos con fines de comercio, no se puede precisar con exactitud, que la mera conducta de la posesión, es única y exclusivamente para la comercialización del narcótico, siendo que la misma ley en una sola fracción establece diversas conductas a realizar en lo futuro como son: la producción, la transportación, el trafico etc. (artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal); por lo que se considera, que el hecho de anticipar el juicio de reproche, da lugar a que se viole el principio de la exacta aplicación de la ley penal o de reserva.

Por otra parte en el anteproyecto del nuevo Código Federal de Procedimientos Penales se establece de nueva cuenta en su artículo 177 que por cuerpo del delito “...se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera”¹⁹⁸

¹⁹⁷ REYNOSO DÁVILA, Roberto, óp. cit., p. 66.

¹⁹⁸ Iniciativa de Reforma Legal, “**Código Federal de Procedimientos Penales**”, Residencia Oficial del Poder Ejecutivo Federal, 15 de marzo de 2004.

En este tenor de ideas, consideramos que el legislativo federal, realiza de nueva cuenta, una inadecuada interpretación de lo que se entiende por cuerpo del delito, ya que hemos mencionado que este se compone exclusivamente de elementos externos u objetivos y es más con tendencia procesal que sustantiva, mientras que al referirse a los elementos normativos, se hace referencia no a un cuerpo del delito en estricto sentido, sino que ya se involucra a uno de los elementos del tipo penal como es el normativo (valoración jurídica o cultural).

Por lo que concluimos que los elementos objetivos del tipo, son todos aquellos que se encuentran compuestos de materia y que son apreciables por los sentidos humanos, sin necesidad de que se posean conocimientos especializados en alguna ciencia, arte u oficio.

4.3 Los Elementos Subjetivos.

El artículo 8º del Código Penal Federal refiere que “Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente”.

De acuerdo a la teoría clásica del delito, el dolo y la culpa son elementos o formas de la culpabilidad, mientras que para la teoría neoclásica también son elementos de la culpabilidad, pero se habla de una culpabilidad normativa, en base a que el proceso psicológico del hecho con su autor es reprochado, en tanto que para el finalismo el dolo y la culpa son elementos de la conducta.

Para Muñoz Conde la tendencia subjetiva “...es difícil de probar, por reflejar una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir pero no observar”.¹⁹⁹

Podemos establecer que es cierto que existe una gran dificultad de probar la tendencia subjetiva, pero también es inexacto e incorrecto hacer una deducción lógica de la conducta que aun no se ha manifestado plenamente en el mundo

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, óp. cit., p. 243.

material o factico, toda vez que si de la posesión de narcóticos con fines de comercio existe prueba directa, que demuestre que esa posesión de narcóticos es con la exclusiva finalidad de comercio, se incurre en una apreciación de juicio plurívoco, toda vez que los artículos 195, párrafo primero y 194, fracción I, ambos del Código Penal Federal, establecen de manera sintetizada que la posesión de narcóticos sin la autorización a que se refiere la Ley General de Salud, será sancionada de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, cuando la posesión sea con la finalidad de producir, transportar, traficar, comercializar etc. Por lo que consideramos que es factible vulnerar la exacta aplicación de la ley penal, desde un punto de vista objetivo, al tratar de deducir meramente la conducta futura, mediante una deducción lógica del elemento objetivo, el cual consiste en la simple posesión del narcótico, independientemente de la cantidad que se posea.

Jiménez de Asúa, nos precisa que en ocasiones el tipo presenta una “mera descripción objetiva complementada por aspectos de índole subjetivo referidos a ciertos estados de ánimo del autor en orden al injusto, son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras maliciosamente, voluntariamente, intención de matar, intención de causar aborto”.²⁰⁰

Aquí hace referencia el autor no solamente a elementos subjetivos genéricos como son el dolo y la culpa, sino que además establece que efectivamente el tipo penal puede contener en su descripción, la existencia de elementos subjetivos diversos del dolo o la culpa, como son las intenciones, los ánimos, los propósitos etc.

Por otra parte Castellanos Tena nos refiere que los elementos subjetivos del tipo son cuando “Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto...”²⁰¹

²⁰⁰ JIMENEZ DE ASUA, Luis, óp. cit., p. 320.

²⁰¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, óp. cit., p. 172.

Consideramos que no necesariamente se debe de resolver en el estado anímico del sujeto, sino más bien a la determinación a la que el sujeto ha llegado, a través de su saber causal de las cosas, es decir, que para determinar un fin en concreto, debió conocer y comprender la consecuencia de la conducta que se representó en su pensamiento, para posteriormente dirigir la voluntad a la obtención de un resultado, que potencialmente sabe que está considerada como antijurídica o contraria a lo ordenado por la norma prohibitiva: por ejemplo la persona que pretende salir del país llevando consigo 2 kg de marihuana, la pregunta es ¿Cuál es la finalidad en si misma de llevar consigo dicha cantidad? No necesariamente debe ser para comercializarla en otro país, sino que el fin concreto no se puede determinar, tratando de resolver la cuestión anímica del sujeto, si bien es cierto que la descripción legal lo contempla, también es cierto que esta la deja abierta a la realización de futuras conductas, sin poder precisar, cuál es la que resultara materializada y solamente establece la peligrosidad en que se coloca al bien jurídico protegido, por tal cuestión, es que se acude al siguiente criterio de jurisprudencia:

PRUEBAS EN MATERIA PENAL. SU VALORACIÓN A TRAVÉS DEL MÉTODO "REDUCCIÓN AL ABSURDO", TRATÁNDOSE DE DELITOS CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE POSESIÓN O TRANSPORTACIÓN.-

La demostración de la verdad en la comisión de un hecho delictivo a través de las pruebas en el proceso penal, puede ser directa o indirecta; es decir, **cuando no se logra demostrar una tesis (en el caso, el dolo como elemento de la culpabilidad del delito)**, por el procedimiento directo, **entonces, se recurre a la demostración indirecta**. Así, la demostración directa consiste en que de los datos obtenidos de las pruebas, **siguiendo las reglas de los razonamientos, se deduce directamente la tesis (versión de los hechos que incriminan a su autor)**. A su vez, **la demostración indirecta, generalmente, en materia penal se integra con la indiciaria, y el razonamiento que se obtiene consistente en que primero se demuestre la falsedad de la antítesis (versión defensiva)**, es decir, del juicio que contradice a la tesis (la versión incriminatoria que aduce la parte acusadora), y de la falsedad, por incongruente, de la versión defensiva del inculpado, que se reduce al absurdo, se extrae la conclusión de la veracidad de la versión incriminatoria. **Esto es, para demostrar que la versión defensiva es falsa se parte del pleno acreditamiento del acto posesorio o de transportación del narcótico, que resulta contradictorio a las proposiciones de la defensa; por ello, si la versión defensiva es**

inconsistente con las pruebas aportadas al juicio (con la ley lógica), a través del principio lógico conocido como tercero excluido, de la falsedad del argumento defensivo se deduce la veracidad de la acusación incriminatoria. Este método de demostración tiene el nombre de "reducción al absurdo".

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.
Novena Época:

Para Vázquez Padilla los elementos subjetivos "...son aquellos componentes de la descripción típica, que presuponen una determinada actitud intelectual o anímica en el sujeto activo".²⁰²

Desde esta perspectiva, es posible apreciar que los elementos subjetivos se encuentran en el aspecto intelectual del sujeto, es decir, en la mente, en la cual se representa el sujeto el fin último de su acción, en este sentido, cabe mencionar que a manera de referencia, los elementos subjetivos específicos, no se encuentran regulados en los delitos contra la salud en el Código Penal de Colombia, toda vez que en su artículo 376 nos precisa:

"Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para su uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia..."²⁰³

Realizando dicha referencia, con el tipo de conductas que se establecen en los artículos 195, párrafo primero en relación al 194, fracción I, ambos del Código Penal Federal y el Código Penal de Colombia, no se hace referencia al aspecto intelectual o subjetivo, en la descripción típica de este último ordenamiento legal, en tanto que en el Código Penal Federal, nuestros legisladores han establecido los fines últimos de la conducta de la posesión de narcóticos, sin poder precisar con exactitud ¿Cual

²⁰² VAZQUEZ PADILLA, Octavio, óp. cit., p. 158.

²⁰³ <http://www.legislación.colombiana.com>, 25 de julio 2011, 15:00 horas.

de todas las conductas que se regulan dentro de la fracción I, del artículo 194, del cuerpo legal en mención será la que se materializara? Por lo que se genera una incertidumbre jurídica, al no precisarse en los tipos penales meramente elementos objetivos o si se pretende establecer en estos elementos subjetivos, deben precisarse los fines concretos que acontecerán de forma fehaciente.

Muñoz Conde señala que “La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*”.²⁰⁴

Es por eso que consideramos que para dar cumplimiento con dicho principio, es requisito que el Ministerio Público quien es el encargado de investigar y perseguir los delitos, pruebe la existencia de los elementos que integran el tipo penal, dentro de los que encontramos los elementos subjetivos específicos diversos del dolo y la culpa; es por eso que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sentado precedente jurisprudencial, en el sentido de que tratándose de la posesión de estupefacientes y psicotrópicos con fines de comercio, la prueba idónea para demostrar el elemento subjetivo específico es la confesional, criterio que se cita a continuación.

No. Registro: 904,241

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 260

Página: 190

Genealogía: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, marzo de 1996, página 477, Primera Sala, tesis 1a./J. 7/96;

POSESIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS ENDELITOS 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

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, óp. cit., p. 3.

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.

Novena Época:

Contradicción de tesis 5/95.-Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.-16 de febrero de 1996.-Cinco votos.- Ponente: Juventino V. Castro y Castro.-Secretaria: María Elena Leguizamón Ferrer.

Con este criterio ha quedado sustentada la idoneidad de la prueba, para poder acreditar debidamente el elemento subjetivo diverso de los elementos subjetivos genéricos, como el dolo y la culpa, que se contemplan también como elementos del tipo penal, pero de manera implícita y no de forma explícita, como en el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio.

Por lo que concluimos que los elementos subjetivos, son aquellos, que se encuentran en la mente saludable del sujeto, y que solamente son demostrables mediante una manifestación libre y espontánea, de su voluntad.

4.4 Los Elementos Normativos.

Como último elemento del tipo tenemos el aspecto normativo, el cual consiste en la valoración jurídica o cultural que debe ser realizada como parte fundamental del tipo, al igual que el elemento subjetivo, Beling refiriéndose a los elementos normativos del tipo "...niega la existencia de los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad y explica que cuando el tipo hace referencia a conceptos como "ajeno", "ejercicio legítimo" etc., son referencias jurídicas de la conducta, que conservan su función descriptiva, puesto que solo sirven para delimitar dicha conducta en el sentido de una especie de delito".²⁰⁵

Criterio que no es aceptable, toda vez que la función valorativa de la antijuridicidad será en un plano objetivo, en cuanto a los medios probatorios existentes de la conducta que contradice lo dispuesto en la norma prohibitiva, mientras que Malo Camacho nos explica que la función subjetiva de la antijuridicidad "...implica un juicio que por cuanto se refiere a las características de su valoración, desde la perspectiva de quien valora, supone un juicio que debe ser objetivo y no subjetivo, es decir, debe tomar en cuenta solo las constancias probatorias que llevan al juicio señalado y no que se guie por la subjetividad de quien valora".²⁰⁶

Mediante esta explicación se aclara cual es la función de los denominados elementos subjetivos de la antijuridicidad, mientras que las expresiones ajeno, ejercicio legítimo, no son aspectos subjetivos de la antijuridicidad como lo refiere Beling, sino que son elementos normativo, que requieren de una valoración jurídica, desde otra rama del Derecho, como en el caso de lo ajeno se requiere primeramente saber ¿Qué es la propiedad? Para así poder determinar si el apoderamiento de la cosa, constituye una conducta antijurídica de robo, o en el caso de los narcóticos, se debe conocer si la sustancia que posee la persona se encuentra dentro del catalogo establecido en la ley como narcótico, y que por tal situación puede o no poseerlo.

²⁰⁵ Citado por ORELLANA WIARCO, Octavio, óp. cit., p. 21.

²⁰⁶ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit. p. 410.

Así tenemos que Castellanos Tena señala que los elementos normativos son “Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieren ser valoradas cultural o jurídicamente...”²⁰⁷

En este tenor, cuando se trata de los delitos contra la salud, el legislador debe realizar una valoración de los dos aspectos, primeramente en cuanto al grupo social al que pertenece el sujeto que puede poseer consigo el narcótico, que es una cuestión de valoración cultural y segundo la clase de narcótico que posee el sujeto, por ejemplo el artículo 195 fracción II del Código Penal Federal establece que el Ministerio Público no procederá penalmente en este delito en contra de la persona que posea Peyote u hongos alucinógenos, cuando por la cantidad y circunstancias del caso se presume que serán utilizados en las ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, situación que se debe valorar, cuando una persona que posee alguno de los narcóticos que se refieren en la fracción segunda del dispositivo legal referido, no reúne las características propias de las personas que pertenecen a dicha comunidad indígena.

Por otra parte Luna Castro nos dice que los elementos normativos “...suelen manejarse dos concepciones o divisiones respecto de los mismos, dependiendo del tipo de valoración que respecto de ellos se realice, así por ejemplo se catalogan como a) de contenido jurídico; o b) de valoración cultural o contenido extrajurídico”.²⁰⁸

De esta manera se establece la valoración a que nos hemos referido una división pero no establece que se refiera a frases usadas por el legislador, sino mas bien las trata de sistematizar en dos grupos que son de índole jurídico y cultural, y que de acuerdo a la valoración jurídica que se realice, será cuando el tipo penal establezca que se tendrá que remitir a otro ordenamiento jurídico, en donde se nos explicara cual es el bien jurídico que pretende proteger la norma penal, como en el caso del artículo 195 párrafo primero del Código Penal, el cual señala “al que posea alguno

²⁰⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, óp. cit., p. 172.

²⁰⁸ LUNA CASTRO, José Nieves, óp. cit., p. 25.

de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud...”

En este sentido, el tipo penal nos remite primeramente al artículo 193 del mismo cuerpo legal, en el que se establece lo que la ley y los tratados internacionales consideran como narcóticos, por otra parte, también hemos de referir que este mismo dispositivo legal, nos reenvía a la Ley General de Salud, porque refiere que serán punibles o castigadas las conductas que se relacionen con estupefacientes y psicotrópicos y demás sustancias que estén previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III y 248 de la misma ley, por lo tanto, el legislador realiza de esta manera una valoración jurídica que el mismo estableció, pero en diferentes ordenamientos por lo que se considera oportuno transcribir el siguiente criterio de jurisprudencia.

No. Registro: 175,595

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Marzo de 2006

Tesis: 1a./J. 10/2006

Página: 84

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.

Tesis de jurisprudencia 10/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de primero de marzo de dos mil seis.

Por tal circunstancia se debe realizar una contra reforma Constitucional a los artículos 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero, en los que se haga mención de la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, ya que como se puede ver, existen en las legislaciones secundarias, tipos penales que requieren que en la etapa de investigación de las conductas típicas y antijurídicas se acrediten tanto los elementos subjetivos como normativos cuando su descripción legal lo establece, para que así se dé cabalmente cumplimiento al sistema penal acusatorio y se ponga en práctica desde el inicio del proceso penal, el principio de inocencia.

Para Malo Camacho, los elementos normativos “solo pueden ser comprendidos a través de un cierto proceso de valoración socio-cultural, o bien de carácter estrictamente jurídico, y de su reconocimiento depende la existencia del tipo delictivo de que se trate”.²⁰⁹

En este sentido Muñoz Conde establece que “...la tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad...”²¹⁰, es decir, que las conductas que se manifiestan en una realidad social y que son consideradas como delictivas, deben ser valoradas de acuerdo al comportamiento social y cultural de cada sociedad, por ejemplo: en los Estados Árabes o de religión musulmana es permitido y valido tener más de una pareja como esposa, situación que no sucede en nuestro país, en donde solamente una persona puede tener una sola esposa reconocida ante la sociedad, porque si acaso contrajese matrimonio por segunda vez, con persona distinta, sin haber disuelto el primer matrimonio, incurriría en un delito como la bigamia.

En lo referente a lo estrictamente jurídico, el autor ha de hacer referencia aquellas situaciones, en donde solamente el tipo establece un lenguaje técnico, como por

²⁰⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit., p. 327.

²¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, óp. cit., p. 3.

ejemplo: el establecer lo que se debe entender por contrato de acuerdo al Código Civil, o un acto jurídico etc.

A manera de conclusión los elementos normativos son aquellos que requieren de la valoración jurídico-cultural y social por parte del legislador, tomando en consideración las circunstancias de hecho, de acuerdo al lugar y tiempo.

4.5 Tipo de Peligro Abstracto.

Existen diversas clasificaciones de los tipos penales, entre las que encontramos para el caso del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, el tipo de peligro abstracto.

Luna Castro nos dice “Es común encontrar las clasificaciones del tipo penal entendiéndolo como sinónimo de la figura del delito, por tanto, de acuerdo con esto, generalmente se clasifican desde diferentes puntos de vista y atendiendo por ejemplo a la naturaleza del delito o en función a su forma de ejecución, estimándolos como de acción u omisión; instantáneos, permanentes o continuos. También se atiende a la clase de bienes jurídicos tutelados y ello da lugar a clasificar los tipos como: patrimoniales, sexuales, contra la salud...”²¹¹

Consideramos que al referir que una de las tantas clasificaciones del delito que se hace atendiendo a la naturaleza del delito y a la clase de bienes jurídicos tutelados, se puede concretar en una sola situación, que es la forma en que se dé el resultado del delito, el cual puede ser material cuando se produce un cambio en el mundo real y que es perceptible a los sentidos o formal, es decir, que se agota en la conducta misma el resultado y por tal situación, es difícil percibir, el cambio o la mutación que se da en los de resultado material.

²¹¹ LUNA CASTRO, José Nieves, óp. cit., p. 73.

Así tenemos que Malo Camacho nos refiere que una clasificación del tipo es en cuanto al modo de realización, por lo que encontramos los delitos de mera conducta que son aquellos en los que “El legislador se limita a describir la acción o la omisión”.²¹²

Para el caso de la mera descripción de la conducta, se ejemplifica con el homicidio, en donde solamente establece la acción de privar de la vida a otro; en el caso de la omisión tenemos el caso del abandono de persona, en donde se deja de cuidar a alguien, de quien se tiene la obligación de cuidarlo, esta situación se desprende del mandamiento de la ley, de un contrato o de su propio actuar precedente, es decir, que debe tener la calidad de garante del bien jurídico.

Otra clasificación de los tipos nos la proporciona Castellanos Tena al establecer que hay tipos normales y anormales al referir que “La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva...pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos”.²¹³

Tal es el caso del homicidio en donde la descripción consiste en una sola acción que es la privación de la vida de la persona, por lo tanto es un tipo que se clasifica como normal, en tanto que en el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio, encontramos tanto la existencia de elementos normativos como son: la posesión, narcóticos y comercio así como la descripción de elementos subjetivos específicos diversos del dolo y la culpa como son: los fines, los propósitos, los ánimos etc., por lo tanto hablamos de un tipo anormal.

En otro orden de ideas, los delitos contra la salud, se clasifican en cuanto a su resultado que es lo que interesa, para el estudio de la Posesión de Narcóticos con Fines de Comercio como de peligro abstracto tal y como lo refiere Miguel Ángel Aguilar López al comentar que “...se caracterizan porque la consumación del tipo

²¹² MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit., p. 312.

²¹³ CASTELLANOS TENA, Fernando, óp. cit., p. 171.

exige la creación de una situación de peligro efectivo, concreto y próximo para el bien jurídico”.²¹⁴

En efecto, los narcóticos son un peligro inminente para la salud pública, pero cabe mencionarse que no solamente los narcóticos son un peligro para la salud, así mismo tenemos el caso del tabaco, que de igual forma es un peligro para la salud pública, tan es así, que en la actualidad se creó una ley antitabaco en donde se pretende proteger del humo del cigarro a todas aquellas personas que no son adictas al consumo de tabaco, pero se puede decir que el ser humano, es consciente de que cualquier sustancia que no sea para el beneficio de su salud, ocasiona un perjuicio en esta, y por lo tanto, consideramos que no es posible sancionar con la misma rigidez el consumo de narcóticos que el consumo de tabaco, siendo que ambos pueden ocasionar el mismo grado de adicción, nos cuestionamos ¿Qué acaso el tabaco no ocasiona una enfermedad pulmonar o acaso no produce cáncer en la garganta? Si al Estado en verdad le preocupara la salud pública, no debería ser tolerante ante ninguna sustancia de la que exista prueba científica que ocasiona una enfermedad en la salud pública.

Vázquez Padilla nos dice respecto a los tipos de peligro que “El peligro puede ser concreto o abstracto, en los delitos de peligro concreto el juez tendrá que apreciar *ex post* si la realización de la conducta supuso un riesgo efectivo para el bien jurídico; en los de peligro abstracto, el riesgo se presume *jure et de jure*”.²¹⁵

Este autor hace una subdivisión de los delitos de peligro al establecer de peligro concreto y decir que será el juez el que tendrá que apreciar *ex post*, la realización de la conducta, a futuro, es decir, que el juez debe apreciar cual es la finalidad que pretende llevar a cabo el sujeto, en este sentido, consideramos que entonces el juez debe tener dones de vidente, para no vulnerar el principio de la exacta aplicación de la ley en materia penal, porque desde nuestro punto de vista, sino existe una confesión lisa y llana por parte del sujeto activo del delito, es imposible sustraer de la

²¹⁴ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, óp. cit., p. 113.

²¹⁵ VAZQUEZ PADILLA, Octavio, óp. cit., pp102-103.

mente del sujeto el elemento subjetivo específico, aun y cuando se demuestre la existencia del elemento objetivo, como sería la posesión de los estupefacientes o psicotrópicos en su poder, independientemente de la cantidad, porque como se puede establecer en los casos de narcomenudeo, es difícil precisar la cantidad que se adquiere, para encontrarse dentro de los límites establecidos en la tabla que contempla el artículo 479 de la Ley General de Salud, para no infringir la norma y quedar dentro de la hipótesis del consumo estricto e inmediato de manera personal, ante dicha situación consideramos que debe darse preponderancia al siguiente criterio de jurisprudencia que citamos:

No. Registro: 904,241

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 260

Página: 190

Genealogía: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, marzo de 1996, página 477, Primera Sala, tesis 1a./J. 7/96;

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.

Por lo que consideramos que tratándose de la prueba circunstanciada, resulta ineficaz para determinar mediante la apreciación objetiva de la cantidad del narcótico el fin exacto para que sea destinado el narcótico, por lo tanto, no se considera legal dicho medio de prueba, basado en las meras circunstancias objetivas de lugar, tiempo, modo y ocasión, respecto al fin último de la posesión de narcóticos, en un sistema de proceso penal acusatorio y adversarial, mas sin embargo como aun no entra la reforma del sistema penal acusatorio en el fuero federal, la prueba circunstancial sigue siendo la idónea, para así dar por acreditados los fines para los que se posee el narcótico.

Pero igual nos dice el autor que tratándose de delitos de peligro abstracto, el riesgo se presume *jure et de jure*, expresión latina que traducida al idioma castellano o español, refiere que no se acepta prueba en contrario, situación con la que no estamos de acuerdo, en virtud de que si aceptáramos literalmente dicha expresión, no habría lugar a establecer una defensa por parte del acusado, porque desde un punto teórico funcionalista, se habla del riesgo permitido y del riesgo creado, situación que se da en nuestro país, al momento en que se considera permitido de manera legal el consumo de bebidas alcohólicas, situación que no sucede en los países árabes en donde el consumo de bebidas alcohólicas se encuentra prohibida.

En el caso del Código Penal Chileno respecto de los delitos contra la salud se establece a manera de referencia en los artículos 313d y 314 lo siguiente:

“El que fabricare o a sabiendas expendiere a cualquier titulo sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie, cantidad, calidad o proporciones, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo de sus propiedades curativas, será penado con presidio...”

“El que, a cualquier título, expendiere otras sustancias peligrosas para la salud, distintas de las señaladas en el artículo anterior, contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias, será penado...”²¹⁶

En este sentido, el Código Penal Chileno en el primero de los dispositivos legales que se transcribe, hace referencia de igual manera que nuestro Código Penal Federal a un elemento subjetivo específico como lo es el “a sabiendas” nos parece un tanto más genérico en cuanto al establecimiento de la peligrosidad de las sustancias que afectan la salud y por otra parte se transgrede el principio de la exacta aplicación de la ley penal en el segundo de los preceptos transcritos, toda vez que no se establece de manera específica ¿Cuáles son las sustancias distintas que se consideran como peligrosas y mucho menos los títulos bajo los cuales se considera la expedición de sustancias peligrosas? Situación que nos crea una incertidumbre jurídica en cuanto a que no se puede determinar la clase de conducta en particular que debe ser punible por la ley penal.

López Betancourt dice que en el caso de México, se establece en los artículos 244 y 245 de la Ley General de Salud, las listas de las sustancias que son consideradas como narcóticos en la “Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, con su Protocolo de modificación de 1972; el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988”.²¹⁷

Ante esta situación, la clasificación que se le da una forma específica del tipo abierto, es decir, de una ley penal en blanco, por hacer el reenvío a otros cuerpos legales.

²¹⁶ <http://www.legislación chilena.com>, 25 de julio 2011, 15:45 horas.

²¹⁷ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, “**Drogas su Legalización**”, óp. cit., pp. 27-28

Así mismo tenemos que Malo Camacho nos dice que una ley penal en blanco es “...cuando la conducta, materia de la regulación, es cedida a un ordenamiento distinto, a veces, de rango inferior”.²¹⁸

En el caso de la Ley General de Salud, no se envía a un cuerpo normativo de inferior rango, más bien se retoma la lista que se estableció en un tratado internacional, suscrito por el Estado Mexicano, situación con la que estamos de acuerdo, porque atendiendo a la jerarquización de la normas y sobre todo desde el punto de vista Constitucional, las leyes federal y tratados internacionales que celebre el Estado Mexicano con aprobación del Senado de la República, serán la ley Suprema de la Unión; tal y como se plasma en el artículo 133, es de suma importancia que el criterio sea uniforme, es por eso, que no avalamos la reforma que se le realizó a la Ley General de Salud en su artículo 474 el cual nos dice:

“Las autoridades de seguridad pública, procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones de las entidades federativas, conocerán y resolverán de los delitos o ejecutarán las sanciones y medidas de seguridad a que se refiere este capítulo, cuando los narcóticos objeto de los mismos estén previstos en la tabla, siempre y cuando la cantidad de que se trate sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil...”

La opinión que se vierte sobre esta reforma, es que se crea es una incertidumbre jurídica e inseguridad social, porque las policías locales y federales no trabajan con un criterio unificado y por tal cuestión, sabemos que en muchas situaciones de estas, los narcomenudistas, laboran bajo la protección de algún jefe de la policía local, lo que genera aún más violencia entre los distribuidores, en donde mucha gente ajena a este tipo de conflictos, se ha visto involucrada en fuegos cruzados.

Por otra parte el ex presidente de la Comisión Interparlamentaria Antimafia de Italia, Francesco Forgione nos comenta en un reportaje “Más bien creo que, como en

²¹⁸ MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit., p. 192.

el caso de México, las mafias pegan incluso cuando el Estado sí existe, pero es corrupto”.²¹⁹

Es aquí donde radica el verdadero problema de nuestras Instituciones, entonces si se les da esa potestad a las autoridades locales de investigar y juzgar estos delitos en cantidades menores de narcóticos, creemos que la impunidad se acrecentara.

Así mismo la ola de violencia y de corrupción policiaca se acrecentara mediante la implementación que existe de la denuncia anónima, porque en el caso de que una policía de carácter federal o una de carácter local, reciba el aviso de donde se vende droga, actuara de acuerdo a los intereses que represente.

Para Castellanos Tena los delitos de peligro son “cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado”.²²⁰

Desde este punto de vista, consideramos que existe una gran disyuntiva por parte del autor al referir la posibilidad de dañar o no el bien jurídico que protege la norma, en este sentido debemos cuestionarnos ¿Cómo es que el legislador determina el grado de peligrosidad al que es expuesto un bien jurídico, en el caso que nos atañe la salud pública? Pensamos que atiende a las costumbres de uso social y cultural de la sociedad, situación que con el aspecto de la globalización ha quedado obsoleta, así mismo, debemos tomar en consideración ¿Cuáles son las circunstancias que orillan a que una parte de la sociedad se inmiscuya en la situación del narcotráfico? De las que destacamos el aspecto económico como lo dice el ex presidente de la Comisión Interparlamentaria Antimafia de Italia Francesco Forgione “Una prueba del poder emulativo del narco es la cultura de los narcocorridos, canciones que exaltan las hazañas de los narcotraficantes como héroes casi comparados con santos, y muchas veces aceptados como parte del folclor local. Esto también existe en Italia, con la canción neomelodica napolitana. Pero esa cultura debe ser combatida a través de una información continua, cuidadosa, y a través de la educación. Al igual que en Italia, la

²¹⁹ revista “**M Semanal**” óp. cit., p. 15.

²²⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, óp. cit., pp. 173-174.

mafia, los narcos, son la otra cara de la globalización neoliberal, su rostro oculto, pero no puede haber una sin la otra. El gobierno debe abandonar la hipocresía sobre el origen del dinero”.²²¹

En este punto de vista encontramos algunas de las respuestas que buscamos para señalar que los delitos de peligro no nacen solamente del elemento voluntario del sujeto, sino que este es en muchas de las ocasiones estimulado, por situaciones que acontecen en una realidad social marginada, y por lo tanto, al carecer de medios informativos adecuados a su folklor, actúa de acuerdo a la información que recibe, aunado a esto a la falta de empleos con suficiente remuneración, que le permitan satisfacer de manera íntegra sus necesidades personales como son (Alimento, vestido, medicinas, vivienda, diversión, educación y trabajo remunerado de acuerdo al encarecimiento de las necesidades).

Por otra parte nos dice el ex presidente de la Comisión Interparlamentaria Antimafia de Italia, que existe hipocresía por parte del gobierno, en cuanto a que tiene el conocimiento de donde provienen las cantidades exorbitante de dinero que son producto del narcotráfico, situación que empobrece a un pueblo de manera educativa y por lo tanto se siguen preservando las austeridades con las que contamos hoy en día, si esta actitud no cambia por parte de nuestros gobernantes. Entonces ¿Cómo exigirle a una sociedad que tiene todo tipo de carencias que no se inmiscuya en situaciones de narcomenudeo? Porque el poder adquisitivo, solamente debe estar en manos de unos cuantos, y que no es el deseo propiamente de los grupos de poder, repartir de manera uniforme la riqueza en todos sus sentidos.

Por lo tanto a manera de conclusión establecemos que el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, se puede clasificar como un delito anormal, toda vez que en su descripción establece los elementos tanto normativos como subjetivos, también se puede clasificar como un tipo en blanco, en virtud de que se requiere para su adecuación típica, del reenvío a otros cuerpos normativos de diversa naturaleza

²²¹ revista “**M Semanal**”, óp. cit., p. 15.

jurídica a la propiamente penal y por último es de un resultado de peligro en virtud de que la naturaleza misma de la posesión del narcótico, pone en riesgo el bien jurídico protegido por la norma como lo es la salud pública, mas sin embargo, tratándose de narcomenudeo, es un tanto difícil poder precisar ¿Cuál es el fin último de la posesión del narcótico? El cual puede ser para producirlo, transportarlo, comercializarlo, suministrarlo de forma gratuita etc., situaciones que son difíciles de precisar mediante las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión en un sistema procesal acusatorio, en tanto que en un sistema procesal con tendencia inquisitoria prevalece el criterio circunstancial.

4.6 Características de los Sistemas Procesales Inquisitivo y Acusatorio.

Los siguientes puntos de la investigación, son parte importante de las propuestas que manejaremos en su momento, toda vez que la intención va encaminada hacia una contra reforma Constitucional a los artículos 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero, que garanticen el cumplimiento de una investigación y persecución de los delitos por parte de la Institución del Ministerio Público, mediante la acreditación de los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal.

Entre tanto, es de suma importancia por así considerarlo, establecer cuáles son las principales características que contienen los procesos inquisitivo y acusatorio, ya que a partir de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 18 de junio del 2008, se estableció dentro del primer párrafo del artículo 20 Constitucional, que el proceso penal será de orden acusatorio y oral, así como los principios que lo regirán.

Primeramente se establecen las características del Sistema Inquisitivo, así tenemos entonces que Luvín Guzmán dice que “La palabra Inquisición proviene del latín *inquisitio* que significa búsqueda, investigación”.²²²

En este sentido tenemos que toda conducta que es tipificada como delito, en una época y lugar determinado, por el sistema de gobierno que perdure, debe ser investigada, en el caso de nuestro país, la institución encargada de investigar y perseguir los delitos por mandato Constitucional, es la Institución del Ministerio Público, esto, en virtud de que el artículo 21 establece:

“La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función”.

Es decir, que el Agente del Ministerio Público, es el encargado de agotar todos los medios de investigación, que considere apropiados para probar la culpabilidad de un sujeto en un delito determinado, por ser este la parte acusadora en un proceso penal de acuerdo a lo dispuesto en la fracción V del apartado “A” del artículo 20 Constitucional y en lo que respecta a lo dispuesto por el artículo 16 párrafo tercero, del mismo ordenamiento legal, se debe acreditar solamente la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión, por lo que se puede decir que existe una discrepancia entre que si se debe probar la culpabilidad o solamente se debe tener la probabilidad de que el sujeto lo cometió o participo en su comisión.

Así tenemos que Colín Sánchez nos dice “Para la investigación del delito, en sus formas especiales de manifestación y para aplicar las sanciones pertinentes, se implementaron: el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, la audiencia, el Tribunal de la Acordada, tribunales especiales para juzgar a los vagos y muchos otros más”.²²³

²²² LUVIÍN GUZMÁN, David, revista “**Cárceles de la Inquisición Procesos y Tormentos**”, Ediciones del Antiguo Palacio de la Inquisición, México 2010, p. 4.

²²³ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 39.

Dentro del sistema inquisitivo solamente se habla de manera particular de tribunales, es decir, de órganos que se encontraban facultados para declarar el derecho, pero los cuales no limitaban sus funciones a esa simple tarea, sino que además, se encontraban investidos de facultades de investigar los delitos, porque en ellos recaían las funciones de procesamiento, de acusación y de ejecución de sanciones, situación que hoy en día, no es así, toda vez que el Ministerio Público por ser una institución dependiente del Poder Ejecutivo Federal y estar investido de autoridad y fe pública, es a quien se le encomienda la tarea sino la única, si la de mayor importancia, como lo es la investigación y persecución de los delitos, situación que deja mucho que desear respecto de la procuración de justicia e investigación de los delitos, toda vez que el legislador, se ha visto en la necesidad de ajustar la ley penal, de acuerdo a sus carencias de conocimiento técnico en la materia por parte de los elementos que laboran en la Institución del Ministerio Público, para realizar la indagación de los delitos, además de dotarlo de un imperio discrecional de actuaciones como son el solicitar de un juez penal, que le conceda el arraigo de una persona, el cateo de un domicilio y la intervención de comunicaciones, situación que se asemeja al sistema inquisitorial, ya que en ningún momento es informado el probable responsable de tales diligencias, sino hasta el momento en que ya fue ejecuta la medida solicitada.

Por otra parte Cipriano Gómez Lara nos dice que “El proceso inquisitorial es característico de los regímenes absolutistas anteriores a la revolución francesa. Aquí, el juez ejerce el poder que le ha sido transmitido o delegado por el soberano, sin ninguna limitación; además de ser el juzgador, es también un investigador con amplios poderes e inclusive un acusador”.²²⁴

Dentro del sistema procesal penal federal, quien ostenta esta facultad desde un punto de vista Constitucional, es el Ministerio Público durante la etapa de investigación del delito, en donde no existe la igualdad de fuerzas, entre la autoridad investigadora y el probable responsable de un delito o de su defensor, auxiliado del

²²⁴ GOMEZ LARA, Cipriano “**Teoría General del Proceso**”, 9ª edición, Editorial Oxford, México 1998, p. 53.

aspecto legal y jurisprudencial, toda vez que el artículo 16 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales señala que “Al expediente de averiguación previa únicamente tendrán acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido o su representante legal. La averiguación previa así como todos los documentos, independientemente de su contenido o naturaleza, y los objetos, registros de voz e imágenes o cosas que le están relacionados, son estrictamente reservados”.

Atendiendo a la literalidad de las palabras usadas por el legislador, no encontramos impedimento sólido, por el que no se le permita al acusado obtener copias de lo que se actúa durante esta etapa del procedimiento penal, más sin embargo, el mismo legislador en el penúltimo párrafo del dispositivo legal que se mencionó establece una sanción “Al servidor público que quebrante la reserva de la información de la averiguación previa o proporcione copia de los documentos que contenga, se le sujetara al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal que corresponda”.

Por lo que no se comparte este criterio establecido por el legislador, porque resulta ser una actuación eminentemente inquisitorial, al no facilitar los datos existentes dentro de la investigación al probable responsable, para que así pueda ejercer el Derecho de una defensa adecuada, actuación que vulnera uno de los Derechos fundamentales que tiene toda persona, como lo es la defensa adecuada. Situación que se justifica por el Ministerio Público, bajo el argumentando del sigilo de la investigación, situación que trasciende como un obstáculo, para hacer efectiva la defensa adecuada del acusado y que prevalece en un régimen absolutista y característico del proceso inquisitivo, por lo que discrepamos del siguiente criterio de jurisprudencia que se cita:

No. Registro: 178,055

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXII, Julio de 2005

Tesis: 1a./J. 52/2005

Página: 42

AVERIGUACIÓN PREVIA. EL ACCESO A SUS ACTUACIONES POR LAS PARTES LEGITIMADAS PARA ELLO, NO IMPLICA EL DERECHO A QUE SE LES EXPIDAN COPIAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES).

La fracción VII del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en beneficio de todo inculpado sujeto a un proceso penal el derecho a una defensa adecuada, lo cual implica que se le faciliten los datos que consten en aquél y que requiera para su defensa. Ahora bien, conforme a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de julio de 1996, mediante la cual se adicionó un párrafo cuarto a la fracción X del citado precepto constitucional, las garantías previstas en sus fracciones VII y IX, que en un principio sólo eran aplicables durante la tramitación del proceso penal, también fueron incorporadas a la averiguación previa, aunque limitándose a lo establecido en las leyes secundarias. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que las únicas personas que tendrán acceso a las actuaciones de la averiguación previa serán el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, en caso de que los hubiera, y establece que el funcionario que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación incurrirá en responsabilidad; **de donde se advierte que el Ministerio Público está impedido para otorgar dichas copias, lo cual es acorde con la garantía de defensa contenida en las fracciones VII y IX del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, en tanto que ésta dispone que tratándose de la averiguación previa, dicha garantía se otorgará con las limitantes, términos y requisitos que las leyes secundarias determinen, es decir, si bien es cierto que las partes tienen derecho a que se les proporcione toda la información que requieran para su defensa, también lo es que el hecho de que el Ministerio Público no pueda proporcionar copias -en aras de proteger la reserva de las actuaciones-, en nada restringe el aludido derecho, pues aun cuando no se les proporcionen copias, el referido artículo 16 prevé que podrán tener acceso a las actuaciones de las que se podrán tomar todos los datos que estimen indispensables.** De manera que si la fracción VII, apartado A, del artículo 20 constitucional no exige que los datos solicitados por el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, para preparar su defensa y que consten en la averiguación o en el proceso, sean pedidos precisamente por escrito y ministrados en forma de copias simples o certificadas, basta que el expediente respectivo sea puesto a la vista de las partes para que puedan consultarlo.

Contradicción de tesis 150/2004-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito. 4 de mayo de 2005. Mayoría de tres votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Tesis de jurisprudencia 52/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha cuatro de mayo de dos mil cinco.

Otra de las características de esta clase de proceso, es en lo que se refiere a la denuncia, ya que Luvín Guzmán señala que “Esta actividad podemos considerarla como la base del procedimiento inquisitorial. La denuncia no podía ser anónima y se necesitaban varias y fidedignas acusaciones antes de que el Tribunal iniciara proceso en contra de un individuo. Cuando al detenido se le leían los cargos que el Santo Tribunal le imputaba, nunca se le informaba quienes eran sus acusadores, se omitía todo indicio para que pudiera identificarlos”.²²⁵

En todo procedimiento de orden penal con tendencia inquisitorial o acusatorio, siempre se hace uso de la denuncia o querrela, y en el caso específico del sistema inquisitorial, la denuncia fue anónima para los acusados y no así para el tribunal del Santo Oficio, así mismo se recababan varias denuncias, sin informar al acusado quienes eran las personas que deponían en su contra, situación que en la actualidad se da en los delitos contra la salud, donde se hace uso de la denuncia anónima, es decir, que en muchos de los casos los acusados por esta clase de delitos, desconocen a las personas que los incriminan, toda vez que hemos detectado, que cuando las personas han sido detenidas por la posesión de algún narcótico, ha sido mediante los denominados operativos de rutina, siendo que lo que en realidad hacen es un cateo, sin previa orden emitida por un juez penal, en donde a los consumidores les han encontrado determinadas cantidades de narcóticos y los han puesto a disposición del Ministerio Público, bajo la sospecha de que la posesión del narcótico es con la finalidad de comercio.

²²⁵ revista “**Cárceles de la Inquisición Procesos y Tormentos**”, óp. cit., pp. 17-20.

Las características fundamentales del sistema inquisitorial, como son la denuncia anónima, la secrecía de las actuaciones de la investigación hacia el inculpado, al no facilitarle la obtención de los medios probatorios recabados en su contra, son cuestiones que en la actualidad se siguen dando, dentro del procedimiento penal federal en México.

Ahora bien, toca el turno de establecer las características que se consideran como las más relevantes del proceso acusatorio.

Para Colín Sánchez “En la actualidad, ha sido adoptado por aquellos países organizados bajo el régimen democrático y sus características son las siguientes:

“Los actos procesales de acusación, defensa y decisión, no se ejercen por una sola persona, se encomiendan a sujetos distintos: los actos de acusación, los encomienda el Estado al Ministerio Público, los actos de defensa al inculpado, ya sea por sí, o por medio de un defensor que lo representa, defensor que puede ser un particular, o designarlo en su nombre el Estado, es el llamado defensor de oficio, y los actos de decisión, a la persona física juez, magistrado, etc.”²²⁶

Nos llama la atención lo expresado por el autor, al referir que el proceso acusatorio, es el adoptado por aquellos países organizados bajo el régimen democrático. Situación que nos lleva a pensar que entonces hemos vivido en nuestro país, bajo el engaño de una democracia, toda vez que hasta junio del 2008, se establece de forma expresa en la Constitución que el proceso en materia penal, será acusatorio y oral, en donde la parte acusadora tendrá la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del acusado, por lo que se da inicio en sentido literal con la organización democrática del país, es decir, que la Constitución Política Mexicana que emerge del movimiento revolucionario de 1910 y el cual se ve plasmado en la Constitución Mexicana de 1917, no fue sino un vil engaño en el que hemos vivido

²²⁶ COLÍN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 89.

durante aproximadamente noventa y un años, en donde prevaleció un régimen absolutista como el sistema de proceso con tendencia inquisitorial.

En el mismo tenor de ideas nos dice Miguel Carbonell “Aunque pocas veces se les suele asociar, la democracia y el sistema penal guardan una estrecha relación. Basta revisar la historia de muchos regímenes autoritarios para percatarse de que el sistema penal ha sido utilizado durante siglos como una herramienta para evitar el avance democrático y para mantener la estructura necesaria para el ejercicio autoritario del poder”.²²⁷

Mediante esta opinión se corrobora lo que se expuso, ya que la Constitución de 1917, establece desde el inicio de su vigencia, la implementación de un régimen absolutista, en donde todo se contempla de forma implícita, en su parte dogmática, lo cual generó una costumbre arbitraria por parte de las Instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia en materia penal, al realizar una supuesta simulación del Derecho a una defensa adecuada, la cual de cierta forma se considera simulada y que ha sido subsanada mediante las diversas reformas que se le han hecho a dicho ordenamiento legal, en los artículos donde se garantiza la seguridad jurídica de los individuos.

Actualmente en la Constitución Federal y mediante las reformas del 18 de junio de 2008 se implementó en el artículo 16 párrafo octavo la medida cautelar del arraigo, en donde sin previo aviso ni oportunidad de defensa alguna por parte del imputado, el Ministerio Público, puede solicitarla de acuerdo a sus facultades de autoridad investigadora del delito. Elías Polanco dice que el arraigo consiste en la “Medida cautelar decretada por un órgano judicial a petición del Ministerio Público por motivo de una indagatoria, para asegurar a una persona en determinado lugar, cuando exista temor que se ausente...”²²⁸.

²²⁷ CARBONELL, Miguel, et. al., “¿Qué son y para qué sirven los Juicios Orales?”, 6ª edición, Editorial Porrúa, México 2010, p.5

²²⁸ Voz, Arraigo, “Diccionario de Derecho de procedimientos penales, voces procesales”, voz, POLANCO BRAGA, Elías, Miguel Ángel Porrúa, México 2008, p. 21.

Esta figura es propia de un sistema inquisitorial y no de índole acusatorio, toda vez que en este último sistema procesal, debe prevalecer el principio de inocencia, el cual consiste en que toda persona debe ser considerada inocente, hasta que se demuestre mediante pruebas fidedignas que es culpable de una conducta, que se encuentra tipificada como delito, por lo que si dicha medida cautelar prevalece vigente en la Constitución en su artículo 16 párrafo octavo, se considera que entonces no se habla de un sistema acusatorio pleno, sino más bien de una simulación de un sistema acusatorio, en virtud de que se arrastran vicios del sistema inquisitivo, como lo es el privar de la libertad a alguien, sin previa prueba que acredite que el indiciado lo cometió o participo en su comisión y solamente se hace uso de meras sospechas, para solicitar dicha medida cautelar.

Gómez Lara nos comenta que dentro del sistema acusatorio “El juez es un mero espectador pasivo de la contienda, su papel se contrae a vigilar que las reglas del juego se cumplan. Una vez desenvuelta la contienda, dicta su resolución determinando a quien le corresponda la razón jurídica...El juez debe ser imparcial, absolutamente imparcial, ante las partes, y esa imparcialidad es la mejor garantía de igualdad de las partes frente al Estado”.²²⁹

Esta misma situación se aprecia en el sistema con tendencia inquisitorial, que se ha mantenido vigente a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política Mexicana de 1917, en donde en su artículo 49 establece la división de poderes de manera formal, en tanto que en el aspecto práctico, se aprecia que tanto el Poder Ejecutivo, quien a través de la Procuraduría General de la República, es el encargado de investigar y perseguir los delitos y el Poder Judicial de la Federación, han tenido que solicitar al Poder Legislativo que flexibilizara la Constitución en cuanto a los requisitos para la acreditación de los datos que integran el tipo penal, en virtud de que los investigadores de delitos eran y siguen siendo incapaces de realizar dicha labor, mientras tanto, el Poder Judicial de la Federación, ha tenido que subsanar deficiencias del Ministerio Público, respecto de los medios de prueba insuficientes

²²⁹ GOMEZ LARA, Cipriano, óp. cit., p. 54.

para acreditar elementos integrantes del tipo penal como los subjetivos específicos, en donde se da prioridad a la prueba circunstancial, para así dar por acreditado un elemento subjetivo específico que forma parte integrante del tipo penal de la posesión de narcóticos con fines de comercio.

En este sentido, la adopción del sistema del proceso penal acusatorio y oral en México, ha sido implementado mediante las diversas figuras de jueces, Tribunales y salas del Tribunal Superior de Justicia, así tenemos como ejemplo: que en Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México en su artículo 187 señala que “La función jurisdiccional en materia penal se ejerce por:

- I. Jueces de control;
- II. Jueces de juicio oral;
- III. Tribunales de juicio oral;
- IV. Jueces ejecutores de sentencia; y
- V. Salas del Tribunal Superior de Justicia”

A manera de referencia, el sistema procesal acusatorio que se implementó en Colombia, establece en su artículo 371 del Código Procesal que “Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso”.²³⁰

Para formular una acusación, el fiscal o Ministerio Público en México, deben plantear las posibles hipótesis que generaron la conducta delictiva, mediante una sistematización de los medios de prueba recabados, para que así puedan presentar ante el Juez, la acusación por el delito que se le pretende atribuir alguna persona.

Por lo que Pastrana Berdejo nos dice que la teoría de caso “...tiene un significado mayor, al dotarle a las partes de un análisis estratégico del proceso; ordenando y

²³⁰ <http://www.legislación.colombiana.com>, 30 de julio 2010, 18:00 horas.

clasificando la información; adecuando los hechos al tipo penal y tener los argumentos básicos para tomar decisiones importantes”.²³¹

Es decir, que el Fiscal o Ministerio Público en el caso de México, debe realizar un análisis teórico y probatorio, respecto de la información obtenida a base de la investigación que realiza de la conducta delictiva, para así poder adecuar los hechos al tipo penal, para que al momento de argumentar la acusación ante un Juez, pueda decidir si es oportuno o no realizar la acusación, por el delito que resulte de las pruebas recabadas, y si estas son las idóneas, para acreditar la comisión del autor del delito o su posible participación en este.

En este tenor de ideas, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México en su artículo 289 párrafo primero establece que “El ministerio público podrá formular la imputación cuando considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”.

Aquí se pueden señalar dos aspectos fundamentales respecto del actual proceso penal acusatorio; la primera consiste en que habrá delitos en los que las partes puedan negociar el resarcimiento del daño ocasionado al bien jurídico tutelado por la norma, sin necesidad de que el Ministerio Público de intervención alguna al Órgano Jurisdiccional; la segunda que el Ministerio Público considere que los medios de prueba recabados son los suficientes e idóneos para la formulación de la acusación del delito de que se trate y dar la intervención oportuna al Órgano Jurisdiccional.

Las mismas reglas deberán ser implementadas llegado el momento, en el proceso penal federal, toda vez que la Constitución en su artículo segundo transitorio del 18 de junio de 2008, refiere que la reforma penal integral del sistema acusatorio, no debe exceder del plazo de ocho años a partir del día siguiente de la publicación del decreto.

²³¹ PASTRANA BERDEJO, Juan David, et. al., “**El Juicio Oral Penal**”, Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V., México 2009, p. 137.

Ante tales situaciones concluimos que tanto en el sistema de procedimiento penal tradicional en México con tendencia inquisitorial, como en las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio del 2008, se siguen contemplando actuaciones con tendencia inquisitorial, como la medida cautelar del arraigo durante la etapa de investigación, por lo que se viola flagrantemente el principio de inocencia el cual se contempla dentro de la Constitución de forma expresa en el artículo 20 apartado “B” fracción I, así mismo aun y cuando el proceso penal federal, establece la división de poderes, en donde el Ejecutivo por conducto de la Procuraduría General de la República es el encargado de investigar y perseguir los delitos, el Poder Judicial Federal, subsana la insuficiencia probatoria aportada por el órgano investigador para acreditar determinados elementos integrantes del tipo penal como pueden ser los subjetivos específicos, a través de la denominada prueba circunstancial, la cual se considera con un medio de prueba indirecto e inquisitivo.

4.7 Principios del Proceso Penal Acusatorio.

“En el mes de marzo del año 2004, el Ejecutivo Federal envió al órgano legislativo un paquete integral de reformas a diversos ordenamientos, de manera particular a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que busca impactar el diseño que ha regido en el país y en las entidades federativas, con relación a la seguridad pública y la procuración y administración de justicia”.²³²

Esta iniciativa de reforma que se gestó en el mes de marzo de 2004, rindió sus frutos mediante la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del 18 de junio del 2008, en donde se reformaron diversos artículos de nuestra máxima ley, pero de manera concreta se estableció en el artículo 20 del ordenamiento legal en cita, que el sistema de proceso penal será acusatorio y oral, así mismo se estableció en el apartado “A” del mismo precepto

²³² GABRIEL TORRES, Sergio, et. al., “**Principios Generales del Juicio Oral Penal**”, Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V., México 2006, p. 9.

legal, los principios que rigen a este proceso como el de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Cabe mencionar que con anterioridad a la aprobación de esta reforma, algunos Estados del país ya habían implementado el proceso penal acusatorio y oral, tal es el caso en particular del Estado de Chihuahua, que en fecha 09 de agosto del 2006, expide su nuevo Código de Procedimientos Penales, el caso de Oaxaca que en el mismo año que Chihuahua implementa este sistema de proceso y recientemente en la gaceta de gobierno del 9 de febrero de 2009, el Estado de México implementa paulatinamente en sus diversos Distritos Judiciales, el sistema acusatorio.

4.8 Principio de Oralidad.

Consideramos apropiado iniciar con el estudio de este principio, en virtud de que este nuevo sistema de proceso penal, debe ser implementado en todas las Legislaciones de los Estados, del Distrito Federal y de la Legislación Penal Federal, toda vez que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo segundo transitorio, de la Constitución Federal del 18 de junio de 2008, entrara en vigor, cuando la legislación secundaria lo establezca, sin exceder el plazo de ocho años, a partir del día siguiente de la publicación de este decreto.

Estos principios nos dice Pastrana Berdejo se dividen en dos "a) principios vinculados con la actividad probatoria; y, b) principios referidos al desarrollo en si del Juicio Oral. Así, técnicamente la oralidad consiste en la utilización del sistema de signos fonéticos (lenguaje oral), siendo sus ventajas una mayor facilidad de emisión, una mayor potencia expresiva y la ineludible inmediación entre emisor y receptor, con la consecuente posibilidad de que dichos signos fonéticos sean acompañados por acciones".²³³

²³³ PASTRANA BERDEJO, Juan David, et. al., óp. cit., pp. 62-63.

Consideramos que la subdivisión que realiza el autor es oportuna, toda vez que en el segundo de los incisos, en donde se refiere a los principios del desarrollo en sí del juicio oral, son dos cuestiones diferentes de manera sustancial, al señalar que existen principios vinculados con la actividad probatoria, la cual estará a cargo primeramente de la parte acusadora, ya que de manera muy general, la Constitución Federal refiere, que el proceso penal será acusatorio y oral, lo cual quiere decir, que en todas las etapas del proceso penal, prevalecerá la oralidad sobre la escritura, para obtener una mayor facilidad de emisión, una mayor potencia expresiva y la ineludible inmediación entre emisor y receptor, es decir, que se confiara más en los estado anímicos o psicológicos de las partes, que en el aspecto frívolo de la escritura.

Por otra parte, tenemos que Gabriel Torres nos dice que "...la oralidad no es sino una aplicación del principio general de la originalidad de las pruebas; no es otra cosa que la perfección formal de la originalidad con respecto al testimonio de una persona, dado que por naturaleza, la palabra es la expresión natural y originaria del pensamiento humano".²³⁴

En este sentido el autor nos lleva a invocar un criterio de jurisprudencia que citaremos a continuación, en cuanto a que se hace referencia a lo que se ha denominado como el principio de inmediatez, el cual aplica a lo expuesto por las partes en conflicto, en el momento más cercano a los hechos acontecidos y además que nos ayudara a no confundirlo con el principio de inmediación, toda vez que este último se referirá a la presencia del Juez y a la apreciación de los medios probatorios.

No. Registro: 209,212
Jurisprudencia
Materia(§): Común
Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
86, Febrero de 1995
Tesis: VII.P. J/48
Página: 43.

²³⁴ GABRIEL TORRES, Sergio, et. al., óp. cit., p. 30.

INMEDIATEZ. PRINCIPIO DE, QUE DEBE ENTENDERSE POR.

Lo que se ha dado en llamar principio de inmediatez significa que **merecen mayor crédito las declaraciones producidas a raíz de los hechos**, pero no quiere decir que el juez natural deba estar siempre e ineludiblemente atado a la primera manifestación que haga un testigo so pretexto del aludido principio, ya que puede ocurrir lo contrario cuando los elementos de prueba existentes en el sumario, debidamente relacionados entre sí, lo permitan desde un punto de vista lógico y jurídico.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

En este sentido, tenemos que lo expuesto por el autor respecto a la originalidad de la prueba, como lo refiere es acertado, toda vez que se apoya con el criterio jurisprudencial, que señala que merecen mayor crédito las declaraciones producidas a raíz de los hechos, sin embargo, esta situación no obliga al juzgador a que se cree una convicción plena en su análisis de los hechos acaecidos, pero si consideramos que tiene mayor facilidad en un juicio oral, de poder apreciar el comportamiento de los sujetos que impulsan su intervención.

Para Elías Polanco el Procedimiento Oral es “Aquel en el que en las actuaciones procesales predomina la palabra hablada sobre la escritura, acompañada y auxiliada, primordialmente de los principios de: inmediación, presencia física del juzgador con las partes y terceros, la concentración de los actos procesales, el de igualdad, el de contradicción y el de economía procesal”.²³⁵

Hace énfasis en el predominio de la palabra, en la práctica de actuaciones, y señala que esta no se encuentra sola, toda vez que es acompañada y auxiliada de los principios de inmediación, de concentración, de igualdad, de contradicción y de economía procesal, lo que nos lleva a deducir que estos principios, son derivados del predominio oral de las actuaciones, y que por lo tanto, la oralidad del proceso penal sin el acompañamiento o auxilio de dichos principios, quedaría hueca.

Por lo que se concluye que la oralidad en un proceso penal acusatorio, es aquel en donde existe predominio de la palabra, sobre la escritura en la práctica de

²³⁵ Voz, Procedimiento Oral, óp. cit., voz, POLANCO BRAGA, Elías, p. 163.

actuaciones y que este, no puede valerse por sí mismo, sin el acompañamiento o el auxilio de los principios de concentración, de igualdad, de contradicción y de economía procesal.

4.9 Principio de Publicidad.

Nos dice Miguel ángel Aguilar López que este principio “Implica el control de la sociedad civil de las garantías del procedimiento y de la naturaleza de los fallos jurisdiccionales. Este principio cuestiona el secreto, la falta de participación del imputado en los actos del procedimiento, la imposibilidad de la asistencia del público a las audiencias y la escritura como modo de trasmisión de conocimiento válido para fundar la sentencia”.²³⁶

Debemos recordar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 39 establece “Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este”, por lo que el Poder Judicial, fue instituido por el pueblo para que imparta la justicia en beneficio de este, y por lo tanto, este tiene el inalienable Derecho, de estar presente en toda audiencia en la que se le impute alguno de sus miembros, la comisión de una conducta, que el legislador como representante directo del pueblo establece como delito, y por lo que el miembro de esa sociedad, debe ser juzgado públicamente ante sus semejantes, para que exista constancia pública, de que la persona que fue sujeto de un proceso penal fue juzgado de manera imparcial y que se le dio la oportunidad de defenderse de la acusación que se le hace.

Por su parte Oronoz Santana nos indica que para que “...se logre una verdadera justicia, el proceso debe realizarse frente a la comunidad, apreciando los ciudadanos cómo los funcionarios judiciales, desarrollando su actividad lo hacen de conformidad

²³⁶ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “**Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio**”, 2ª edición, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A.C., México 2009, p.113.

con las normas procesales, observando desde el mismo momento en que se formule la acusación, hasta la sentencia misma”.²³⁷

En este sentido consideramos que efectivamente, el pueblo debe conocer cómo los funcionarios judiciales, desarrollando su actividad lo hacen de conformidad con las normas procesales bajo los cuales se regir el órgano jurisdiccional, pero además es de suma importancia, que a los ciudadanos se les trate de dar una breve explicación del aspecto sustantivo del Derecho penal, ya que será este el que se aplique y no la regla procesal, la cual sirve de guía solamente para llegar a un fin que debe ser el conocimiento de una verdad histórica de los hechos y no una verdad meramente procesal, a través de medios de prueba indirectos, cuando por conducto de los medios de prueba directos no se logre hacer.

De acuerdo con Polanco Braga, el Principio de Publicidades la “Concesión dada al pueblo de presenciar las audiencias de desahogo de pruebas y de alegaciones, para supervisar que el órgano jurisdiccional actúe con equidad y legalidad correspondiente”²³⁸

Establece que es una concesión dada al pueblo para presenciar el desahogo de pruebas y de alegatos de las partes que intervienen de manera directa en la litis, postura con la que existe discrepancia, en virtud de que la palabra “concesión” de acuerdo con el diccionario Larousse significa “Privilegio, derecho que se obtiene del Estado para una explotación”, es decir, que el Estado es el que otorga el permiso de que el pueblo pueda presenciar las audiencias, siendo que es un Derecho inherente al poder que otorga el pueblo a las instituciones públicas, toda vez que estas, son creadas para beneficio de este, porque a partir del poder que dimana del pueblo es que se tiene el Derecho a presenciar las audiencias públicas, tal y como lo establece el artículo 39 de la Constitución, al señalar que todo poder dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este.

²³⁷ ORONoz SANTANA, Carlos, Mateo, “**El Juicio Oral en México y en Iberoamérica**”, 2ª edición, Cárdenas Blasco Editores, México, D.F., 2006, p. 157.

²³⁸ Voz, Principio de Publicidad, óp. cit., voz, POLANCO BRAGA, Elías, p. 161.

Concluimos que el principio de publicidad, consiste en que todo el pueblo, tiene el inalienable Derecho de estar presente en los procesos que se instruyan en contra de alguno de sus miembros, y por ende, es un Derecho de los acusados para que ejerzan su defensa de manera libre y no sé de coacción alguna en su persona, por parte de las autoridades encargadas de juzgar los hechos que se le atribuyen como delito, los cuales se deberán apegar a los lineamientos previamente establecidos en las leyes procesales.

4.10 Principio de Contradicción.

En este principio es en donde verdaderamente debe radicar el cambio de implementar el juicio oral a nuestro sistema de justicia que tenemos en la actualidad en materia penal, toda vez que como se ha visto, la etapa de investigación del delito de acuerdo al sistema escrito, es la etapa procesal en donde menos opera este principio, esto en virtud, de que los Agentes del Ministerio Público, se ven en algunas ocasiones presionados por sus superiores a realizar una consignación con la insuficiencia de pruebas, para acreditar la probable responsabilidad del imputado; y en otras, por la falta de costumbre de realizar investigaciones de campo, para así poder determinar la situación jurídica de la persona a la que se le imputa algún delito. Además de que al imputado se le vulnera flagrantemente el principio de inocencia, al no valorarse en la mayoría de los casos, los medios de prueba aportados para su defensa, dejando esta labor en manos del Juzgador.

Respecto a este principio Pastrana Berdejo nos señala que "...la misma supone la posibilidad que tienen las partes llámense Fiscal y defensa del acusado para sustentar sus planteamientos mediante la aportación de pruebas, de discusión o debate sobre las mismas y de la argumentación final o alegatos que pudieran sostener previo a la decisión final del juzgador".²³⁹

²³⁹ PASTRANA BERDEJO, Juan David, et. al., óp. cit., pp. 65-66.

De acuerdo a esta opinión, las partes en un conflicto de naturaleza penal, son el fiscal o Ministerio Público en el caso de nuestro marco legal; y la defensa del acusado, la cual puede realizarse por sí mismo o por un abogado, de acuerdo a la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de junio de 2008, ya no es admisible la persona de confianza, lo cual garantiza una defensa adecuada por persona que se encuentre debidamente facultada y autorizada por el Estado para ejercer profesionalmente la licenciatura en Derecho o de Abogado.

Por otra parte nos refiere el autor en su comentario, que tanto el fiscal como la defensa, sustentaran sus planteamientos mediante la aportación de pruebas, de discusión o debate sobre las mismas ante el Juez, para que este aprecie y valore de acuerdo al principio de inmediatez si existe o no una conducta tipificada por la ley como delito, mas sin embargo, y a manera de referencia, el artículo 6º apartado “B” fracción II de la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, publicada en la Gaceta de Gobierno de la entidad en fecha 20 de marzo de 2009, se establece que el Ministerio Público, en lo referente a la averiguación previa y a la actuación del mismo, contara con la fe pública respecto de sus actuaciones, situación que vuelve a dejar en desventaja al imputado y su defensa, porque al darle esta atribución al Ministerio Público, el Juez dará por verdad legal, los medios de prueba que le presente para sustentar la acusación lo cual es característico del sistema con tendencia inquisitorial que actualmente aplica a nivel federal.

En cuanto al principio de contradicción señala Gabriel Torres que “El Juicio Oral Público, contradictorio y continuo se manifiesta entonces como el modo más natural para poder captar y descubrir la verdad real sobre el hecho delictivo que se presume cometido y que ha motivado la investigación. Este principio impone que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos”.²⁴⁰

²⁴⁰ GABRIEL TORRES, Sergio, et. al., óp. cit., pp. 31-49.

En cuanto al primer punto que establece el autor, al señalar que es el modo más natural para poder descubrir la verdad real sobre el hecho delictivo, dentro de la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia del 2008, no sucede de esta manera, toda vez que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 20 apartado "A" fracción I, el objeto del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se reparen los daños, mas no descubrir la verdad real sobre el hecho delictivo, por otra parte, el Derecho de defensa contradictoria, jamás podrá ser respetado, al dotar de fe pública las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público, porque desde que se le otorga dicha atribución a sus actuaciones, se habla entonces de una verdad legal y no de una verdad real sobre el hecho delictivo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6º apartado "B" fracción II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México.

Por otra parte la defensa tiene en todo momento el inalienable Derecho de contraponer una resistencia a la acusación que se le formula al imputado quien a su vez, debe probar que la conducta final, era distinta a la que refieran sus detractores, y es aquí en donde consideramos que para que el Ministerio Público determine si formula o no la acusación, debe contar con elementos de prueba contundentes y ajustados a un orden jurídico científico y no limitarse a simples deducciones de hechos apreciados por los sentidos.

De manera más concreta, Polanco Braga nos dice que el Principio de Contradicción es la "Oportunidad concedida por el juzgador a la parte procesal de ser oída respecto a la pretensión o promoción de la otra parte, para que la refute, aclare o impugne, integrándose con sus respectivas argumentaciones dos posiciones que integran el debate".²⁴¹

Efectivamente dentro del sistema de proceso con tendencia inquisitorial que aun aplica a nivel federal, el juzgador da esta oportunidad al probable responsable, al

²⁴¹ Voz, Principio de Contradicción, óp. cit., voz POLANCO BRAGA, Elías, p. 158.

momento en que es puesto a su disposición, y poder tomarle su declaración preparatoria de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 154 del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que respecta al sistema procesal acusatorio y adversarial, se debe considerar que en todo momento opera el principio de inocencia, por lo que desde el momento en que una persona es sujeta de una investigación de carácter penal, opera dicho principio en su favor, pero al momento en que se le otorgue al Ministerio Público Federal la Fe Pública de sus actuaciones que realice dentro de la investigación, existirá la presunción por parte del Juzgador de establecer una verdad legal, mas no una verdad real del hecho delictivo, y por lo tanto, se sigue dando la desigualdad procesal entre las partes.

Por lo que a manera de conclusión, establecemos que el principio de contradicción, es aquel que consiste en que la parte acusada o imputada, tiene el Derecho de presentar los medios de prueba que demuestren su inocencia de los hechos que le son imputados como delito, siempre y cuando existe una verdadera igualdad procesal ante los medios probatorios que aporte la parte acusadora, para sustentar la acusación, ya que como en el caso de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, si se dota al Ministerio Público Federal de nueva cuenta de Fe Pública, respecto de sus actuaciones realizadas en la investigación, existirá una verdad legal del hecho delictivo y no real como se pretende dentro de un sistema acusatorio y adversarial.

4.11 Principio de Concentración o Continuidad.

Gabriel Torres nos refiere de manera indistinta este principio, en virtud de que señala que “Tal regla se traduce en la realización del debate en una sola audiencia, o de no resultar posible, en la menor cantidad de audiencias consecutivas y con la mayor proximidad temporal entre ellas, de manera de evitar que el transcurso del tiempo borre la imprecisión que el juzgador pueda formarse en relación al acusado y

los actos del debate que se hayan realizado, que la memoria del Juez le juegue una mala pasada y que tal proceso sea desarrollado por un mismo magistrado”.²⁴²

Frente a este principio, consideramos que será otro de los retos a vencer por parte del Poder Judicial de la Federación y de los Estados, sobre todo de estos últimos, principalmente de aquellas entidades, en donde se tiene un alto índice de criminalidad en delitos del fuero común, como el Distrito Federal o el Estado de México, en donde anualmente se llegan a las 290 o 300 causas por año.

Por otra parte Aguilar López nos dice que el principio de concentración “es el principio por el cual se tiende a reunir en un solo acto determinadas cuestiones, lo que se plasma principalmente durante el juicio oral cuando el conocimiento integral del caso se hará sin prolongar inútilmente el debate y se terminará oportunamente”.²⁴³

En este sentido, se pretende reunir en un solo acto, determinadas cuestiones, así por ejemplo, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, divide en cuatro etapas el proceso penal: la primera que es la de investigación o etapa preliminar; la segunda que se denomina etapa intermedia o de preparación del juicio oral; la tercera que es la etapa propiamente del juicio oral y la cuarta que es la ejecución de sentencia. Por otra parte la Ley Orgánica del Poder Judicial de dicha entidad en su artículo 187 precisa que la función jurisdiccional en materia penal se ejercer por: I. Jueces de control; II. Jueces de juicio oral; III. Tribunales de juicio oral; Jueces ejecutores de sentencia; y V. Salas del Tribunal Superior de Justicia, cada uno de estos jueces conocerán de cada una de las etapas que se establecen en el Código adjetivo de la materia, mientras tanto, en el sistema del proceso penal federal, solamente se habla de dos etapas como son: la averiguación previa o investigación y la del proceso penal federal, misma que es subdividida por el artículo 4º del mencionado ordenamiento, en cuatro etapas que son: la preinstrucción, instrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación.

²⁴² GABRIEL TORRES, Sergio, et. al., óp. cit., p. 45.

²⁴³ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “**Presunción de Inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio** óp. cit., p. 113.

Así tenemos por ejemplo que Juan David Pastrana Berdejo nos sintetiza el proceso oral en Colombia “La fase de juzgamiento se inicia, con la presentación del escrito de acusación por parte del Ministerio Público. Dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito de acusación, el Juez de conocimiento fija día y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, la cual finaliza con la determinación de la fecha para adelantar la audiencia preparatoria, la que tendrá que realizarse en un término no inferior a quince ni superior a treinta días, siguientes a la realización de aquella. Concluida la audiencia preparatoria, dentro de los treinta días siguientes se lleva a cabo el Juicio Oral que finaliza con el anuncio del sentido del fallo”.²⁴⁴

En este sentido tenemos de manera muy especificada, cómo se trata de implementar el principio de concentración del juicio oral penal, en el que nosotros apreciamos un breve lapso de los tiempos que transcurren entre un acto procesal y otro, así tenemos que una vez presentada la acusación por parte del Ministerio Público en Colombia, el juez dentro de los tres días siguientes a dicha presentación debe fijar día y hora para la celebración de la audiencia de acusación, de manera un tanto genérica, pero dando cumplimiento con el citado principio, el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua en su artículo 6º párrafo segundo nos señala que:

“Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales del proceso deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén las Constituciones Federal y Local, los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano y las leyes que de aquellas emanen”.

Es más apropiado como lo acopia el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua, en virtud de que se establece en el dispositivo legal transcrito, de que toda autoridad que intervenga en los actos iniciales del proceso, deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente sus derechos entre los que encontramos

²⁴⁴ PASTRANA BERDEJO, Juan David, et. al., óp. cit., p. 361.

el saber en qué consiste la acusación que se formula en su contra, situación que no acontece así en Colombia dentro del proceso penal acusatorio, en virtud de que nos refiere Juan David Pastrana, que dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito de acusación, el juez del conocimiento fija día y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación.

Situación que rompe con el principio de concentración que rige dentro de un proceso penal oral, lo cual no sucede así, de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al señalar a toda autoridad que intervenga en los actos iniciales del proceso, motivo por el que deberán de velar porque el imputado conozca lo más pronto posible la acusación que se entabla en su contra.

Por otra parte Miguel Ángel Aguilar, nos hace una distinción entre el principio de concentración y el principio de continuidad al referirnos que por este último se debe entender “La presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el Juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales previstos en la ley”.²⁴⁵

En cuanto a esta distinción del principio de concentración con el de continuidad, precisamos que se limita propiamente a lo que se le denomina el juicio oral, situación que no se contempla en el principio de concentración, toda vez que este último y de acuerdo a los diferentes puntos de vista que hemos analizado, la concentración abarca todas las etapas procesales de las que se compone un proceso penal oral y acusatorio, siendo que el principio de continuidad, se refiere solamente a la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate que se lleven a cabo ante el juez de juicio oral, por lo que no se deberá interrumpir dicha secuencia, salvo casos excepcionales establecidos en la ley.

²⁴⁵ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio” óp. cit., p. 115.

De esta manera concluimos que el principio de concentración se refiere a que se deben llevar a cabo todas las etapas procesales como lo es la investigación, la acusación, el juicio oral y la emisión de sentencia en el menor tiempo posible.

Por otra parte el principio de continuidad hace referencia de forma específica a la ininterrupción de la audiencia del juicio oral, en donde se presentaran, desahogaran todas las pruebas que las partes presenten para lograr su cometido y se emitirá la sentencia por parte del juez, todo esto en un solo momento, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 Constitucional respecto a que la impartición de justicia debe ser pronta y expedita.

4.12 Principio de Inmediación.

Polanco Braga señala que el Principio de Inmediación es la “Disposición que exige el contacto directo y personal del juzgador con las partes y los terceros en lo concerniente a la práctica de las pruebas, los alegatos en forma oral, además con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial”.²⁴⁶

Este es uno de los principios que deberá tener muy presente el juzgador al momento en que tenga conocimiento de manera específica, cuando se trate de delitos contra la salud, en donde se requiera acreditar algún elemento subjetivo específico que contemple la descripción del tipo penal, mediante la prueba indirecta como la circunstancial, esto en virtud de que el principio de inmediación como lo establece el autor, consiste fundamentalmente, en el contacto directo y personal del juzgador con las partes y los terceros en lo concerniente a la práctica de las pruebas, así como los alegatos en forma oral, pero sobre todo, con todo el material del proceso existente de forma objetiva, que acredite el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio.

²⁴⁶ Voz, Principio de Inmediación, óp. cit., voz POLANCO BRAGA, Elías, p. 159.

Esta situación se sustenta mediante los siguientes criterios de jurisprudencia que se denominan como la prueba circunstancial y prueba indiciaria.

Tesis de Jurisprudencia 275 y 276
 Tomo II, diciembre de 1995
 Página 200.
 Semanario Judicial de la Federación:
 Novena Época
 Primera Sala de la SCJN
 Materia Penal.

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, VALORACIÓN DE LA. La prueba circunstancial se basa en el valor incriminatorio de los indicios y tiene como punto de partida, hechos y circunstancias que están probados y de los cuales **se trata de desprender su relación con el hecho inquirido, esto es, ya un dato por complementar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar**, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado.

Tesis 1ª/J.23/97
 Jurisprudencia
 Tomo V, junio de 1997
 Página 223.
 Semanario Judicial de la Federación:
 Novena Época
 Primera Sala de la SCJN

PRUEVA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL. En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo factico, 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.**

Los medios de prueba indirectos, han sido considerados dentro del proceso penal federal, como la prueba reina, para acreditar los elementos subjetivos específicos del tipo, toda vez que dicho proceso es de tendencia inquisitorial, por lo que haciendo uso de estos medios de prueba se ha tratado de llegar al conocimiento de una verdad desconocida a partir de los hechos conocidos, medios probatorios que resultaran inoperantes dentro de un proceso penal con tendencia acusatoria y adversarial, toda

vez que nos dice el autor, que mediante el principio de inmediación deben ser excluidos, los medios indirectos de conocimiento judicial.

Para Pastrana Berdejo, el principio de inmediación consiste en "...aquella posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal".²⁴⁷

De acuerdo a lo que refiere el principio de inmediación para Pastrana Berdejo, el Juez debe percibir directamente la práctica de las pruebas, por lo que se considera que la prueba indiciaria la cual se encuentra regulada de manera directa en el artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales, deberá dejar de tener aplicación por parte de los Tribunales o juzgadores, en el proceso penal acusatorio, esto por cuanto hace a la parte acusadora, quien mediante los indicios recabados durante la investigación del hecho delictivo, deberá probar ante el órgano jurisdiccional, que los indicios recabados son el enlace lógico y natural más o menos necesario que existe entre la verdad conocida y la que se busca, por lo que es apartir de este principio que la fracción V del apartado "A" de la Constitución Federal, establece que la parte acusadora, es quien tiene la carga de la prueba, para demostrar la culpabilidad, conforme lo establezca el tipo penal.

Por otra parte dice también Gabriel Torres que el principio de inmediación consiste en que "...este postulado implica la recepción de la prueba y el alegato de las partes en forma originaria, sin interposición de cosa o persona alguna, entre el Juez y la prueba o las partes".²⁴⁸

En cuanto a este postulado, tenemos que el juzgador es el espectador de los medios de prueba aportados y desahogados por las partes, quienes están obligados a realizar el enlace más o menos natural necesario, primeramente, para que la parte acusadora pruebe la existencia de la conducta delictiva que produjo el hecho acaecido y posteriormente será la defensa, quien deberá reunir los indicios necesarios

²⁴⁷ PASTRANA BERDEJO, Juan David, et. al., óp. cit., p. 64.

²⁴⁸ GABRIEL TORRES, Sergio, et. al., óp. cit., p. 53.

para desvirtuar la acusación que se sustenta en los medios de prueba aportados por la parte acusadora, que en el caso de los delitos contra la salud, será el Ministerio Público quien formule la acusación, por tratarse de un delito que pone en peligro la Salud Pública, pero que sobre todo, deberá acreditar en el caso de la posesión de narcóticos es con fines de comercio y no para cualquier otro fin como la transportación, la producción, el suministro etc.

Motivo por el que concluimos que el principio de inmediación, es aquel en donde el juez debe encontrarse presente y exigir de las partes las pruebas idóneas que acrediten ya sea la culpabilidad o inocencia del imputado, quien resolverá con base a la sana crítica y los medios científicos que se conozcan, aplicando las reglas de la lógica y la máxima experiencia jurídica, pero además, deberá dejar de utilizar la prueba indiciaria, toda vez que a quien le corresponde realizar el enlace más o menos necesario para acreditar la conducta delictiva por medio de los sucesos acontecidos, será a la parte acusadora y posteriormente al imputado y su defensa, establecer los medios de prueba directos que desvirtúen la acusación que se les formula.

4.13 Principio de Inocencia.

Toca hablar sobre uno de los principios de mayor controversia, dentro del proceso penal federal actual, mucho se habla de que una persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, situación que los gobernados no aprecian desde el momento en que son requeridos por alguna autoridad como el Ministerio Público o Juez penal en calidad de imputados, probables responsables, acusados etc., lo que acontece con un doble propósito, primero para que puedan defenderse de la acusación que obra en su contra; y segundo, para que llegado el caso de que el delito del cual han sido considerados como probables responsables y se encuentre en el catálogo de delitos graves, no puedan sustraerse de la acción de la justicia, mediante el empleo de la prisión preventiva.

Jesús Zamora Pierce nos comenta que “La declaración francesa, elaborada en un plano de mayor altura filosófica y de menor pragmatismo que la norteamericana, se ocupa de los derechos del procesado penal tan solo en dos de sus diecisiete artículos. En el 7º dispone que ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley, y según las formas prescritas por ella. En el 9º, establece el principio de que: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable”.²⁴⁹

En este sentido debemos establecer que la Declaración francesa, ya hace referencia al principio de legalidad, al señalar que ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley, así mismo, se contempla el principio *nulla poena sine lege* lo que se traduce en que no puede aplicarse pena alguna que no esté decretada en la ley, principios que se recogen por la Constitución Federal de 1917 en sus artículos 14 y 16.

Estos preceptos Constitucionales de manera implícita y no explícita como actualmente se contempla en dicho cuerpo normativo, contienen el principio de inocencia, toda vez que el artículo 14 párrafo tercero, refiere que en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada exactamente por una ley aplicable al delito de que se trate, por lo que respecta al segundo de los preceptos antes señalados, se establece que ningún ciudadano puede ser molestado en su persona, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Por otro lado Barrita López haciendo alusión al principio de inocencia en México nos dice “¿Cómo se explica, entonces, que a un presuntamente inocente se le prive de libertad? Obsérvese, empero, que nuestra Constitución no coincide con el signo de esa presunción liberal. Tampoco coinciden otros sistemas procesales, en sus propios

²⁴⁹ ZAMORA PIERCE, Jesús, “**Garantías y Proceso Penal**”, 12ª edición, Editorial Porrúa, México 2003, p. 420.

términos. Por lo que hace a México, el proceso se funda en una presunción constitucional inversa”.²⁵⁰

Hasta antes de la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia del 18 de junio de 2008, como se ha estado señalando, el sistema de proceso penal que predomina hasta el día de hoy en la mayoría de los Estados de la República, como en el fuero federal, es con una tendencia inquisitorial, en donde la investigación y el proceso penal a que es sujeta una persona considerada como probable responsable de una conducta que la ley señala como delito, puede ser bajo pena de sufrir prisión preventiva, si el delito por el que es acusada, se encuentra dentro del catálogo que lo considera grave, basta con la mera imputación que se haga de dicha conducta, esto es así, por ejemplo: en el caso de los delitos contra la salud, con que se rebase el mínimo del límite permitido, para el consumo personal de los diversos narcóticos que se establecen en la tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud, para que se pueda sujeta a la persona a proceso penal. Lo que se corrobora con el siguiente criterio jurisprudencial:

Novena Época

Registro: 200415

Instancia: Primera Sala

Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
III, Junio de 1996

Materia(s): Penal

Tesis: 1a./J. 13/96

Página: 171

POSESION DE NARCOTICOS PARA EL ESTRICTO CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE. LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTICULO 199 DEL CODIGO PENAL FEDERAL, NO SE SUJETA A CONDICION TEMPORAL ALGUNA.

La excusa absolutoria prevista en el artículo 199 del Código Penal Federal, en cuanto previene que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193, no se le aplicará pena alguna, no requiere para su operancia que el consumo sea el inmediato o diario, como se establecía en las

²⁵⁰ BARRITA LÓPEZ, Fernando A., “Prisión Preventiva y Ciencias Penales”, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1999, p. 15.

fracciones I y II del artículo 194 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Antes bien, de la interpretación literal del artículo 199, así como de la exposición de motivos correspondiente, se advierte con claridad que la intención del legislador fue precisamente la de suprimir el anterior tratamiento que se daba a los farmacodependientes que poseyeran narcóticos para su propio e inmediato consumo; esto es, en el nuevo precepto se establece otra excusa absolutoria que encuadra en las conductas que anteriormente contemplaban las fracciones I y II del artículo 194, **con la salvedad de que el determinar la cantidad de narcótico poseída por el farmacodependiente para su estricto consumo, queda al arbitrio del juzgador...Efectivamente, en el artículo 199 se deja al arbitrio del juzgador la apreciación de la posesión del narcótico para el estricto consumo personal del farmacodependiente**, para lo cual, deberá considerar todas las circunstancias del caso, entre las cuales, desde luego, no se excluye el elemento de temporalidad, del cual no obstante, no es el único que debe ponderarse para determinar cuándo la posesión del narcótico tiene como finalidad el estricto consumo personal del mismo por parte del inculpado. Por tanto, esa situación deberá valorarla el Juez del proceso mediante el análisis comparativo de la cantidad, naturaleza, forma de adquisición y venta de droga poseída y el grado de adicción del encausado, así como las circunstancias que mediaron en la comisión de la conducta antijurídica, y las demás que incidan en la apreciación de la finalidad de la posesión del narcótico por parte del encausado.

Contradicción de tesis 66/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

Tesis de jurisprudencia 13/96. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de quince de mayo de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros: presidente en funciones Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juventino V. Castro y Castro.

Mediante este criterio jurisprudencial, se deja ver en todo su esplendor la tendencia inquisitorial del proceso penal federal, al referir, de que el determinar la cantidad de narcótico poseída por el farmacodependiente para su estricto consumo, queda al arbitrio del juzgador, es decir, que actualmente aun con las reformas a la Ley General de Salud en su artículo 479, donde se permite una cantidad mínima para

consumo personal, si llegado el caso de que rebase la posesión de algún narcótico en lo más mínimo el límite permitido que se establece en dicha ley para el consumo personal, quedara al arbitrio del juzgador, si la persona debe ser procesada o no, por un delito contra la salud, como puede ser en un momento dado, la posesión de narcóticos con fines de comercio, lo que vulnera flagrantemente el principio de inocencia.

Pastrana Berdejo nos comenta "...consideramos a la presunción de inocencia como una garantía individual, como un derecho público contenido en la Constitución, a favor de las personas, que exige que sea ante la autoridad que esté (de competencia penal o no) y ante el procedimiento que se le sujete (igualmente, penal o no), no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de delitos, salvo decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso".²⁵¹

Aquí se toca un tema de trascendencia, tanto para el sistema procesal con tendencia inquisitorial aún vigente en el Código Federal de Procedimientos Penales, como en el caso del nuevo sistema de proceso acusatorio, implementado de manera general, a través de la reforma Constitucional de seguridad y justicia, de junio de 2008, en cuanto al proceso que contempla el Código Federal de Procedimientos Penales, no debe olvidarse que las actuaciones practicadas por el Ministerio Público Federal en la etapa de investigación, tienen Fe Pública por representar el interés social, en la persecución e investigación de los delitos, mientras tanto, el artículo 6º apartado "B" fracción II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, refiere que "Los Agentes del Ministerio Público darán fe de sus propias actuaciones, las que serán válidas aun cuando no se asiente razón de ello".

Por lo que es imposible legalmente hablando "que no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de delitos", como señala Pastrana Berdejo, por lo que se concluye que en ninguno de los sistemas de proceso penal que

²⁵¹ PASTRANA BERDEJO, Juan David, et. al., óp. cit., p. 68.

se refieren, puede existir igualdad procesal respecto de los indicios o medios de prueba que se presenten ante el Juzgador, toda vez que mientras la parte acusadora como lo es el Ministerio Público en México goce de la fe pública, sus aseveraciones respecto de la probable responsabilidad de una persona, tendrán mayor credibilidad, por lo que de nueva cuenta, se vulnera el principio de inocencia.

Aguilar López hace el siguiente comentario respecto al principio de inocencia y nos dice “En sus orígenes el principio de presunción de inocencia surgió del ideario que enarbolaron los movimientos ilustrados y liberales del siglo XVIII, que pusieron límites a la autoridad del Estado y consagraron los fundamentos de la democracia contrapuestos al poder autoritario de los gobernantes. En materia penal, esto significó limitar la acción punible del soberano y encauzar los procedimientos de justicia con reglas apegadas a los principios del debido proceso. “Hoy, la presunción de inocencia no sólo es una garantía procesal, también es un principio de los sistemas democráticos que limitan al monopolio legítimo de la fuerza”.²⁵²

En cuanto al comentario emitido del principio de inocencia se establece que efectivamente se ha logrado reducir en parte el aspecto de la fuerza legitimada con que cuenta un Estado democrático, pero el problema hoy en día, no radica de fondo en cuanto al poder que se les da a los órganos de justicia penal, sino más bien, consideramos que las violaciones más graves provienen del origen de las investigaciones y los medios como se realizan estas, es aquí donde en esencia radica la violación al principio de inocencia, toda vez que de acuerdo a la Guía de reforma Constitucional de Seguridad y Justicia para el régimen de la Delincuencia Organizada se ha legitimado Constitucionalmente el arraigo, bajo la siguiente consideración “Se podrá decretar un arraigo hasta por 40 días, prorrogables a 80, cuando lo solicite el Ministerio Público. Al elevar esta posibilidad a rango constitucional se acabará con una práctica común de abogados de delincuentes peligrosos, que alegan violación a la Constitución y obtienen la libertad de sus defendidos”²⁵³ situación que facilita en

²⁵² AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “**Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio**” óp. cit., p. 115.

²⁵³ CÁMARA DE DIPUTADOS LX LEGISLATURA, óp. cit., p. 6.

mucho la labor de integración y no de investigación de los delitos, por parte del Ministerio Público, al privilegiar la privación de la libertad personal sin previa audiencia donde se pueda ser oído y vencido en juicio, por ende violentar el principio de inocencia.

Lo opuesto al principio de inocencia, lo es el principio acusatorio el cual nos dice Polanco Braga que es la “Actividad del Ministerio Público para excitar al órgano jurisdiccional al reunir previamente los elementos probatorios legales que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para solicitar la incoación del proceso”.²⁵⁴

Este principio también es contemplado de manera expresa en el artículo 20 apartado “A” de la Constitución Federal fracción V con lo que de acuerdo al sistema acusatorio se entiende que implícitamente a este principio se encuentra el principio de inocencia, cuestión que se traduce en un proceso adversarial, es decir, que primeramente se debe tener un sustento jurídico probatorio, que demuestre que la persona a la que se le impute un delito, es el autor, participe, cómplice o cualquier otra calidad de responsabilidad que se le atribuya al sujeto del delito, situación que debe precisar el Agente del Ministerio Público al formular su acusación, ante el juez competente, para que la persona pueda realizar su defensa en cuanto a la conducta que haya realizado o en la calidad en que haya participado en el hecho delictivo.

En lo que no se está de acuerdo respecto del principio acusatorio, es que los medios de prueba se limiten acreditar elementos objetivos, como lo exige solamente el cuerpo del delito, porque como se ha visto, no todos los tipos penales realizan una mera descripción de la conducta, sino que además, existen tipos penales en los que se requiere probar la existencia de elementos normativos o subjetivos que se contemplan en su descripción, por lo tanto, se deben reunir los medios probatorios necesarios que acrediten los datos existenciales de los elementos integrantes del tipo y la probable responsabilidad.

²⁵⁴ Voz, Principio Acusatorio, óp. cit., voz doctor POLANCO BRAGA, Elías, p. 157.

En conclusión consideramos que el principio de inocencia es un ideal que se aplica a todos los gobernados que no son sujetos de una investigación o proceso de carácter penal, ya que en lo que se refiere al Derecho procesal penal, se hace uso de las denominadas medidas cautelares, de la que más destaca por su intimidación es la prisión preventiva, la cual transgrede el principio de inocencia, pero a su vez se reconoce como un mal necesario, sin llegar al exceso del mismo, por otra parte, se destaca que este principio no puede ser respetado desde un punto de vista material, en virtud de que el Ministerio Público mantiene la Fe Pública de sus actuaciones que realiza durante la investigación del delito, por lo tanto, es a partir de este momento donde se construye una verdad legal y no una historia verdadera de los hechos acontecidos, por lo que no existe igualdad procesal de las partes, aun y cuando es uno de los fines del proceso penal acusatorio, de esta guisa el principio de inocencia vuelve a ser transgredido por el Estado Mexicano.

CAPITULO QUINTO

5. ESTUDIO JURÍDICO DEL DELITO DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS CON FINES DE COMERCIO.

Para iniciar con el estudio jurídico del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, es necesario conocer primeramente los postulados de las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales publicadas en septiembre de 1993 y que entraron en vigor el 1º de febrero de 1994, mediante las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, publicación que hizo en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero del mismo año.

Aproximadamente cinco años después de las reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales en donde se establecían como requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión y un auto de formal prisión, la existencia de los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, el 8 de marzo de 1999, de nueva cuenta se publica en el Diario Oficial de la Federación, una Contra reforma, a los dispositivos legales en cita, en donde se establece que para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, solamente era necesario acreditar el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Con estas reformas, se establece un parte aguas de una situación que garantizaba la seguridad jurídica en el sistema de justicia penal mexicano, toda vez, que mediante las primeras reformas realizadas en 1993 a los artículos 16 y 19 Constitucionales, se estableció por primera vez el empleo jurídico dogmático de los elementos del tipo penal, en tanto que en las reformas Constitucionales de marzo de 1999 a los artículos en cita, se optó de nueva cuenta, por regresar al concepto meramente procesal de cuerpo del delito, el cual solamente requiere de acreditar elementos objetivos o externos, sin tomar en consideración el aspecto intelectual del sujeto o volitivo como se ha expuesto a lo largo de la investigación, el cuerpo del

delito en México proviene de un concepto que se ha empleado desde el siglo XIX a partir de un criterio jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia en el año de 1894, en donde identificaban el delito con el cuerpo del delito.

Por lo que Colín Sánchez nos refiere que “Los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pretendieron aclarar la confusión, y al respecto manifestaron: por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos externos que constituyen el delito”.²⁵⁵

En este sentido, la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia del 18 de junio del 2008, son reformados de nueva cuenta los artículos 16 y 19 Constitucionales omitiendo de manera total, cualquiera de los términos antes referidos, y solamente se hace alusión a que “...obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión”.

En un estudio sobre la transición del concepto cuerpo del delito-tipo penal Claudia Elizabeth López López nos precisa “... con las reformas de 1993 se dejó atrás la connotación de cuerpo del delito, tan íntimamente vinculado con las teorías causalistas, para ser sustituido por el entonces doctrinariamente imperante, de elementos del tipo, teniendo como sustento las teorías finalistas”.²⁵⁶

Este es el motivo que nos impulsa a reconsiderar la cuestión de una contra reforma Constitucional a los artículos 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero, en virtud de que con la reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, se hace caso omiso de la cuestión dogmática del Derecho penal, de acuerdo al punto de vista de Rubén Quintino quien refiere “Por mi parte lamento decirlo ya desde la introducción, estoy seguro que el sentido que se pretende con la expresión: “un hecho que la ley señale como delito”, se corresponde con el sólo resultado causado. Hace falta ser

²⁵⁵ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 376.

²⁵⁶ LÓPEZ LÓPEZ, Claudia Elizabeth, et. al., revista “Tepantlató La Transición del Concepto Cuerpo del Delito- Tipo penal- Cuerpo del Delito- en el Ámbito del Derecho Positivo Mexicano” publicación mensual, Época 3, Número 17, marzo 2002, p. 29.

verdaderamente ciego para no darse cuenta que el sólo resultado causado no fundamenta ni puede fundamentar la responsabilidad jurídico-penal de una persona. En cambio, como se ha probado, en el sentido de la reforma, la expresión “hecho” está reducida al resultado típico, con lo cual se infringe el principio de culpabilidad, y en particular el principio de prohibición de responsabilidad objetiva. El primero de tales principios establece que una conducta es penalmente relevante si la misma ha sido cometida dolosa o culposamente, mientras que el segundo principio indica que nadie responde penalmente por el sólo resultado causado”.²⁵⁷

Por tal cuestión consideramos necesario realizar un análisis crítico respecto de la cuestión que llevo al legislador en 1999 a retomar el concepto de cuerpo del delito y no así dejar por establecido en los artículos 16 y 19 Constitucionales la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

5.1 Análisis Jurídico de las Reformas Constitucionales a los artículos 16 y 19, Publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999.

En la sesión celebrada el 10 de diciembre de 1997, se dictamino por el Senado de la República Mexicana, la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en dicha iniciativa seprecisó la siguiente exposición de motivos:

La sociedad exige y demanda respuestas eficaces. Pues a pesar de los esfuerzos recientes, la delincuencia ha crecido desmesuradamente. La violencia y la inseguridad no son fortuitas, exigen factores sociales perfectamente identificables que las alimentan: la impunidad, la corrupción y la ineficacia. Por si esto fuera poco, el abandono en que por décadas se dejó a nuestros cuerpos de seguridad, no permitió su profesionalización y modernización; por ello, para la gran mayoría de sus

²⁵⁷ QUINTINO ZEPEDA, Rubén, óp. cit., pp. 14-15.

miembros, las técnicas de investigación y prevención del delito son algo ajeno a su práctica cotidiana. Aunado a esto encontramos la falta de recursos materiales, los coloca en una marcada desventaja frente a los recursos y técnicas que utilizan las cada vez más modernizadas, organizaciones criminales, lo que genera una marcada ineficacia en sus acciones en contra de la delincuencia. **Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad. De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este precepto para obtener una orden de aprehensión.** Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado. Con dicha reforma se sustituyó el concepto de “cuerpo del delito” por el de “elementos del tipo penal”, lo que provocó que para dictar un auto de formal prisión se debían acreditar todos los elementos del tipo penal objetivos-subjetivos y normativos- así como la probable responsabilidad del indiciado.²⁵⁸

Consideramos que lo único que realizó el legislador fue un argumento falso y demagógico, el cual carece de un sustento dogmático jurídico y se apoya más en una cuestión de política criminal represora de la seguridad jurídica de los ciudadanos, frente al fenómeno social de la delincuencia, que comenzaba a dispararse de manera desmesurada en el país desde principios de los años 90^o s.

Así mismo nos dice Díaz Aranda que “Contrario a la opinión del legislador de 1999, hasta antes de 1994 no había un criterio unánime sobre qué se debía acreditar en el cuerpo del delito y cuál era el contenido de la probable responsabilidad, con las consecuentes dudas sobre en cuál de estos dos apartados debería acreditarse el dolo”.²⁵⁹

²⁵⁸ Cfr. Iniciativa de Decreto por el que se Reforman los Artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 1998).

²⁵⁹ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., p. 187.

No existía criterio sistemático del dolo en México, puesto que se venía arrastrando con un criterio jurisprudencial de 1894, el cual en su afán de esclarecer la diferencia de delito y cuerpo del delito, estableció que se debían acreditar solamente los elementos objetivos que eran perceptibles mediante los sentidos humanos, olvidándose de los elementos anímicos y normativos que componen el tipo penal, motivo por el que la reforma Constitucional de los artículos 16 y 19 de septiembre de 1993 y que entro en vigor mediante las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales el 1º de febrero de 1994, en donde por primera vez el legislador mexicano, hace uso de una sistematización finalista del delito, la cual precisa que los elementos subjetivos como el dolo y la culpa forman parte de la conducta, por lo tanto, se garantizaba así al ciudadano, la seguridad jurídica de que sea presumido inocente, hasta que la parte acusadora, demostrara mediante la prueba o pruebas idóneas, que podía ser considerado como el probable responsable de un delito.

Por su parte Luna Castro opina que "...no es sino hasta las citadas reformas constitucionales de tres de septiembre de 1993, cuando en México, a nivel constitucional federal, y aún más, en el marco de una garantía para todos los habitantes del país, se emplea el concepto "tipo penal" que si bien es propio del lenguaje relativo a la dogmática jurídico-penal de la teoría del delito, es un vocablo plurívoco dado que a través del tiempo y de acuerdo a diversas estructuras sistemáticas y conceptuales del delito, ha recibido distinto significado así como contenido..."

Como bien lo refiere el autor, la reforma de 3 de septiembre de 1993, se realiza en un marco del respeto a la garantía de seguridad jurídica, que debe haber en México, sin embargo, el mismo autor precisa que el concepto de tipo penal es propio del lenguaje de la dogmática jurídico penal, por lo que se debe señalar que esta es la función de la ciencia jurídico penal, y si bien es cierto, que el tipo penal es un vocablo plurívoco porque de acuerdo a las diversas estructuras sistemáticas y conceptuales del delito, ha recibido distinto significado, también es cierto, que ese aspecto

plurívoco, es el que ha permitido que un Estado democrático y social realice un mejor marco jurídico en pro del respeto a los Derechos fundamentales de las personas como son la libertad, la vida, la propiedad, pero sobre todo la seguridad jurídica, la cual brinda tranquilidad para los súbditos, quienes no deben temer de que la forma en que se proceda a una investigación de carácter delictivo, se realice de forma arbitraria como se acostumbra en México, situación que no se ajusta a una legalidad que respete la dignidad humana, situación que actualmente no acontece, toda vez que a la parte acusadora como actualmente la denomina la Constitución, solamente le exige la acreditación de elementos objetivos o externos y excepcionalmente si el tipo lo requiere los elementos normativos.

En el decreto de reforma Constitucional de 1999 el legislador estableció el siguiente criterio respecto a las garantías individuales “La diferenciación entre los conceptos de “derechos del hombre” y garantías individuales proviene del proceso constituyente de 1842. Los derechos del hombre, como conceptos generales y abstractos, son lo garantizado. Las “garantías individuales” son, la salvaguarda, no abstracta, sino concreta e individualizada, de aquellos derechos que todo hombre tiene, independientemente de su reconocimiento o no por el Estado. Las garantías individuales son relativas; y su relatividad depende de las circunstancias de lugar y tiempo, y de la situación histórica de una nación y de los problemas que ha de enfrentar como comunidad política. En otras palabras, las garantías individuales representan la medida en que el orden jurídico concreto garantiza los derechos del hombre, en un momento histórico determinado”.²⁶⁰

No estamos de acuerdo en que se establezcan en la Constitución el título de garantías individuales, en cuanto a que el legislador ha justificado la restricción de los Derechos humanos fundamentales en materia penal, al decir, que las garantías individuales son relativas y que por lo tanto, representan la medida de los derechos del hombre dentro del orden jurídico, siendo que en México una vez concluida la revolución, dejó de ser un Estado totalitario, para así poder transitar a un

²⁶⁰ Iniciativa de Decreto por el que se Reforman los Artículos 16, 19, 20, 22 y 123, óp. cit.,

Estadodemocrático, en donde prevalece la arbitrariedad autoritaria de los gobernantes, quienes no están dispuestos a mejorar el marco jurídico penal, mediante la implementación de teorías más evolucionadas respecto del estudio del delito, prefiriendo realizar reformas Constitucionales engañosas y obsoletas desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo, en tanto que, desde el punto de vista procesal, la reforma Constitucional de marzo de 1999, retoma la figura de cuerpo del delito, mediante la justificación expuesta en el decreto, en el que reconoce el legislador la incapacidad técnica y material por parte del Ministerio Público para realizar una investigación en materia delictiva, cuestión que nos caracteriza como Mexicanos, porque si efectivamente se hubiera querido un mejoramiento del marco jurídico y del aspecto técnico de la investigación de delitos, en esa iniciativa se hubiera propuesto la actualización en técnicas de investigación y equipo, por lo que no se hubiera dado la reforma Constitucional en el sentido que se dio.

Una vez que ha quedado al descubierto en la reforma Constitucional a los artículos 16 y 19, del 8 de marzo de 1999, en la que se reconoce abiertamente estar restringiendo las garantías individuales, con el fin de combatir la criminalidad y la impunidad, Díaz Aranda nos dice “Empero, hoy lo que se puede criticar del Ministerio Público, al lado de su falta de liderazgo, es su nula especialización en la investigación de los delitos, lo cual conduce al fracaso de su función”.²⁶¹

Es el caso por el cual el 18 de junio de 2008, se realiza de nueva cuenta otra reforma Constitucional a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, en donde ya ni si quiera se hace mención de una figura procesal como lo era el cuerpo del delito, por lo que ahora, ni siquiera se pretende flexibilizar los requisitos de la investigación delictiva, sino más bien, se pretende establecer la mera acreditación del hecho que se describe en la norma, sin considerar la atribuibilidad de la conducta delictiva a título doloso o culposo.

²⁶¹ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., p. 195.

Cuestión que actualmente el legislador empeora mediante la citada reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, donde de nueva cuenta, se transgrede la seguridad jurídica de los gobernados, misma que se encontraba garantizada en los artículos 16 y 19, en los que se establecían como requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión la acreditación del cuerpo del delito y que se hiciera probable la responsabilidad del indiciado, que actualmente fueron cambiados en los párrafos tercero y primero respectivamente de cada uno de los preceptos legales en cita, los cuales mencionan actualmente que los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión y un auto de vinculación a proceso, se limitaran a que **“obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión”** en virtud de que se pretende transitar de un proceso con tendencia inquisitorial, a un supuesto proceso penal acusatorio y adversarial, pero desde el punto de vista teórico del Derecho penal sustantivo, se pretende aplicar una sistematización del delito causalista clásico, donde solamente se requiere acreditar la causa que produce el resultado delictivo, es decir, que la parte acusadora como en esta reforma se le denomina, solamente debe presentar los medios probatorios objetivos o externos, con los que pueda darse la presunción mínima de la causa existencial del resultado delictivo.

Mediante estas reformas Constitucionales el legislador vulnera principios fundamentales, que contempla el Derecho penal como son la exacta aplicación de la ley penal o principio de reserva de la ley, en virtud, de que en las leyes secundarias sustantivas penales existen tipos como la posesión de narcóticos con fines de comercio, que contemplan dentro de su descripción la existencia de elementos normativos y subjetivos específicos diversos del dolo y la culpa, por lo que Malo Camacho explica que “En materia penal, en cambio, no puede haber lagunas porque solamente pueden constituir delitos las conductas que expresamente aparecen prohibidas u ordenadas por la propia ley penal...”²⁶²

²⁶² MALO CAMACHO, Gustavo, óp. cit., p. 101.

Por lo que al permanecer vigente la reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución en el sentido que se encuentran actualmente establecidos, transgreden la seguridad jurídica de los ciudadanos, en tanto no se considere el aspecto dogmático penal moderno o finalista y no clásico como se realizó tanto en las reformas Constitucionales publicadas el 8 de marzo de 1999, en donde se retoma el concepto procesal de cuerpo del delito como en la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia del 18 de junio de 2008, en donde solamente se exigen los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión.

Consideramos que las reformas Constitucionales de 1999 y de 2008 a los artículos 16 y 19, de la Constitución General de la República en cuanto a los requisitos necesarios para otorgar el libramiento de la orden de aprehensión y para que el juzgador emita el auto de vinculación a proceso, no solamente vulneran principios fundamentales del Derecho penal como la exacta aplicación de la ley penal y el principio de legalidad, sobre todo se transgrede la presunción de inocencia, por tales motivos y en pro de que se dé una verdadera transición del sistema procesal inquisitorial a un sistema de proceso penal acusatorio y adversarial, como se manejó en la reforma Constitucional de junio de 2008, se propone una Contra reforma Constitucional a los dispositivos legales multicitados, en donde se establezca que los requisitos para librar una orden de aprehensión o para dictar un auto de vinculación a proceso, deberán existir datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Si se realizara dicha Contra reforma, se fortalecerá el principio de carga de la prueba que se contempla actualmente en el artículo 20 apartado "A" fracción V y el principio de inocencia que se establece en dicho numeral en el apartado "B" fracción I de la Constitución Federal, y por ende, se garantizaría la seguridad jurídica en nuestro proceso penal acusatorio y adversarial, por lo que se obligaría al Agente de Ministerio Público a realizar una investigación del delito de manera profesional enlazando los datos existenciales de prueba, con los que sustentaría la acusación

ante un juez penal, por el delito que se tratase, además de que se debe auxiliar de la Policía quien está bajo su mando y dirección, por lo que deberá de responsabilizarlos de un determinado número de investigaciones de los elementos que tenga a su cargo, para que rindan informes continuos de los avances de las diligencias practicadas, y en caso de que estos no proporcionen información veraz que pueda llevar al Ministerio Público a sustentar su acusación ante el Juez, y que este le obsequie la orden de aprehensión o dictar un auto de vinculación a proceso debidamente fundado y motivado, podrá solicitar la suspensión laboral o en su defecto la destitución del cargo, si en un tiempo más o menos razonable, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, no rinden informes por escrito sobre los avances que obtengan de la investigación que los pueda llevar a la captura de los probables responsables de algún delito.

Luna Castro nos comenta al respecto "...el legislador hecha mano para la creación de la ley de los conocimientos jurídicos establecidos en el ámbito teórico, ya sea de manera fiel, o bien, una veces mutilando, u otras ampliando (en ocasiones para bien) las variadas posturas dogmáticas producto del resultado de la investigación y evolución científico-jurídica, pero siempre, se debe suponer, con miras a alcanzar su efectividad al aplicarse en el ámbito de la realidad social para el que dicha legislación está dirigida, lo que implica que, de manera ineludible, la problemática y realidad social de que se trate no puede dejarse de tomar en cuenta tanto para la creación como para la reforma o actualización de las normas legales".²⁶³

Solamente quisiéramos aclarar que no se considera correcto que el legislador mutile un conocimiento científico o jurídico, toda vez que este nace a partir de la descripción legal que plasma el legislador en la ley, que es creada por el mismo, por lo tanto, si dentro de dicha descripción se establecen elementos integrantes del tipo penal como pueden ser los subjetivos o normativos, debe respetarse la descripción hecha y obligar al órgano investigador, acreditar la existencia de la conducta

²⁶³ LUNA CASTRO, José Nieves, óp. cit., p. 83.

delictiva, la cual si en un momento dado requiere de la acreditación de un elemento subjetivo para determinar que dicha conducta es delictiva, dentro del marco legal que se conoce en México, el Ministerio Público está obligado a utilizar toda la infraestructura jurídica para llegar a su cometido y no esperar a que el legislador le ajuste la ley a su medida.

Tal es el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio, el cual puede en ocasiones caer dentro de los tipos penales que se pueden cometer por la Delincuencia Organizada, tal y como lo establece la Ley Federal del mismo nombre en su artículo 2º fracción I "...contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero", en esa misma ley se contemplan medios de prueba técnicos que pueden ser utilizados en su momento para obtener la certeza de que la posesión de narcóticos es con el fin de comercio, toda vez que dicho ordenamiento regula las reglas de investigación de la delincuencia organizada a partir de su artículo 8º el cual en su párrafo segundo dice "La unidad especializada contará con un cuerpo técnico de control, que en las intervenciones de comunicaciones privadas verificará la autenticidad de sus resultados: establecerá lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar..."

Respecto al análisis en cuestión, Díaz Aranda nos comenta "La obligación de acreditar los elementos del tipo penal a que hacía referencia la Constitución no encontraba una clara correspondencia con lo dispuesto en el Código adjetivo, en el cual se seguía haciendo referencia al cuerpo del delito y aunque ello podía ser objeto de discusión doctrinal sobre si eran equivalentes los términos cuerpo del delito y tipo penal a efectos procesales y cuáles eran sus elementos, el legislador mexicano optó por dejar claro cuáles son los elementos del tipo en el Código Federal de Procedimientos Penales y, al incluir entre estos al dolo, paso a redefinir su concepto en el Código Penal".²⁶⁴

²⁶⁴ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., p. 164.

A partir de la reforma de Constitucional de septiembre de 1993 el dolo ya no fue entendido como la intención delictuosa de la conducta, como se establecía hasta antes de dicha reforma por el Código Penal, sino que de la intención delictuosa, paso a señalarse que el dolo es el querer la conducta y aceptar el resultado o realización del hecho descrito por la ley, además de que hace mención una característica de la corriente finalista de la acción, la cual menciona que la imputabilidad es considerada como un elemento de la culpabilidad, para así poder tener conocimiento de los elementos del tipo y habla de la teoría representativa del dolo, al referir que se puede representar o imaginar como posible el resultado.

Retomando la iniciativa de reforma constitucional de fecha 8 de marzo de 1999, el legislador justifico su reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal argumentando lo siguiente “Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión, sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993. Así, a partir de la reforma de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir. Los elementos objetivos, subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, Acreditar los elementos subjetivos tales como “tener conocimiento” de cierta circunstancia, el “propósito de delinquir”, u otros aspectos subjetivos, según el delito de que se trate así como los elementos normativos tales como comprobar que se trata de “cosa ajena”, el “mandato legítimo de la autoridad”, u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión o un auto de formal prisión”.²⁶⁵

Resulta excesivo la acreditación de los elementos subjetivos específicos del tipo penal, dentro de un sistema procesal con tendencia inquisitorial, el cual aplica actualmente en el fuero federal, pero de acuerdo a la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de 2008, las legislaciones secundarias deberán implementar el

²⁶⁵ Iniciativa de Decreto por el que se Reforman los Artículos 16, 19, 20, 22 y 123, óp. cit.

sistema acusatorio, en un plazo no mayor de ocho años, a partir del día siguiente de la publicación del decreto, es decir, que el sistema procesal penal federal deberá ser derogado, a más tardar en el año 2016, para el cual faltan aproximadamente cinco años, para precisar la inexistencia del conflicto de leyes consideramos pertinente citar el siguiente criterio de jurisprudencia:

Novena Época

Registro: 195858

Instancia: Pleno

Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

VIII, Julio de 1998

Materia(s): Constitucional

Tesis: P./J. 32/98

Página: 5

CONFLICTO DE LEYES. ES INEXISTENTE CUANDO OPERA LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY ANTERIOR POR LA POSTERIOR.

Cuando el conflicto de leyes se plantea entre una ley anterior y una posterior en la regulación que realizan sobre la misma materia, si ambas tienen la misma jerarquía normativa, fueron expedidas por la misma autoridad legislativa y tienen el mismo ámbito espacial de vigencia, cabe concluir que no existe conflicto entre ellas, porque aun cuando no haya disposición derogatoria, opera el principio jurídico de que la ley posterior deroga tácitamente a la anterior en las disposiciones que le sean total o parcialmente incompatibles.

Motivo por el que aun se está a tiempo de resolver respecto a los medios de prueba que puedan acreditar los elementos del tipo penal de posesión de narcóticos con fines de comercio, en donde si dado el caso, de que el Ministerio Público no logre sustentar mediante algún medio probatorio directo, como la confesional, la testimonial o cualquier otra prueba ante el Juzgador que la posesión de narcóticos es con fines de comercio, dará lugar a que la conducta sea considerada atípica, en virtud de no lograr probar que la posesión del narcótico es con el fin de comercio, por lo que de nueva cuenta reiteramos que se debe realizar una contra reforma Constitucional donde se le pida al Ministerio Público o parte acusadora la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

De esta manera nos dice Miguel Carbonell que en Chile "...para asegurar la independencia del Ministerio Público se estableció un mecanismo para la elección de su responsable jerárquico el Fiscal Nacional promoviendo su imparcialidad y buscando distanciarlo de los vaivenes del proceso partidista".²⁶⁶

La autonomía del Ministerio Público en México, sería una buena propuesta, para que este se abocara a realizar su labor de investigación delictiva, sin embargo, se debe reconocer que tanto el sistema en que se encuentra politizado el Ministerio Público, como la sociedad mexicana, no se encuentran preparados para ser propositivos de la adecuación de la Institución de acuerdo a las exigencias que requieren las circunstancias actuales del país, por lo tanto, lo único que nos surge proponer, es que se le pida a dicha institución que realice una investigación del delito de acuerdo a los lineamientos que se establecieron en la reforma Constitucional de 1993 y que entraron en vigencia mediante las reformas al Código Federal de Procedimientos Penales el 1º de febrero de 1994.

5.2 Análisis Crítico de las Reformas a la Ley General de Salud, Publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 2009.

Es de suma importancia establecer cuál es el propósito del legislador al haber contemplado en el artículo 479 de la Ley General de Salud, la posesión de narcóticos en determinadas cantidades que son consideradas para el consumo personal e inmediato, toda vez que la reforma a dicha ley, tiene injerencia directamente con el Código Penal Federal en sus artículos 195 párrafo primero en relación con el 194 fracción I hipótesis de comercio, así como también en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 180 BIS, por lo que se pretende establecer si la vigencia de los artículos 195 párrafo primero en relación con el 194 fracción I hipótesis de comercio, ambos del Código Sustantivo Federal, tienen o no razón de continuar vigentes en el mencionado ordenamiento.

²⁶⁶ CARBONELL, Miguel, et. al., óp. cit., p. 62.

Así tenemos que López Betancourt refiere que la clasificación legal de los narcóticos que realiza la Ley General de Salud, es la establecida en “la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, con su protocolo de modificación de 1972; el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988”.²⁶⁷

Tomando en consideración que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisa que “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Aunado a que México, es parte integrante de la Organización de las Naciones Unidas, por lo que debe cumplir cabalmente con lo acordado en dichas convenciones, de esta forma comenta Cesar Sepúlveda “También es cierto que el Estado Mexicano ha cumplido con toda fidelidad sus obligaciones resultantes del orden jurídico internacional, aun cuando con ello se afectan algunos intereses internos”.²⁶⁸

Es por esta situación que desde un punto de vista del Derecho internacional y diplomático, el Estado Mexicano, no puede de forma unilateral, establecer una verdadera legalización de los narcóticos, por lo que al ver celebrado la firma de dichas convenciones, se ve obligado en un momento dado a combatir la actividad comercial y de tránsito de todos los narcóticos que entran o salen del territorio nacional, sin embargo, el fenómeno del narcotráfico ha tenido una gran influencia dentro de la sociedad mexicana, tal es el caso actual de los carteles de la droga, los cuales se encuentran integrados por los diferentes niveles sociales y respaldados en muchas ocasiones por políticos y miembros encargados de la seguridad pública del país.

²⁶⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “**Drogas su Legalización**”, óp. cit., pp. 27-28.

²⁶⁸ SEPÚLVEDA, Cesar, “**Derecho Internacional**” 20ª edición, Editorial Porrúa, México 1998, p. 80.

Considerando estas circunstancias, el 20 de agosto de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, una serie de reformas a la Ley General de Salud, mismas que trascienden al estudio del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, que se encuentra tipificado en los artículos 195 párrafo primero, en relación al 194 fracción I hipótesis de comercio, ambos del Código Penal Federal.

Una de las reformas que trascienden para el estudio de la posesión de narcóticos con fines de comercio, se contempla en el artículo 3º apartado “C” de la Ley General de Salud el cual refiere que “Corresponde a la Federación y a las entidades federativas la prevención del consumo de narcóticos, atendiendo a las adicciones y persecución de los delitos contra la salud, en los términos del artículo 474 de esta Ley”.

Mediante esta disposición legal, se establece la coordinación de los Estados de la República con el gobierno federal, para implementar en todo el territorio nacional programas que prevengan el consumo de narcóticos, atendiendo las adicciones y por otra parte, se exhorta a los gobiernos locales a que se siga el combate al narcotráfico, en un frente común, por parte de todos los niveles de gobierno, es decir, que todos los mexicanos debemos estar dispuestos a combatir el fenómeno social que nos aqueja, porque no se debe olvidar que todos los gobernantes de los Estados de la República, son electos mediante el voto popular y que una vez que toman posesión de su cargo, están obligados a servir al pueblo y no a una lucha que ha sido considerada como un fracaso rotundo de este gobierno y lo único que ha dejado dicha lucha, es unos cuantos miles de muertos, porque la lucha no solo le corresponde al gobierno mexicano, en sus tres niveles, sino a la comunidad internacional también.

La Ley General de Salud en su artículo 474 precisa “Las autoridades de seguridad pública, procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones de las entidades federativas, conocerán y resolverán de los delitos o ejecutaran las sanciones y medidas de seguridad a que se refiere este capítulo,

cuando los narcóticos objeto de los mismos estén previstos en la tabla, siempre y cuando la cantidad de que se trate sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla y no existan elementos suficientes para presumir delincuencia organizada.

“Las autoridades federales conocerán de los delitos en cualquiera de los casos siguientes:

- I. “En los casos de delincuencia organizada.
- II. “La cantidad del narcótico sea igual o mayor a la referida en el primer párrafo de este artículo.
- III. “El narcótico no esté contemplado en la tabla.
- IV. “Independientemente de la cantidad del narcótico el Ministerio Público de la Federación:
 - a) Prevenga en el conocimiento del asunto, o
 - b) Solicite al Ministerio Público del fuero común la remisión de la investigación.

Es decir, que cuando una persona sea sorprendida con la posesión de alguno de los narcóticos que se establecen en la tabla que contempla el artículo 479 de la multicitada ley, será juzgada y procesada por las autoridades judiciales de los Estados, siempre y cuando la conducta no se tipifique en alguna de las fracciones que se citan.

Mientras tanto, con base en las fracciones que establece el artículo 474 de la Ley General de Salud, nace la inquietud de que si lo dispuesto por el artículo 195 párrafo primero, en relación al 194 fracción I hipótesis de comercio, debe permanecer vigente o no dentro del Código Penal Federal.

Porque de acuerdo con la fracción I, del artículo 474, de la Ley General de Salud, las autoridades federales solo conocerán de los delitos contra la salud, cuando se trate de la delincuencia organizada, en este caso el artículo 2º de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, precisa que “Cuando tres o más personas se organicen de hecho 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 siguientes, serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

- I. “...contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero...”

Siendo que en el caso del párrafo primero del artículo 195 en relación al 194 fracción I hipótesis de comercio, omitemencionar, si la posesión debe consistir en cantidad específica alguna con fines de comercio, por lo que atendiendo al principio de especialidad de la ley, el cual se regula en el artículo 6º párrafo segundo del Código Penal Federal al precisar que “Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

Entre tanto, la fracción II, del artículo 474, de la Ley General de Salud de manera cuantitativa, establece el límite de la cantidad del narcótico, hasta el cual podrán conocer tanto las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados, como los Tribunales de dichas entidades.

En la fracción III se contemplan los narcóticos que no fueron contemplados por la tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud, motivo por el que conocerán las autoridades federales tal es el caso del hashes.

Por lo que respecta a la fracción IV del artículo en cita, de la Ley General de Salud, se considera que existe por parte del Ministerio Público Federal, una invasión de competencias, ya que por un lado, la ley permite a las autoridades del fuero

común conocer de los delitos contra la salud, mientras no rebasen las cantidades establecidas en la tabla, y por el otro lado, cuando el Ministerio Público Federal prevenga del conocimiento del asunto o considere oportuno solicitar la remisión de la investigación, nos da pauta para presumir que puede haber algún interés en particular para ejercer dichas facultades, lo que en un momento dado genera incertidumbre jurídica, al no precisarse de forma objetiva los criterios firmes mediante los cuales deben conocer de delitos contra la salud, los tribunales del fuero común y en qué casos precisos, serán del conocimiento exclusivo de las autoridades federales.

Mientras tanto el artículo 475, de la Ley General de Salud, menciona que “Se impondrá prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, a quien sin autorización comercie o suministre, aun gratuitamente, narcóticos previstos en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla”.

De forma comparativa con el artículo 195 párrafo primero del Código Penal Federal, en el artículo 475, de la Ley General de Salud, no se contemplan dentro de la descripción legal del tipo, el elemento normativo de la “posesión” y tampoco se precisa la existencia de un elemento subjetivo específico diverso del dolo como es la “finalidad”, ya que tales elementos si forman parte integrante de la descripción del tipo penal de posesión de narcóticos con fines de comercio; otra diferencia que se da entre lo descrito por la Ley General de Salud y el Código Penal Federal respecto a la tipificación de la conducta de comerciar o suministrar, es en cuanto a que en el primer ordenamiento se establece que la cantidad debe ser inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla, mientras que el Código Penal Federal, en su artículo 195, párrafo primero, no precisa cantidad mínima ni máxima, de la posesión de narcóticos con fines de comercio, por lo que se complementa con lo dispuesto por el artículo 194, fracción I, hipótesis de comercio, en cuanto a la punibilidad varía de acuerdo a la cantidad establecida por la Ley General de Salud.

Por otra parte el artículo 476, de la Ley General de Salud, precisa que “Se impondrá de tres a seis años de prisión y de ochenta a trescientos días multa, al que posea algún narcótico de los señalados en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte multiplicar por mil las cantidades previstas en dicha tabla, sin la autorización correspondiente a que se refiere esta Ley, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de comerciarlos o suministrarlos, aun gratuitamente”.

En cuanto a este tipo penal, se precisar, que al igual que el tipo penal descrito en el artículo 195 párrafo primero en relación con el 194 fracción I hipótesis de comercio, del Código Penal Federal, se contemplan los elementos normativos de “posesión” y los “narcóticos previstos en la tabla”, de igual forma se menciona el elemento subjetivo específico de la “finalidad”, más la diferencia se hace en cuanto a que la Ley General de Salud refiere solamente los narcóticos previstos en la tabla del artículo 479, mientras que el artículo 195 párrafo primero del Código Penal Federal nos remite al artículo 193 de dicho ordenamiento, el cual a su vez nos reenvía de nueva cuenta a la Ley General de Salud, sin olvidar que dicha ley, considera narcóticos a los estupefacientes y psicotrópicos y demás sustancias o vegetales de acuerdo a las listas que se contemplaron en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, con su protocolo de modificación de 1972; el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, por lo que consideramos que de nueva cuenta prevalece el principio de que la ley especial excluye a la general, mientras tanto, se deduce que existe una invasión de competencias por parte de las autoridades federales, al tratar de delegar en las autoridades del fuero común, la responsabilidad de investigar y perseguir los delitos contra la salud, de los cuales están obligados a conocer, por cuanto hace a que se han firmado Convenciones de carácter internacional, en donde el Estado Mexicano se obliga a combatir toda actividad que tenga relación con los narcóticos, por lo que al verse rebasado en la capacidad de resolución de dicho problema, ha considerado oportuno delegar a favor de las autoridades Estatales la investigación de delitos contra la salud, pero sin respetar plenamente la soberanía de estos.

Esto en virtud de que el artículo 180 BIS del Código Federal de Procedimientos Penales menciona que “Tratándose de los delitos de narcomenudeo previstos en los artículos 475, 476 y 477 de la Ley General de Salud, para fines de investigación el titular del Ministerio Público de la Federación podrá autorizar que agentes de la policía bajo su conducción y mando compren, adquieran o reciban la transmisión material de algún narcótico para lograr la detención del probable responsable del comercio o suministro de narcóticos o de la posesión de los mismos con dichos fines...”

Por lo que se considera que no es apropiado que las Procuradurías de los Estados como los Tribunales Superiores de Justicia de estos , conozcan de los delitos contra la salud, en virtud de que se presentaran cuestiones de invasión de competencias, al precisar el dispositivo legal que el Ministerio Público Federal puede autorizar a sus agentes para que adquieran o reciban la transmisión material de algún narcótico, lo que acarrearía en un momento dado, muertes innecesarias de elementos de la policía, por la cuestión de la infiltración de los elementos, e incluso, enfrentamientos entre la misma policía, ya que en muchas ocasiones se encuentran coludidos con el crimen organizado.

Por cuanto hace al artículo 477, de la Ley General de Salud, nos dice que “Se aplicara prisión de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días multa al que posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla, sin la autorización a que se refiere esta Ley, cuando por las circunstancias del hecho tal posesión no pueda considerarse destinada a comercializarlos o suministrarlos, aun gratuitamente”.

Lo dispuesto en este precepto legal no es claro, ya que establece una pena para el que posea algún narcótico de los previstos en la tabla en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil, entre tanto, el artículo 479 nos precisa que “Para los efectos de este capítulo se entiende que el narcótico está destinado para su estricto e

inmediato consumo personal, cuando la cantidad del mismo, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones no exceda de las previstas en el listado siguiente:

Tabla de Orientación de Dosis Máxima de Consumo Personal e Inmediato		
Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	2 gr.	
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg.	
Cannabis Sativa, Indica o Mariguana	5 gr.	
Cocaína	500 mg.	
Lisergida (LSD)	0.015 mg.	
MDA, Metilendioxi-anfetamina	Polvo, granulado o cristal 40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34-metilendioxi-n-Dimetilfeniletilamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

La pregunta es ¿Se permite la posesión de narcóticos en cantidades inferiores a las establecidas en esta tabla para el consumo personal? o ¿Se encuentra sancionada por la ley la posesión de narcóticos en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla? Puede ser que nos equivoquemos al interpretar lo dispuesto por el artículo 477, pero al menos pretendemos establecer de acuerdo a estas interrogantes, que el legislador no es preciso en cuanto a que las cantidades especificadas en la tabla, son el límite para el consumo personal, o que aun y cuando se encuentre alguna persona en posesión de alguno de los narcóticos que se contemplan en dicha tabla, en cantidades inferiores a las aquí señaladas, debe ser considerado como farmacodependiente o debe ser castigado por la mera posesión del narcótico.

López Betancourt nos comenta “Como se ha señalado no existen criterios científicos que permitan distinguir si una droga es por sí misma más o menos adictiva que otra. De ahí que los especialistas coincidan en criticar que lejos de obedecer a cuestiones de orden científico, acordes con la naturaleza toxicológica de las sustancias, la inclusión de una droga en una u otra lista es una decisión meramente política, según los lineamientos dictados por quienes dirigen la guerra contra las drogas”.²⁶⁹

El presente comentario nos lleva a preguntarnos ¿Cómo se puede determinar el grado de adicción de una droga? Bien sabido es de toda la población mexicana y del mundo, que el tabaco contiene sustancias altamente adictivas, como el alquitrán, la nicotina y varios compuestos químicos más, que pueden desencadenar en un momento dado, un enfisema pulmonar o cáncer, sin embargo, es una droga de las consideradas como suaves y que es legal en casi todo el mundo, otro ejemplo que se cita, son las bebidas alcohólicas, las cuales a principios del siglo XX fueron duramente combatidas por el gobierno Norteamericano, pero al ver el fracaso que se dio en la lucha en contra de las mafias que se encargaban del contrabando de licor, optaron por permitir su consumo, cuestión que actualmente es comparable con la actual tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud, en donde se hace mención de un cuadro base, de las cantidades y de los narcóticos que pueden ser usados como de uso personal.

De nueva cuenta nos comenta López Betancourt “Determinar si el Estado está legitimado o no para intervenir en el ámbito privado del individuo, restringiendo su derecho a consumir drogas aun cuando con ello pueda autoinflingirse un daño, depende en buena medida del modelo político-jurídico que sustente el orden estatal”.²⁷⁰

Con este comentario, queda debidamente probado en donde radica de manera fundamental la situación del problema de la delincuencia organizada en materia de

²⁶⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “Drogas su legalización”, óp. cit., p. 165.

²⁷⁰ Idem. p.168.

narcotráfico, situación que ha sido disfrazada por el gobierno mexicano mediante la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia de 2008, en donde supuestamente se pretende tener un mejor Estado de Derecho y mejores instrumentos jurídicos que ayuden al combate a la delincuencia, lo cual hemos comprobado que no ha sido así, y que solamente se trasgredido la seguridad jurídica y han sido pisoteados los Derechos fundamentales de las personas.

Por lo que se concluye que las reformas a la Ley General de Salud que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 2009, no proporcionan una seguridad jurídica para los gobernados, toda vez que por una parte, se pretende delegar la responsabilidad de investigar y perseguir los delitos contra la salud, a favor de las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados y que los Tribunales de estos, sean los encargados de procesar y castigar las conductas relacionadas con los narcóticos.

Pero por otra parte las autoridades federales, pretenden mantener un control absoluto sobre la investigación de las conductas relacionadas con el narcotráfico o narcomenudeo, tan es así, que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 180 BIS del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público Federal, puede coordinar a sus elementos policiacos para que intervengan en la investigación de la modalidad de este delito, aunado a lo dispuesto por el artículo 474 de la Ley General de Salud, el cual precisa las fracciones en las que será exclusivamente la autoridad federal la encargada de investigar y perseguir los delitos de esta naturaleza, por lo que será un Tribunal Federal el encargado de procesar y juzgar a la persona que se le impute alguna conducta relacionada con delitos contra la salud.

Por lo que respecta a los artículos 195 párrafo primero en relación con el 194 fracción I hipótesis de comercio, ambos preceptos del Código Penal Federal, debe ser derogado o en su momento modificado, en virtud de que la Ley General de Salud, ha establecido los parámetros cuantitativos de los narcóticos, entre tanto, el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio que contempla el Código Sustantivo

Federal, se deduce que solamente podrá integrarse como de la delincuencia organizada, ya que la ley del mismo nombre, lo contempla en su artículo 2º fracción primera que el delito “contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero”, puede ser objeto de investigación, cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizarlo.

5.3 La Clasificación del Delito de Posesión de Narcóticos con Fines de Comercio de acuerdo al Sistema Finalista.

Se considera clasificar el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio dentro del Sistema finalista, toda vez que esta teoría acepta la existencia y ubicación de los elementos subjetivos en la conducta, por lo que en el caso de la posesión de narcóticos, se establece un elemento subjetivo específico diverso de dolo o culpa como es la “finalidad de comercio”, por lo que trataremos de precisar que de acuerdo a la sistematización de dicha teoría del delito, se puede brindar una mejor seguridad jurídica y respeto a los Derechos fundamentales de los gobernados.

La teoría final de la acción o del domino del hecho final fue postulada por *Hans Welzel*, quien precisa que “La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines”.²⁷¹

El saber causal del hombre se basa en los conocimientos que se adquieren a lo largo de la vida cotidiana, por lo tanto, a estos conocimientos, las personas comúnmente los denomina experiencia, bajo este rubro es que la persona que posee un narcótico en cantidades pequeñas o grandes, sabe que puede hacer uso de el de dos formas, la primera que puede ser para su consumo personal de acuerdo al grado de adicción que tenga a la clase de narcótico de que se trate (marihuana, cocaína,

²⁷¹ WELZEL, Hans, óp.cit., p. 39.

heroína etc.), la segunda que puede obtener mediante el comercio de narcóticos, una ganancia económica bastante considerable, la cual dependerá del precio que se establezca en el mercado legal como ilegal de los narcóticos.

En el caso de los delitos contra la salud, el Código Penal Federal, en su artículo 195 párrafo primero, en relación con el 194 fracción I hipótesis de comercio 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, ambos de este Código”.

“I...comercie...alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.

Es decir que el comercio de los narcóticos, es antijurídica cuando no se cuenta con el permiso que refiere la Ley General de Salud, pero si se contara con dicho permiso, el comercio de los narcóticos estaría ajustada a la normatividad positiva y por lo tanto, el comercio de estas sustancias resulta atípica.

Nos explica Jiménez de Asúa “La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el ejemplo de un verbo principal: matar, apoderarse, apropiarse, sustraer, etcétera. Pero junto a este núcleo, aparecen referencias al sujeto activo y pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar o la ocasión.”²⁷²

Como ha quedado establecido la conducta principal queda debidamente demostrada por un verbo principal que en el caso del delito de la posesión de narcóticos con fines de comercio, es imposible establecer de acuerdo a la teoría

²⁷² JIMENEZ DE ASUA, Luis, óp. cit., p. 234.

psicológica de la culpabilidad, el fin específico por el que se posee el narcótico, por lo que atendiendo a la mera descripción de la conducta, es indemostrable precisar el fin, toda vez que este sería de acuerdo a von Liszt “La relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser psicológica”²⁷³, es decir, que con la mera posesión del narcótico en cantidades permitidas o no por la norma, es imposible atribuirle al sujeto, la finalidad para la que posee el narcótico, por lo tanto, al ser el fin la prevención de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, puede proponerse fines diversos y dirigir su actividad al comercio, distribución, suministro gratuito o producción, lo que resulta imposible poder precisar la conducta exacta que acontecerá en lo futuro, mediante la mera circunstancia de la posesión del narcótico.

Así tenemos que Luna Castro establece que los elementos objetivos del tipo son:

“En cuanto al sujeto activo, se exige en determinadas ocasiones una particularidad en el autor; en cuanto al sujeto pasivo, también puede requerirse determinada calidad en él; en cuanto al objeto, se exige por ejemplo que se trate de inmueble ajeno; en cuanto al lugar, en lo referente al tiempo, en cuanto a la ocasión; y en cuanto a los medios”.²⁷⁴

En cuanto a que el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio exija una determinada calidad del sujeto activo, no específica toda vez que refiere “...al que...”, por lo que respecta al sujeto pasivo “este puede ser el que llegue el narcótico a manos de cualquier miembro de la sociedad, por tratarse de un delito de mera conducta y de resultado de peligro; el objeto lo constituye la posesión del narcótico, como puede ser clorhidrato de cocaína; en cuanto a las circunstancias de lugar tiempo y ocasión, el tipo no las contempla dentro de su descripción; en lo que se refiere a los medios, ¿Cómo y en donde se encontró al sujeto en posesión del narcótico? Es decir, que se atiende de forma objetiva al lugar, cantidad y el sujeto, pero consideramos que estos medios solamente los deduce el legislador o en su momento el juzgador, cuando se dice: que a determinada persona se le encontró en

²⁷³ VON LISZT, Franz, óp. cit., p. 406.

²⁷⁴ LUNA CASTRO, José Nieves, óp. cit., p. 22

posesión de X cantidad de narcótico en las afueras de una gasolinera ahora bien ¿Cómo precisar si la cantidad es para comercio, distribución o suministro gratuito? Generalmente, las autoridades por la cuestión económica y social que vive el país, deducen que la posesión de narcóticos es con fines de comercio, sin embargo, esta deducción puede ser errónea en algunos casos, lo que genera una incertidumbre jurídica de que una persona que posee narcóticos en una cantidad que exceda en lo más mínimo, los límites permitidos para su consumo, pueda ser procesada por alguno de los delitos que contempla la Ley General de Salud en sus artículos 475, 476 o 477 y si no es así, pues la conducta puede ser tipificada dentro de los artículos 195, párrafo primero, en relación al 194, fracción I, hipótesis de comercio, por lo que se transgrede el principio de exacta aplicación de la ley penal de acuerdo al siguiente criterio de jurisprudencia:

No. Registro: 175,595

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Marzo de 2006

Tesis: 1a./J. 10/2006

Página: 84

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.

Tesis de jurisprudencia 10/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de primero de marzo de dos mil seis.

Díaz Aranda menciona al respecto que “Llevando mas allá la crítica, el análisis del tipo objetivo y, solo en algunos supuestos, de los elementos subjetivos distintos del dolo, también creaba problemas sistemáticos, pues recordemos que para el análisis de un delito es imprescindible constatar cada uno de los elementos del delito, de tal suerte que el análisis de la antijuridicidad presupone que la conducta es típica y, a su vez, sólo confirmando la antijuridicidad de la conducta se puede pasar al análisis de la culpabilidad”.²⁷⁵

La posición que se maneja es más garantista del principio de legalidad, porque refiere que para el análisis de un delito es imprescindible constatar cada uno de los elementos del delito, es decir, que si el delito en su descripción requiere la acreditación de un elemento subjetivo específico diverso del dolo o la culpa debe probarse de forma directa y no indirecta como actualmente sucede en el Proceso Penal Federal, mediante la denominada prueba indiciaria o circunstancial tal y como se demuestra con los siguientes criterios de jurisprudencia:

Tesis 1ª/J.23/97

Jurisprudencia

Tomo V, junio de 1997

Página 223.

Semanario Judicial de la Federación:

Novena Época

Primera Sala de la SCJN

PRUEVA INDICIARIA, CÓMO OPERA LA, EN MATERIA PENAL. En materia penal, el indicio atañe al mundo de lo factico, porque es un hecho acreditado que sirve de medio de prueba, **ya no para probar, sino para presumir** la existencia de otro hecho desconocido...”

Octava Época

Registro: 390532

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Jurisprudencia

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo II, Parte TCC

Materia(s): Penal

Tesis: 663

Página: 415

²⁷⁵ DIAZ ARANDA, Enrique, óp. cit., pp. 39-40.

Genealogía:

APENDICE '95: TESIS 663 PG. 415

PRUEBA CIRCUNSTANCIAL, IMPORTANCIA DE LA.

La moderna legislación en materia penal ha relegado a segundo término la declaración confesoria del acusado, a la que concede un valor indiciario que cobra relevancia sólo cuando está corroborada con otras pruebas, y, por el contrario, se ha elevado al rango de "reina de las pruebas", la circunstancial, por ser más técnica y porque ha reducido los errores judiciales. En efecto, dicha prueba está basada sobre la inferencia o el razonamiento, y tiene, como punto de partida, hechos o circunstancias que están probados y de los cuales se trata de desprender su relación con el hecho inquirido; esto es, ya un dato por completar, ya una incógnita por determinar, ya una hipótesis por verificar, lo mismo sobre la materialidad del delito que sobre la identificación del culpable y acerca de las circunstancias del acto incriminado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Octava Época:

NOTA:

Tesis IV.2o.J/29, Gaceta número 72, pág. 77; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XII-Diciembre, pág. 757.

En la teoría finalista del delito ya no se establece que los elementos subjetivos del tipo, pertenezcan a la culpabilidad, porque refiere Román Quiroz que “El punto de partida teórico del finalismo se halla en la crítica de *Welzel* al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento neokantiano. *Welzel* fijó como estructura lógico-objetiva absolutamente fundamental para el Derecho Penal a la acción humana, distinguiendo en ella la característica decisiva de la estructura final, esto es, la capacidad específica del ser humano de prever en determinada medida, y sobre la base de su saber causal, las posibles consecuencias de su actividad, de marcarse, por ello, objetivos diversos y de dirigir aquella actividad con arreglo a un plan hacia la obtención de dichos fines”.²⁷⁶

Una vez que hemos establecido la base fundamental, en la que se sustenta la teoría finalista del delito como nos lo explica la autora que hemos citado, es importante señalar que la causa por la que se considera aplica la teoría final de la acción, al delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, es porque dentro

²⁷⁶ ROMAN QUIROZ, Verónica, óp. cit., pp. 149-150.

de este se contempla un elemento subjetivo específico como la finalidad de comercio, porque el ser humano cuenta con la capacidad específica de prever en determinada medida objetivos diversos y dirigir su actividad con arreglo a un plan trazado, para la obtención de fines como el comercio, la distribución, el tráfico o cualquier otra hipótesis que prevé el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal.

Por lo que la forma de poder ser objetivos al realizar el juicio de reproche de la conducta precisa, que se manifestara con la posesión de narcóticos, es la confesional y no así la circunstancial o indiciaria, pruebas que acreditan de nueva cuenta que el proceso penal federal se encuentra viciado con las tendencias inquisitoriales y que se contraponen al Derecho de una defensa adecuada, motivo por el que se cita el siguiente criterio de jurisprudencia:

No. Registro: 904,241

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 260

Página: 190

Genealogía: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, marzo de 1996, página 477, Primera Sala, tesis 1a./J. 7/96;

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.

Novena Época:

Contradicción de tesis 5/95.-Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.-16 de febrero de 1996.-Cinco votos.-Ponente: Juventino V. Castro y Castro.-Secretaria: María Elena Leguizamón Ferrer.

Para corroboración del criterio que se cita, Orellana Wiarco nos dice que “Para el finalismo, la acción (u omisión) se encuentran previstos en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, ésta impregnada de finalidad; así cuando el tipo dice: “al que engañando”, “al que se apodere”, etc., está considerando acciones graves socialmente negativas, con un sentido final”.²⁷⁷

Nos dice el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal que se impondrá de cinco a quince años de prisión y multa de cien a trescientos cincuenta días al que posea alguno de los narcóticos que se señalan en el artículo 193 del mismo ordenamiento, pero esta posesión debe ser con la finalidad de realizar cualquiera de las conductas que se establecen en el artículo 194, con lo que queda demostrado que efectivamente el tipo se encuentra impregnado no solamente de una finalidad sino de varias y diversas finalidades, cuestión esta por la que el legislador no es preciso en mencionar ¿Por qué las conductas que se propone realizar el sujeto son valoradas de igual manera, toda vez que todas cuentan con la mismo grado de punibilidad? Es decir, que el legislador considera que da lo mismo poner en peligro la salud pública, mediante la obtención de un lucro como es en el caso del comercio de narcóticos, que en el caso del suministro gratuito, situación con la que no estamos de acuerdo, toda vez que en el caso del suministro gratuito será voluntad final de la

²⁷⁷ ORELLANA WIARCO, Octavio, óp. cit., p. 96.

persona a la que se le ofrece aceptar o no el narcótico, mientras tanto, en lo que respecta al comercio, la persona que vende y la persona que adquiere el narcótico, crean derechos y obligaciones recíprocos, porque el primero se obliga a entregar el narcótico, mientras que el segundo se obliga a pagar el precio fijado, cuestiones que no pueden ser valoradas de la misma manera, por el legislador ni por el juzgador, por lo tanto, se considera que si bien se protege en todo momento el bien jurídico de la salud pública, también es cierto que de acuerdo a lo establecido por el Código Federal de Procedimientos Penales, para acreditar el fin mediante la prueba circunstancial, realizando un esfuerzo por razonar y deducir de las meras circunstancias objetivas el comercio de narcóticos, atenta flagrantemente contra la exacta aplicación de la ley penal, al no tenerse previamente constatado mediante un medio de prueba directo y material uno de los elementos del delito como lo es la finalidad de comercio, medio de prueba que puede ser obtenido de dos maneras la primera como lo establece la jurisprudencia que se intitula Posesión de Estupefacientes y Psicotrópicos en Delitos contra la Salud. Su Necesaria Vinculación con la Finalidad, la cual precisa que la prueba idónea para acreditar dicho fin es la confesional y la segunda prueba mediante la intervención de comunicaciones que se establece en el artículo 16 Constitucional, mediante los cuales si bien es cierto, no se da una confesión lisa y llana, pero si se obtiene una confesión extrajurídica en virtud de que existe prueba material y directa para establecer la finalidad exacta de la posesión del narcótico.

En este sentido tenemos que Miguel Ángel Aguilar López nos expone un breve estudio dogmático del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio y nos señala que se debe acreditar “1. La existencia física de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal, a guisa de ejemplo: Cannabis Sativa L., conocida como marihuana. 2. El referido narcótico sea objeto de posesión, es decir que el activo la mantenga bajo su radio de acción y disponibilidad inmediata. 3. La posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal; en la especie, comercio. 4. La conducta se

realice en contravención a disposiciones de orden público, como lo son el Código Penal Federal y la Ley General de Salud”.²⁷⁸

Consideramos que como elementos objetivos o externos del delito en cuestión, tenemos que acreditar: la realización por parte del activo de una conducta en forma de acción, consistente precisamente en poseer un narcótico con la finalidad específica de su comercio; suceso con el cual, se vulnera el bien jurídico tutelado por la norma, consistente en la salud pública, ante el riesgo potencial de que la misma llegue a los miembros de la sociedad y por su consumo se genera una adicción en la especie humana.

El tipo penal en estudio, no requiere de calidad específica para los sujetos. El resultado es de naturaleza formal, pues sus efectos no trascienden del mundo material o factico.

El objeto material se constituye por el narcótico que es motivo de la posesión que puede ser marihuana como en el ejemplo citado por el autor, cocaína, Opio etc. Pues cualquiera de esas sustancias son las que recienten propiamente la acción posesoria del activo.

El tipo penal no requiere de algún medio específico para la consumación del evento. No requiere circunstancias particulares de lugar, tiempo, modo ni de ocasión.

Los elementos normativos contenidos en la descripción típica, son “posesión”; “comercio” y “narcóticos”; a los cuales les corresponde una valoración jurídica o cultural; en relación con el primer elemento o posesión se trata además de uno de los verbos rectores del tipo penal, el cual acorde con una interpretación doctrinal mayoritaria, se traduce en mantener el narcótico dentro del ámbito de acción y disposición; en relación al segundo de los elementos o comercio, su contexto resulta de una interpretación auténtica de ley, precisamente del segundo párrafo de la

²⁷⁸ AGUILAR LOPEZ, Miguel Ángel, óp. cit., pp. 163-164.

fracción I, del propio artículo 194, del Código Penal Federal; el cual, en lo conducente determina que por comerciar, se entiende vender, comprar, adquirir o enajenar un narcótico; en relación con el tercero de los elementos normativos en cita o narcótico, dimana igualmente de una interpretación autentica de lo que dispone el propio párrafo primero del artículo 193, del Código Penal Federal, en relación al 234 de la Ley General de Salud, de donde se desprende que la marihuana, cocaína, opio etc. Son considerados como narcóticos.

La norma penal exige en su subjetivo específico; caracterizado por el propósito concreto a que se tiene destinada la posesión del narcótico; en la especie, su comercio.

En este sentido tenemos el criterio de jurisprudencia que se cita a continuación:

Novena Época

Registro: 164364

Instancia: Primera Sala

Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXXII, Julio de 2010

Materia(s): Penal

Tesis: 1a./J. 31/2010

Página: 34

CONFESIÓN. TIENE ESE CARÁCTER LA DECLARACIÓN DEL INculpADO, EN EL CASO DEL DELITO CONTRA LA SALUD PREVISTO EN EL ARTÍCULO 195, PRIMER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, CUANDO NO RECONOCE EL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO REQUERIDO POR LA LEY Y ADUCE QUE LA POSESIÓN DEL NARCÓTICO ES PARA SU CONSUMO PERSONAL (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL VEINTE DE AGOSTO DE DOS MIL NUEVE).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la confesión, llamada impropia como calificada, es aquella en la que el acusado confiesa el hecho ilícito, pero introduce a su favor una causa excluyente o modificativa de responsabilidad. Dicha confesión, en principio, es indivisible y, por ende, debe admitirse en su integridad, pero si no es verosímil o se encuentra contradicha por otros elementos de prueba, entonces podrá dividirse, para tomar en cuenta sólo lo que perjudica al inculpado y no lo que le beneficia. **Atento a lo anterior, se concluye que la declaración del inculpado, en el caso del**

delito contra la salud en su modalidad de posesión de narcóticos referida en el artículo 195, primer párrafo, del Código Penal Federal, adquiere el carácter de confesión calificada, cuando reconoce la posesión del narcótico pero no la finalidad de realizar alguna de las conductas establecidas en el diverso numeral 194 del citado ordenamiento y, en cambio, aduce que el narcótico está destinado para su consumo personal. Ello es así porque tal declaración no entraña la negativa de delito alguno, en virtud de que puede actualizarse la posesión simple a la que alude el artículo 195 bis del Código Penal Federal, y además se prevale de una auténtica excluyente de responsabilidad, en términos del artículo 195, segundo párrafo, de dicho Código y 525 del Código Federal de Procedimientos Penales. **En este caso, pueden presentarse cualquiera de dos hipótesis, a saber: i) que sea creíble y verosímil el que la posesión del narcótico sea por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal, en términos del artículo 195, segundo párrafo, del Código Penal Federal, en cuyo caso la confesión no podrá dividirse y beneficiará en su integridad al procesado; o bien, ii) que la confesión al respecto no sea creíble ni verosímil y se encuentre contradicha, en cuyo caso constituirá una confesión calificada divisible, de la que sólo se podrá tener por cierto lo que le perjudica al inculpado y no lo que le beneficia.**

Contradicción de tesis 379/2009. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito; el entonces Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, actual Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito; Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito, anterior Cuarto Tribunal Colegiado del Quinto Circuito; y Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito. 27 de enero de 2010. Mayoría de tres votos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Tesis de jurisprudencia 31/2010. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinticuatro de febrero de dos mil diez.

Este criterio de jurisprudencia ha sido por contradicción de tesis, motivo por el que no es apropiado la utilización de los medios de prueba indirectos, como son la circunstancial o indiciaria, en virtud de que las pruebas también se encuentran sujetas a ciertos principios como lo son la presunción del dolo y la idoneidad. En este último principio, es en donde haremos una precisión más exhaustiva, al momento de abordar el tema de los medios de prueba para acreditar el delito de posesión de

narcóticos con fines de comercio, para establecer de manera comparativa el sistema procesal con tendencia inquisitorial que se encuentra vigente en la legislación federal y el sistema acusatorio que deberá entrar en vigencia en el fuero federal en un plazo no mayor a ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación del decreto Constitucional del 18 de junio de 2008.

Por lo que consideramos concluir que los elementos subjetivos específicos son un elemento del tipo penal de posesión de narcóticos con fines de comercio, motivo por el que el Ministerio Público, al ejercitar la acción penal, en contra de un probable responsable por la comisión de dicho delito, debe probar de forma directa, que la posesión del narcótico es con la finalidad de comercio, por lo tanto, el hecho de que se permita al juzgador realizar un esfuerzo por razonar mediante los elementos objetivos y deducir de estos la acción final para la que será destinada la posesión del narcótico, vulnera en perjuicio del acusado el Derecho a una defensa adecuada, al no poder defenderse de la presunción unilateral del juzgador, quien se anticipa a juzgar el hecho material, mediante las circunstancias expuestas por el Ministerio Público, las cuales en muchas de las ocasiones son fabricación de este, por ende, queda en total estado de indefensión el acusado, por otra parte el hecho de que el juzgador haga el esfuerzo de razonar mediante la acreditación de elementos objetivos, tratando de indagar una verdad aun no conocida y mucho menos probada de manera directa, crea la incertidumbre jurídica de poder precisar ¿Si ese razonamiento jurídico subjetivo es veraz y objetivo con la finalidad de la acción que se pretendía llevar a cabo? Toda vez que el juzgador es un ser humano plagado de defectos al igual que todo ser humano, y por lo tanto, al encontrarse plagado de defectos aun y cuando tenga las máximas de la experiencia, su juicio puede ser erróneo respecto de la finalidad exacta de la conducta, transgrediendo así el principio de la exacta aplicación de la ley penal, que se contempla en el artículo 14 Constitucional párrafo tercero.

Por otra parte, para que la confesión del imputado tenga validez jurídica, se requiere que se realice bajo ciertos requisitos como son:

- I. Que sea hecha por persona mayor de 18 años;
- II. Que se realice ante el Agente del Ministerio Público o Juez;
- III. Que sea de hecho propio que se encuentre tipificado como delito y que dicha declaración, sea hecha de forma libre y espontanea, en presencia de su defensor sin coacción alguna;
- IV. Que existan otros medios probatorios legales que corroboren el hecho declarado por la persona.

Como se ha señalado la confesional si no puede obtenerse de forma directa ante un órgano judicial, si se puede obtener de manera extrajudicial, haciendo uso de los medios legales que se contemplan dentro del artículo 16 párrafo decimotercero el cual menciona que “Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración...” Sin embargo se considera que tanto para la autoridad federal investigadora, como para los jueces federales, les es más práctico argumentar que mediante la denominada prueba circunstancial, se demuestra un elemento subjetivo específico del tipo, que realizar la labor de investigación y acreditación.

Es preciso aclarar que de acuerdo a la exposición de motivos de la entrada en vigencia del sistema acusatorio y oral para el Estado de México publicada en la Gaceta de Gobierno del Estado de fecha 09 de febrero de 2009, se establece que “La implementación de los juicios orales ha sido impulsada desde hace casi una década por empresarios, Organismos No Gubernamentales y gobiernos extranjeros. De primera instancia, por ejemplo se buscó impulsar que los juicios orales se instauraran a nivel federal, pero debido a que su propuesta no prospero, decidieron comenzar el cambio por los estados. Fue así como lograron que se aprobaran

reformas en estados como Nuevo León, Chihuahua, Estado de México y Oaxaca para poner en marcha los juicios orales, aunque cada entidad con su propio estilo”.²⁷⁹

Es por esta exposición de motivos que justificamos la investigación en el sistema acusatorio y oral, en virtud de que el retraso de la entrada en vigencia del sistema procesal penal, acusatorio y oral con tendencia adversarial en el fuero federal, se debe a cuestiones políticas, más no jurídicas, pero al establecerse en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los principios generales que rigen el proceso penal acusatorio y oral con tendencia adversarial, a partir de las reformas del 18 de junio de 2008, cualquier entidad federativa, incluidos el Distrito Federal y el fuero federal valga la redundancia, están obligados a establecer el proceso penalacusatorio y oral con tendencia adversarial, apegándose a los principios que se establecieron en dicho ordenamiento, esto atendiendo a lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución.

5.4 La Inconstitucionalidad del artículo 134 Párrafos Primero y Segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, en la Investigación del Delito de Posesión de Narcóticos con Fines de Comercio.

Como hemos estado mencionando a lo largo de este trabajo, la denominación de cuerpo del delito, ha sido utilizada, dentro de nuestro sistema procesal penal, como el conjunto de los elementos objetivos o externos, haciendo referencia con ello, a los indicios o vestigios materiales, que quedan como evidencia de que se ha cometido un delito.

De esta manera nos dice Guillermo Colín Sánchez “*Corpus delictio* cuerpo del delito, es un concepto de importancia capital en el Derecho de Procedimientos Penales, debido a que, la comprobación de la conducta o hecho punible, descrito por

²⁷⁹ Periódico Oficial del Gobierno del Estado Libre y Soberano de México, “**Gaceta del Gobierno**”, No. 25, 9 de febrero de 2009, p.78.

el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustenta”.²⁸⁰

Hemos establecido que para el estudio del delito, lo debemos realizar mediante la teoría estratificada o atómica, en donde se pueden apreciar las diferentes categorías que lo integran como lo es la conducta típica, antijurídica y culpable, ya que como se observa mediante la teoría unitario o totalizadora, como aquí lo refiere el autor Colín Sánchez en un sentido procesal, al precisar que debe ser entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, nos sería imposible establecer de acuerdo a este postulado, todos y cada uno de los elementos que se deben probar, para que la conducta descrita por la ley penal, sea considerada como delito.

El autor, al decir que el concepto de cuerpo del delito, ha sido de vital importancia en el Derecho Procesal Penal Mexicano, por ser entendido como un todo unitario en cuanto a los elementos que lo integran, se ha señalado, que la función del Derecho procesal, es regular los pasos y etapas que se deben seguir dentro de un procedimiento penal, en tanto que la materia sustancial para iniciar con un procedimiento en materia penal, nos la da el Derecho Penal, es decir, que el aspecto fundamental del proceso, lo encontramos en las conductas que describe el Código Penal Federal.

Vázquez Padilla hace la siguiente precisión respecto a la función procesal del tipo, cuestión por la que hace alusión de que la opinión de los procesalistas, estuvo dividida por cuanto hace al cuerpo del delito y dice que “Hasta antes de que entrara en vigor la reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales (1993), la opinión de los procesalistas se encontraba dividida entre quienes entendían al más puro estilo de Beling que el cuerpo del delito estaba conformado exclusivamente por los elementos descriptivos del tipo y el sector doctrinal que opinaba, a la usanza neocausal, que

²⁸⁰ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 373.

dicha figura comprendía, además, los elementos normativos y subjetivos que ocasionalmente se incluían en la descripción legal”.²⁸¹

Al encontrarse dividida la opinión de los estudiosos del Derecho procesal penal respecto a lo que se debe entender como cuerpo del delito o tipo penal, se crea incertidumbre jurídica, al no poderse precisar en el Código Procesal respectivo, si solamente se debían considerar elementos meramente objetivos o como lo señala el autor, que además, debían considerarse los elementos normativos y subjetivos, esta división de opiniones, hoy en día en nuestro sistema de proceso penal, sigue dando de qué hablar, a tal grado que por ejemplo el artículo 134 párrafo primero del Código Federal de Procedimientos Penales, exime al Ministerio Público Federal, de la obligación de acreditar plenamente, la forma de realización de la conducta y los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera por lo que se trae a colación el artículo:

“Artículo 134. En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los tribunales y expresará, **sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera**, así como las demás circunstancias que la ley prevea”.

Otra de las cuestiones por la que no estamos de acuerdo en que se siga manejando dentro del Derecho procesal penal, el concepto de cuerpo del delito y se dé marcha atrás de nueva cuenta respecto de la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, es porque Orellana Wiarco opina que “El concepto tipicidad parece arrancar a su vez del concepto de cuerpo del delito, pero el merito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora

²⁸¹ VÁZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, óp. cit., pp. 97-98.

y sistematizadora de la teoría del delito, que como instrumento técnico garantizara el principio de legalidad, garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado”.²⁸²

Considerando la finalidad principal de la sistematización de la teoría del delito y de acuerdo al objetivo primordial de implementar el proceso penal acusatorio y oral con tendencia adversarial, se puede deducir, que es coherente con este sistema, que se establezcan los elementos del tipo penal, ya que como se ha referido también, es a la parte acusadora a quien le corresponde llevar la carga de la prueba y por lo tanto garantizar el principio de legalidad frente al poder punitivo del Estado.

Por su parte Vázquez Padilla precisa respecto de artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales que “...del citado ordenamiento adjetivo, se estatuye que el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en términos del artículo 168, sin necesidad de acreditar, entre otros, los elementos subjetivos específicos”.²⁸³

De esta opinión nace el siguiente cuestionamiento ¿Si el Ministerio Público no se encuentra obligado acreditar los elementos subjetivos específicos para ejercitar la acción penal, a quien le corresponde? De acuerdo al artículo 21 Constitucional la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, entonces bien, si son los encargados de investigar los delitos ¿Por qué el artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales lo exime de acreditar los elementos subjetivos específicos del tipo? Consideramos que existe una incongruencia entre el dispositivo legal de la Ley Suprema y el dispositivo legal de la ley adjetiva secundaria, por ende, se presume una violación a los principios de inocencia y al de reserva de la ley penal, los cuales se contemplan en los artículos 14 párrafo tercero y 20 fracción I del apartado “B” de la Constitución Federal y que a continuación se invocan:

Artículo 14...”

²⁸² ORELLANA WIARCO, Octavio, óp. cit., p. 16.

²⁸³ VÁZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, óp. cit., p. 98.

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

Artículo 20...”

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

II...”

Siguiendo con el mismo autor refiere que en el segundo párrafo del propio precepto “...se establece que no obstante lo dispuesto en el artículo 15, fracción II del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar acción penal en los términos del párrafo anterior y que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador después de dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos”.²⁸⁴

De nueva cuenta queda al descubierto la tendencia inquisitorial del sistema procesal penal que se contempla en el Código Federal de Procedimientos Penales, al referir dicho dispositivo legal, que las excluyentes del delito que se actualicen por falta de elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador después de dictar auto de formal prisión o de sujeción a proceso, es decir, que como el Ministerio Público no tiene la obligación de investigar y acreditar los datos de los cuales se pueda desprender la existencia de los elementos subjetivos que contempla la descripción del tipo penal, entonces la excluyente de responsabilidad que menciona la fracción II del Código Penal Federal consistente en la “...inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”. Deberá analizarse, cuando al sujeto que se considera Probable Responsable de una

²⁸⁴ *Ibíd.*, p.99.

conducta delictiva, se encuentre en prisión preventiva o sujeto al proceso, mientras tanto, el principio de inocencia, vuelve a ser transgredido flagrantemente, al castigarse sin sustento probatorio veraz que demuestre la culpabilidad o atribuibilidad de la conducta que se le imputa al sujeto.

Por cuanto hace a la relación del aspecto dogmático y procesal penal Díaz Aranda hace el siguiente comentario “A la dogmática jurídica le corresponde interpretar a través de criterios y reglas si una conducta es o no constitutiva de alguno de los delitos previstos en el Código Penal. Para dicho análisis se han creado sistemas (clásico, neoclásico, finalista y funcional) que parten de las mismas categorías básicas (tipo, antijuridicidad y culpabilidad), cuyo contenido y estructuración interna puede variar...Corresponde, en cambio, al Derecho adjetivo determinar las reglas bajo las cuales se deberá procesar a quien se le imputa la comisión de un delito para poder imponer la pena correspondiente”.²⁸⁵

Por lo que se considera que al artículo 134 párrafo primero y segundo del Código Federal de procedimientos Penales, no le compete establecer cuáles son los elementos que integran o no la descripción típica del delito de que se trate, solamente deben referirse a que los medios de prueba deben ser los suficientes e idóneos para demostrar la existencia de los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal, por lo que al señalar que el Ministerio Público para ejercer la acción penal no necesita acreditar plenamente la forma de realización de la conducta y los elementos subjetivos específicos cuando la descripción legal lo requiere, invade el aspecto dogmático del Derecho penal y es aquí cuando se conflictúan los criterios político criminales, porque tratan de mantener una supuesta seguridad jurídica mediante un sistema causalista clásico de la teoría del delito, en donde lo que interesa es meramente el resultado delictivo causado, sin tomar en consideración la existencia de elementos subjetivos que se encuentran descritos en el tipo, por lo que continuamente se viola en perjuicio del ciudadano la seguridad jurídica que debe brindar un Estado moderno, democrático y social.

²⁸⁵ DIAZ ARANDA, Enrique, p. 205.

Se concluye que el artículo 134 párrafo primero y segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, son inconstitucionales, en virtud de que no garantiza dicho precepto legal la seguridad jurídica de los ciudadanos en materia penal, toda vez que le allana el camino al Ministerio Público, al no exigirle la investigación y acreditación plena de la forma de realización de la conducta y de los elementos subjetivos específicos cuando la descripción legal lo requiere, siendo que Constitucionalmente el artículo 21 precisa que la investigación de los delitos le corresponde al Ministerio Público y a las policías, por lo tanto, no existe razón jurídica por la que el artículo 134 exima de la obligación al Ministerio Público de probar la forma de realización de la conducta y los elementos subjetivos específicos cuando la descripción legal lo requiere.

Como consecuencia de esto, se castiga de manera injustificada a una persona haciendo uso de la prisión preventiva, toda vez que el segundo párrafo del dispositivo legal en cuestión precisa que "...las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizadas por el juzgador después de que haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda..." Cuestión por la que queda al descubierto el sistema con tendencia inquisitorial que aplica en el fuero federal y que por lo tanto toda persona se presume culpable hasta que demuestre su inocencia.

5.5 Los Medios de Prueba para Acreditar el Delito de Posesión de Narcóticos con Fines de Comercio.

Este punto es de suma importancia, ya que en cuestión de delitos contra la salud en su modalidad de posesión de narcóticos con fines de comercio, con frecuencia se utiliza la prueba indiciaria, presuncional o circunstancial, para demostrar que la posesión de narcóticos es con fines de comercio, mismo medio de prueba que es utilizado por el órgano jurisdiccional, para subsanar la deficiencia de la investigación realizada por el Ministerio Público Federal, como se expuso en el punto anterior, se le exime de la obligación de acreditar plenamente la forma de realización de la

conducta y los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera.

Primeramente se establecen los principios que rigen la prueba en materia penal como la pertinencia y la utilidad, así tenemos que Colín Sánchez refiere que “La prueba, cuando es pertinente, es un medio apropiado para la realización de los fines específicos del proceso penal. En otros términos, debe ser idónea; de lo contrario, no se llegaría al conocimiento de la verdad sino al absurdo”.²⁸⁶

De esta manera se puede establecer que anteponer la prueba circunstancial, sobre la confesional, para demostrar el elemento subjetivo específico, de la finalidad de comercio de narcóticos, resulta inverosímil, por lo tanto, es absurdo que mediante el razonamiento lógico formal que realiza el juzgador, se pueda crear la certeza jurídica de que la posesión de los narcóticos sea en todos los casos para fines de comercio, mas aun cuando es el juzgador quien realiza este raciocinio y no la parte acusadora como en este caso lo es el Ministerio Público Federal.

Además de que el artículo 195 párrafo primero del Código Penal Federal, nos reenvía de forma genérica a las hipótesis que se establecen en el artículo 194, y dentro de este, en la fracción I, se establecen diversas hipótesis que se pueden llevar a cabo, entre las que encontramos el comercio.

Por lo que respecta a la utilidad nos precisa que “No siempre lo útil resulta eficaz a los fines propuestos; empero, como en el medio jurídico, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente (art. 20, frac. V), se ordena, en cuanto al procesado: “...se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca”; la interpretación irracional, me llevaría a concluir que todo lo promovido por aquél, en el orden probatorio, debe ser aceptado”.²⁸⁷

²⁸⁶ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 416.

²⁸⁷ Ídem., p. 416.

Efectivamente de acuerdo a la fracción V de la Constitución se precisaba hasta antes de la reforma de junio de 2008, que al procesado se le recibieran los testigos y demás pruebas que ofrezca, situación que aún prevalece en el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 128, fracción III, inciso e), pero cabe señalar que a partir de la reforma Constitucional que se precisa, se hace mención ahora en su fracción IV a la pertinencia de la prueba, al mencionarse que “Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes...”, es decir, que la prueba debe ser la apropiada para demostrar su inocencia por lo que se presume que si al acusado se le impone esta obligación, cuanto y más a la parte acusadora, quien deberá demostrar que la prueba que ofrece es la apropiada para demostrar que la posesión de narcóticos es con fines de comercio.

Otro principio que opera en materia de prueba penal es la presunción de dolo para Martínez Garnelo “La presunción del dolo atañe al procedimiento penal y concretamente a la prueba, independientemente de que con anterioridad los Códigos Penales señalaban que “la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario”.²⁸⁸

Es decir que la pura imputación de la conducta se presumía dolosa, por lo que no operaba el principio de inocencia a favor del acusado, bastaba que existiera la presunción de que lo había cometido para ser sujeto de proceso penal, es por tal situación que en nuestro país la mayoría de la gente en un lenguaje ciudadano se expresa que aquí eres culpable hasta que logres demostrar tu inocencia, cuestión que se desprende de la manera en que se encontraban redactados los Código Sustantivos y Adjetivos de los Estados de la República y de la Federación, hasta antes de la reforma de septiembre de 1993.

En este sentido Luna Castro precisa que “...antes de la reforma constitucional de septiembre de 1993, generalmente coinciden en los siguientes aspectos: a) Definición del delito o infracción penal como acto u omisión sancionado por la ley

²⁸⁸ MARTINEZ GARNELO, Jesús, “La Prueba Indiciaria o Circunstancial”, Editorial Porrúa, México 2010, p. 8.

penal; b) Las posibles formas de realización: intencional o imprudencial (en algunos casos se admitirá también la preterintención), lo que no deja lugar a duda del corte tradicional o causalista de todos esos ordenamientos al considerar al equivalente del dolo o culpa como formas de culpabilidad y no como elementos típicos; c) La existencia de la llamada presunción de intencionalidad (en contraste con la legislación federal y del Distrito, donde se presumió desde la reforma de 1984)".²⁸⁹

Cuestión por la que en materia procedimental, siempre se ha presumido la presunción de culpabilidad dolosa mediante la cual se deja al acusado la carga de probar su inocencia, tan es así que de acuerdo a los postulados que se establecían en los Código Penales de los Estados y de la Federación, la presunción de dolo no se destruía aunque el acusado pudiese probar circunstancias como la de no haberse propuesto ofender a determinada persona; que no se propuso causar el daño que resultó; que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla etc.

En este tenor de ideas podemos precisar cuál ha sido el sentido de la prueba presuncional, indiciaria o circunstancial con la que se pretende demostrar el fin último de la conducta y mediante la cual se anticipa un juicio futuro, así tenemos que Colín Sánchez precisa que "La mayor parte de los procesalistas, consideran como medio probatorio a lo denominado: indicios, presunciones o circunstancias".²⁹⁰

De acuerdo al punto de vista de Colín Sánchez, la prueba circunstancial, indiciaria o presuncional es un todo genérico que se subdivide en tres especies.

Al respecto Elías Polanco nos dice que indicio es el "Elemento probatorio indirecto, obtenido de las circunstancias que rodean al hecho que se investiga, al proporcionar las pautas para que racionalmente se determine su existencia".²⁹¹

²⁸⁹ LUNA CASTRO, José Nieves, óp. cit., pp. 144-145.

²⁹⁰ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 537.

²⁹¹ Voz, Prueba, óp. cit., voz POLANCO BRAGA, Elías, p. 105.

Si el indicio es un medio de prueba que rodea al hecho que se investiga, entonces corresponde a la parte acusadora probar ante el juzgador de forma racional que las circunstancias son las apropiadas para realizar la conducta, por lo que se acusa a una determinada persona, por ejemplo: En los delitos contra la salud en su modalidad de posesión de narcóticos con fines de comercio se puede desprender de la cantidad y clase de este, que la posesión es con fines de comercio, pero además se debe considerar las circunstancias del lugar en que se encontró al sujeto en posesión del narcótico, así tenemos que en el caso de que el sujeto sea interceptado por la marina en aguas nacionales a diez millas náuticas de distancia del territorio nacional en posesión de 2 kg. De marihuana se presume y deduce que es con fines de comercio, siendo que el fin último de la conducta puede ser el comercio, suministro gratuito o distribución de los 2 kg. Pero sin embargo si con la misma cantidad es interceptado en su vehículo ¿Cómo se puede precisar mediante el indicio que rodea al hecho que la posesión del narcótico es con fines de comercio y no para su consumo personal o suministro gratuito? De acuerdo al artículo 477 de la Ley General de Salud “Se aplicara pena de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días multa al que posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla, sin la autorización a que se refiere esta Ley, cuando por las circunstancias del hecho tal posesión no pueda considerarse destinada a comercializarlos o suministrarlos, aun gratuitamente”.

Bajo estas consideraciones de las circunstancias que se exponen Martínez Garnelo opina “Por ello reitero, para mí, hoy día esta es la prueba base o reina de las pruebas penales en donde prácticamente deben sustentar sus bases todo razonamiento lógico de aquellos datos o hechos que se conocen con aquellos que uniéndolos o concatenándolos en conjunto, nos informan, conforman y nos dan la pauta en la emisión de un determinado fallo judicial con carácter indiciológico y bajo el principio de la prueba circunstancial o presuncional”.²⁹²

²⁹² MARTINEZ GARNELO, Jesús, óp. cit., p. 129.

De acuerdo a la prueba indiciaria, se establece que de los hechos manifestados en el mundo factico se realiza un esfuerzo racional por encontrar la verdad material del hecho criminoso por el que se pretende instaurar un proceso penal, pero cabe preguntarse ¿Cuál es ese esfuerzo racional que realiza el juzgador por precisar la conducta exacta por la que aplicara la sanción? ¿Este esfuerzo por razonar carece de equivocación y por lo tanto, debe ser aceptado como una verdad material del hecho criminoso? Para responder al primer cuestionamiento de acuerdo a las reglas del silogismo se debe establecer una premisa mayor que en el caso de la posesión de narcóticos, consiste en un juicio *a priori* que se hace mediante la apreciación de la posesión del narcótico de forma cualitativa y cuantitativa, entre tanto, la premisa menor se pretende establecer mediante las circunstancias en que se posee el narcótico, por lo tanto, se concluye de manera deductiva y no inductiva, que la posesión del narcótico es con fines de comercio, de acuerdo a la situación social, económica y política que se vive en el mundo, sin embargo, debe precisarse que este silogismo puede tener falibilidad en cuanto al fin último, toda vez que el artículo 195 párrafo primero en relación al 194 fracción I hipótesis de comercio, ambos del Código Penal Federal. Se precisan otras conductas, que también se pueden llevar a cabo y que no necesariamente deben atender a las circunstancias del lugar en que se encontró en posesión del narcótico al sujeto.

Respecto a esta prueba nos dice Pastrana Berdejo que “En efecto, en lo que respecta a los sistemas procesales, si se estuviese en uno de corte inquisitivo, el Juez no necesita que las partes le soliciten determinado medio de prueba; puede ser necesario para comenzar la instrucción que el Fiscal efectúe el requerimiento, pero una vez hecho el mismo el Juez es el dueño de la investigación y dispone las medidas de prueba que el estime necesarias o útiles”.²⁹³

Atendiendo a esta situación, el artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales precisa que “...el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen

²⁹³ PASTRANA BERDEJO, Juan David, et. al., óp. cit., p. 189.

conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho”.

En este sentido se advierte que la prueba circunstancial o indiciaria no es contraria a derecho, en virtud de que se está ante la presencia y aplicación de un sistema procesal con tendencia inquisitorial, sin embargo por lo que respecta al sistema procesal con tendencia acusatoria y atendiendo al principio de inmediación, será la parte acusadora la encargada de establecer la prueba idónea para demostrar el fin último de la conducta, mientras tanto, el juzgador será solo un espectador del proceso, por lo que a las partes les corresponde probar la pertinencia de sus pruebas, para así poder sustentar las hipótesis que le sean planteadas al juzgador.

Por su parte Colín Sánchez refiere que “el indicio, es toda mutación que la realización de delito deja en el mundo exterior”.²⁹⁴

Para este autor el indicio debe dejar una mutación en el mundo exterior, pero por lo que respecta a la posesión de narcóticos con fines de comercio, aun no se ha verificado esa mutación, solamente se ha manifestado la conducta de la posesión, por lo que el indicio solamente puede precisar la existencia del narcótico y no el fin último de la conducta.

Para Martínez Garnelo el indicio “...es un hecho conocido del cual se da otro desconocido mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica y crítica, basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos y técnicos, de ahí que también se puede decir que los indicios constituyen los elementos esenciales conformados por hechos y circunstancias conocidas que se utilizan como base del razonamiento lógico del juzgador para considerar como ciertos, hechos diversos de los primeros, pero relacionados con ellos desde la óptica causal o lógicamente”.²⁹⁵

²⁹⁴ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 539.

²⁹⁵ MARTINEZ GARNELO, Jesús, óp. cit., pp. 130-131.

Como se ha precisado la operación lógica y crítica puede ser errónea, recordemos que el error consiste en tener una apreciación equivocada de la realidad objetiva, por lo tanto, es imposible que mediante esta prueba se logre acreditar el fin preciso por el que se posee el narcótico, pero la Suprema Corte se ha pronunciado al respecto y a establecido el siguiente criterio de jurisprudencia:

Novena Época
 Registro: 904681
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Jurisprudencia
 Fuente: Apéndice 2000
 Tomo II, Penal, Jurisprudencia TCC
 Materia(s): Penal
 Tesis: 700
 Página: 583

Genealogía:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, marzo de 2000, página 909, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis XXIII.1o. J/14; **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, QUE PUEDE ACREDITARSE CON PRUEBA CIRCUNSTANCIAL.-**

Conforme al texto del artículo 195 del Código Penal Federal, el hecho de 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. **Sin embargo, como dicho elemento en la mayoría de los casos no es posible acreditarlo con la prueba directa, en esa hipótesis legalmente procede su comprobación con la prueba circunstancial.**

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO.

Novena Época:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, marzo de 2000, página 909, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis XXIII.1o. J/14; véase la ejecutoria en la página 910 de dicho tomo.

De forma expresa, la Suprema Corte de la Nación reconoce la idoneidad de la prueba confesional como prueba directa para acreditar el fin último de la conducta, pero sin embargo, hace la precisión que en virtud de que en la mayoría de los casos no es posible acreditar dicho elemento subjetivo mediante la prueba directa, tiene que legitimar un medio de prueba contrario a este principio por cuestiones de política criminal, así mismo, es de apreciarse que al realizar esta valoración, el máximo tribunal rompe con el principio de legalidad que se establece en el artículo 14 Constitucional párrafo tercero y por ende se transgrede la seguridad jurídica de los mexicanos.

Aguilar López nos señala que “La prueba indiciaria tardó en admitirse en el procedimiento penal, porque con el sistema inquisitivo se procesaba a cualquier individuo por mínima que fuera la sospecha del delito. Dicha prueba supone, un elemento fáctico que autoriza una deducción, como consecuencia de él, y permite afirmar un hecho oculto, a través de una inducción, siendo el indicio un dato objetivo que permite a través de un razonamiento lógico despejar la incógnita”.²⁹⁶

Efectivamente si la prueba indiciaria tardó en admitirse en el procedimiento penal, esto no fue por causas desconocidas, ya que hasta antes de la reforma Constitucional de septiembre de 1993, los Códigos Penales hacían mención expresa del principio de la prueba dolosa, al precisar que la presunción de un delito era intencional, por lo que bajo este rubro, era innecesaria la concatenación de indicios objetivos.

El problema que se observa en esta prueba es en la etapa de investigación consistente en lo siguiente: el artículo 195 párrafo primero del Código Penal Federal menciona que “...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 ambos de este Código”. De acuerdo con este

²⁹⁶ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio” óp. cit., p. 196.

tipo penal, a la persona que posea alguno de los narcóticos que señala el artículo 193 será sancionado. Hasta antes de las reformas a la Ley General de Salud, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 2009, cualquier persona que se encontrase en posesión grande o pequeña de algún narcótico (marihuana, cocaína, LSD etc.) Podía ser sujeta de un proceso penal, en virtud de que del indicio de la posesión, se podía desprender que la posesión podía ser para fines de comercio, suministro, transportación o distribución; aquí cabe cuestionarse ¿Mediante la prueba indiciaria, consistente en determinadas cantidades que no rebasen los 250 grs. como se puede precisar el fin último de la conducta, mediante la deducción para afirmar un hecho oculto? Se considera que es imposible que mediante dicha operación lógica inductiva, se pueda precisar a ciencia cierta cuál será el fin exacto de la conducta, pero independientemente de eso, el legislador prefirió ser genérico al respecto y sanciono de igual forma el comercio, la transportación, el suministro o la distribución, motivo por el que se considera que se vulnera el principio de la exacta aplicación en sentido amplio, porque el artículo 14 Constitucional párrafo tercero refiere que "...queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Cárdenas Rioseco nos dice que "El proceso penal tiene por objeto descubrir la verdad creando en el estado intelectual del juez la certeza de que los hechos delictivos motivo del proceso efectivamente sucedieron en el pasado; sin embargo, para que el juez tenga esa certeza existen estados intelectuales intermedios que pueden ser: la probabilidad y la duda".²⁹⁷

Para crear la certeza en el estado intelectual del juez, las partes que se conflictúan deben probar plenamente ante el órgano jurisdiccional que cuentan con los medios o instrumento necesarios para acreditar la conducta antijurídica, o en su defecto, la inexistencia o atipicidad de la conducta, por lo tanto, será primeramente a la parte acusadora a quien le corresponda probar la lesión o puesta en peligro del

²⁹⁷ CARDENAS RIOSECO, Raúl F. óp. cit., p. 93.

bien jurídico que tutela la norma, mientras que el imputado y su defensa tendrán la carga de probar que jamás se puso en peligro el bien jurídico o si bien existió un peligro, la conducta resulta atípica, tal es el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio, en donde se debe precisar primeramente que la posesión de determinada cantidad de narcótico es para comercio y posteriormente se debe precisar que la cantidad es exclusivamente para el consumo personal, para crear en el juez el estado intelectual de la probabilidad y la duda, para esta situación la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el siguiente criterio de jurisprudencia:

No. Registro: 904,241

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice 2000

Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Tesis: 260

Página: 190

Genealogía: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, marzo de 1996, página 477, Primera Sala, tesis 1a./J. 7/96;

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.

Algunos autores como Colín Sánchez, clasifican a los indicios en anteriores, concomitantes y posteriores, así tenemos entonces que “La certeza sobre esta clasificación, está en considerar que en la conducta criminal en especial, en los delitos dolosos, la exteriorización del pensamiento criminal, en actos positivos e idóneos, nos lleva a encontrar, mediante los indicios, los actos preparatorios, la tentativa, acabada o inacabada, y el delito consumado; en igual forma nos conduce a describir, en la conducta de los hombres, su estrecha vinculación al delito cometido, ya en la complicidad correspectiva, como concierto previo para realizar el evento punible; ya en su autoría intelectual (indicio anterior); ya en su autoría material, como ejecutor (indicio concomitante); o bien, en su participación como encubridor (indicio posterior)”.²⁹⁸

De acuerdo a esta clasificación, la certeza esta en considerar la conducta criminal en especial, cuestión que en la actualidad se complica aún más, por las reformas que se han venido dando en materia de salud, primeramente porque se hace mención en el artículo 479 de la Ley General de Salud, de un cuadro que de manera cualitativa y cuantitativamente, permite el uso de ciertas sustancias que se consideran narcóticos para el consumo personal.

Por otra parte hace alusión a la exteriorización del pensamiento criminal, cuando en nuestra legislación no es factible de ser sancionado, hasta en tanto no se concrete en sí misma la conducta en el mundo factico, por lo tanto, la mera posesión de narcóticos no puede ser sancionada con fines de comercio, suministro, distribución o transportación, en tanto no sea comenzado a ejecutar la acción, por lo que tratar de desprender del hecho conocido un hecho por conocer, nos puede lleva a un error de la exacta aplicación de la ley, esto en virtud de que se anticipa el juicio del juzgador al

²⁹⁸ COLIN SANCHEZ, Guillermo, óp. cit., p. 540.

mero peligro que se genera con la posesión del narcótico, sin embargo, no es factible precisar la conducta exacta que será realizada, hasta en tanto el sujeto no manifieste la conducta.

Por último, hace referencia a las calidades de autoría, participación o encubridor, las cuales se pueden desprender de los meros indicios exteriores manifestados en el mundo real, pero en lo que respecta a los delitos dolosos de mero peligro como lo es la posesión de narcóticos, aun no se puede precisar el fin último de la conducta sino se ha obtenido un medio de prueba directo que no necesariamente debe limitarse a la mera confesión hecha por el sujeto ante el Ministerio Público o Juez, sino que se puede obtener de acuerdo a lo establecido por el artículo 16 párrafo decimo cuarto de la Constitución el cual precisa que “Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular de Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor”.

Martínez Garnelo refiere que la concatenación de indicios y de acuerdo a los principios de utilidad y pertinencia se desprende la prueba circunstancial la cual nos dice que “En otro orden de ideas, correlacionado con el tópico en análisis dentro de la diversidad de pruebas permitidas inmaterial penal tenemos la prueba circunstancial, la cual se obtiene mediante el enlace de indicios obtenidos para obtener una verdad resultante, sin embargo, no debe soslayarse que su concatenación legal exige como condición lógica en cada indicio, un determinado papel incriminador, lo anterior, para evitar el incurrir en un grave error judicial, al articularse falsos indicios para pretender construir la prueba de la responsabilidad”.²⁹⁹

²⁹⁹ MARTINEZ GARNELO, Jesús, óp. cit., pp.

Efectivamente la prueba circunstancial se desprende de la concatenación o enlace de indicios, pero cabe decir que en nuestro sistema de justicia penal, la etapa de investigación se realiza con la mera acreditación objetiva del hecho criminoso, mediante la apreciación externa o material de los elementos del tipo penal, dejando de lado por acreditar los elementos subjetivos específicos cuando la descripción del tipo lo establece, tal es el caso de la posesión de narcóticos con fines de comercio que se regula en el artículo 195 párrafo primero en relación al 194 fracción I hipótesis de comercio, situación que se contradice a los principios de seguridad jurídica y legalidad respecto a la debida fundamentación y motivación, por lo que la prueba circunstancial no opera en los términos que establece el autor, y sin embargo, es el órgano judicial el encargado de subsanar la deficiencia del enlace de indicios, toda vez que el Ministerio Público no investiga la conducta criminoso y se limita acreditar el hecho acaecido, sin considerar la finalidad de la conducta y dejando en manos del juzgador el supuesto esfuerzo lógico racional de acreditar mediante las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión el fin último de la conducta, lo que se traduce en la incógnita que debe ser despejada a partir del hecho conocido.

Por último Aguilar López refiere que “La importancia de esta prueba radica en que es imprescindible para que el juzgador efectúe sus razonamientos en la sentencia y para la valoración probatoria en conjunto, lo que permite obtener convicción sobre los hechos que se pretenden subsumir en un tipo penal y desprender la participación del inculpado”.³⁰⁰

Al respecto nos preguntamos ¿Cuáles son los razonamientos y la valoración probatoria que realizara el juez al momento de emitir su sentencia? Si de acuerdo al artículo 19 párrafo primero Constitucional solamente se requiere para dictar el auto de vinculación a proceso “...los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión”. Por lo tanto no es indispensable que el juzgador se esfuerce por desprender del enlace de indicios un hecho por conocer, ya que

³⁰⁰ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio” óp. cit., p. 196.

Constitucionalmente hablando, solamente basta la existencia de datos de que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que se acredite la responsabilidad de que el indiciado lo cometió, para ser condenado por la posesión de narcóticos con fines de comercio, con lo que se ajustaría a la normatividad positiva vigente, dando así cumplimiento a la legalidad, de acuerdo a lo que se entiende en nuestro sistema de justicia penal, sin considerar el aspecto ideológico de la justicia, el principio de exacta aplicación de la ley penal y mucho menos la atribuibilidad de la conducta o culpabilidad del sujeto, toda vez que con la mera posesión de narcóticos, en una cantidad que exceda en lo más mínimo los límites permitidos para el consumo personal, para ser sujeto de proceso penal en cualquiera de las hipótesis que plantean los artículos 475, 476 o 477 de la Ley General de Salud, o en su defecto, en lo dispuesto por el artículo 195 párrafo primero en relación al 194 fracción I hipótesis de comercio ambos del Código Penal Federal.

Juan David Pastrana Berdejo nos comenta al respecto "...para valorar la prueba indiciaria, el Juez requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes".³⁰¹

Opinamos que los indicios casi siempre son probados, ya que pertenecen al mundo factico en tanto que es factible poder establecer que una persona posee consigo determinada cantidad de narcóticos.

El problema existe para poder probar la finalidad para la que se posee el narcótico, situación por la que el autor nos dice que se deberán atender a las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.

Por lo que se concluye que la prueba indiciaria consiste en la acreditación de elementos existentes de manera material, que enlazados unos con otros, pueden

³⁰¹ PASTRANA BERDEJO, David, et. al., óp. cit., pp. 195-196.

proporcionar la deducción lógica de la existencia de una conducta delictiva que ha sido consumada.

Pero sin embargo, al tratar de establecer mediante un hecho conocido y desprender mediante el supuesto esfuerzo por razonar de forma lógica jurídica de acuerdo a la justipreciación de los indicios presentados tanto por el Ministerio Público para incriminar la conducta de una persona como delictiva, como en su momento la defensa debe presentar pruebas idóneas para demostrar su inocencia al juzgador, para que a partir de ese hecho conocido pueda conocer un hecho desconocido, o una hipótesis por comprobar que aún no ha creado una mutación en el mundo factico, resulta aberrante que ese juicio pueda carecer de error en la apreciación de la realidad, por lo tanto, se considera que la prueba circunstancial la cual se basa en el enlace más o menos natural y necesario de los indicios, pueda darnos a conocer los elementos subjetivos específicos que se contemplan dentro de la descripción típica del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio.

Al respecto la Suprema Corte, admite que ante la imposibilidad material de poder acreditar en la mayoría de los casos, mediante la prueba directa como la confesional la existencia de los elementos subjetivos específicos descritos en el tipo penal de la posesión de narcóticos con fines de comercio, contemplado en el artículo 195 párrafo primero en relación al 194 fracción I hipótesis de comercio, por cuestiones de política criminal, sea considerado que se pueden acreditar dichos elementos, mediante la denominada prueba circunstancial, lo cual rompe tajantemente con el principio de la exacta aplicación de la ley penal y la seguridad jurídica de los ciudadanos en México.

Por otra parte tenemos que con la reforma Constitucional de Seguridad y Justicia publicada en el mes de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, en los artículos 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero respectivamente se exige tanto para el libramiento de la orden de aprehensión como para el dictado de un auto de vinculación a proceso "...los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o

participo en su comisión”. Situación por la que el juzgador aun y cuando se haya implementado en la mencionada reforma un sistema de proceso acusatorio y adversarial y no uno con tendencia inquisitorial, como es el caso del proceso penal federal, no será necesario que se acrediten datos que presuman la existencia de los elementos subjetivos específicos que contempla la posesión de narcóticos con fines de comercio, basta con que se demuestren los datos que establezcan de que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que solamente exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió.

Por lo que con la mera posesión del narcótico, bastara para que el juzgador y no el Ministerio Público en su calidad de parte acusadora, pueda desprender mediante la prueba indirecta como lo es la indiciaria o circunstancial de la cantidad y calidad del narcótico, para que una persona pueda ser procesada por cualquiera de los fines a que se refiere el artículo 194 del Código Penal, esto considerando las cuestiones inquisitoriales que se siguen utilizando en la investigación de los delitos contra la salud como lo son: la denuncia anónima, la infiltración de elementos policiacos y la reserva de determinada información que obre dentro de la investigación que no se le da a conocer al acusado de dicho delito.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La existencia y utilización de los narcóticos, se ha dado durante toda la existencia de la humanidad, en las diversas etapas históricas en que el hombre ha vivido en sociedad, y las ha cultivado, creado de manera sintética y consumido con diversos objetivos; como pueden ser utilizados para los medicamentos de manera general, para los ritos religiosos de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad y de manera actual tanto en la cultura occidental como oriental, con un propósito de lucro masivo, toda vez que generan grandes ganancias económicas a quienes se dedican a esta actividad, lo que provoca que tanto a nivel nacional como internacional se ocasione un daño a la salud pública de las personas.

SEGUNDA.- En cuanto a los narcóticos, drogas, estupefacientes, psicotrópicos, consideramos que pueden establecerse desde la perspectiva semántica como sinónimos, toda vez que de manera general, estos términos no son propios de la materia jurídica en cuanto a su origen etimológico, sin embargo, compete a la química precisar sus componentes y efectos que se producen en los sujetos que son adictos al consumo de los narcóticos, ya que de la codependencia que puedan generar, el Estado establece la política de salud pública, en la que permite la legalización o prohibición de determinados narcóticos o su uso bajo determinados requisitos que se imponen, para que la salud pública, la convivencia social, pero sobre todo la estabilidad económica del Estado, no se vea afectada por cuestiones de un alto grado de adicción en sus diversas clases sociales.

TERCERA.- Consideramos que el delito es la acción u omisión típica, antijurídica y culpable, es de acción u omisión porque solamente se conocen esas dos formas de cometer delitos, es decir, es de acción cuando el agente lleva a cabo una conducta activa que lleva como resultado la violación de una normatividad, es de omisión, cuando el agente no lleva ninguna conducta tendiente a evitar la transgresión legal teniendo la obligación de evitarlo, o bien, deja de hacer lo que la norma penal establece como un deber hacer. Los autores dividen a la omisión en propia e

impropia, la primera castiga el no hacer la acción esperada y exigida como tal, no siendo necesario un resultado formal, en la omisión impropia, también denominados de comisión por omisión, en donde se castiga la no realización de la acción esperada y exigida por la ley debiendo de producir un resultado material. Es típica porque necesariamente dicha acción u omisión debe estar establecida en la ley como delito, adecuándose dicha acción u omisión a lo establecido en la normatividad. Es antijurídica porque no existe ninguna causa de justificación para haber llevado a cabo la conducta o la omisión respectiva catalogada como delito, como por ejemplo la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, impedimento legítimo o el consentimiento del interesado. Es culpable porque la persona que cometió un injusto penal se le reprocha su conducta contraria a la ley.

CUARTA.- Por lo que respecta al tipo penal, recordemos que es básicamente la descripción legal de la conducta, que el legislador establece como delictiva, pero además se debe precisar de forma correcta la acción u omisión que se pretende sancionar, para que de esta manera no se vulnere el principio de la exacta aplicación de la ley penal, mismo principio que se contempla de forma expresa en el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución Política Mexicana, además que debemos señalar que una de las funciones que ejerce el tipo penal es garantista desde el punto de vista Constitucional y sistemático desde el punto de vista de la doctrina penal, por lo tanto, concluimos que hay tipos penales que requieren para su comprobación de los tres elementos que se compone como son: los objetivos, subjetivos y normativos.

Así mismo, se concluye, que el tipo penal de posesión de narcóticos con fines de comercio, contiene en su descripción y composición elementos subjetivos específicos diversos al dolo, como la finalidad por la que se posee determinada cantidad o calidad de narcóticos, para efectos de no transgredir el principio de exacta aplicación de la ley penal, se requiere de probar los tres elementos que se establecen en el párrafo precedente.

QUINTA.- Una vez que hemos concluido con el tipo, pasamos a determinar lo referente a la tipicidad, la cual se da cuando la conducta realizada en el mundo factico, se ajusta a la descripción de la conducta que sanciona el Derecho penal, la cual es relevante para el mismo, es decir, que la conducta no solamente se debe encuadrar al tipo penal, sino que además debe ser valorada como antijurídica o contraria al comportamiento que se desea por el legislador, en el caso concreto, el legislador desea que las personas no comercien libremente con los narcóticos, porque se obtiene un beneficio económico, mediante la transgresión a un bien jurídico tutelado por la norma penal como lo es la salud pública, sin embargo, establece como excepción para poder comercializarlos, que se obtenga previamente la autorización que refiere la Ley General de Salud, situación por la que se actualizaría una atipicidad de la conducta, en este sentido, el beneficio económico que se obtenga por el comercio de los narcóticos no es valorada como antijurídica.

Tampoco se da la conducta antijurídica, en el caso de que una persona posea alguno de los narcóticos que se establecen en la tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud, siempre y cuando la posesión no rebase las cantidades que ahí se establecen para el uso personal e inmediato de las personas, sin embargo, es de hecho que lo mismo se puede comerciar una cantidad permitida, que una cantidad no permitida de narcóticos, situación que el legislador no previó al momento de implementar dicha tabla.

SEXTA.- En cuanto a los elementos subjetivos tenemos primeramente a los genéricos como el dolo y la culpa, siendo que el dolo consiste en la conciencia y la voluntad de conocer y querer la conducta que es contraria a lo establecido en la ley penal, por otra parte tenemos los elementos subjetivos específicos como es la finalidad de comercio de narcóticos, mediante la cual se obtienen ganancias económicas. Por lo tanto, cualquier persona que posea grandes o pequeñas cantidades de narcóticos puede obtener un beneficio económico, sea esta de forma lícita o ilícita, la diferencia lo establece el sistema político criminal de cada país, ya que tenemos conocimiento de que existen países como Holanda o Canadá en donde

el consumo de marihuana es legal, como consecuencia el comercio de narcóticos resulta legal, pero en cuanto al Estado Mexicano se refiere, durante los últimos 25 o 30 años se ha implementado una política desmedida por tratar de erradicar el comercio de narcóticos, a tal grado que mediante las reformas del 20 de agosto de 2009 a la Ley General de Salud, se permite el consumo de narcóticos; pero por otra parte se sigue sancionando severamente la posesión de narcóticos con fines de comercio sin la previa autorización que exige la Ley General de Salud, lo que genera una incertidumbre jurídica hacia los gobernados y por ende trasciende a una continua violación de los Derechos fundamentales del ciudadano, por parte de las autoridades de carácter federal, estatal y a últimas cuentas también por parte del ejército mexicano.

SEPTIMA.- Para establecer que una persona es imputable debemos tener la convicción de que cuenta con la plena capacidad de comprender y querer la conducta antijurídica que realiza, bajo esta circunstancia, consideramos que la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, es decir, que para que a una persona se le pueda atribuir una conducta delictiva para la imposición de una pena, debe comprender que su conducta es contraria a la norma de conducta establecida por el legislador y contar con salud mental.

Pero sucede que en cuanto a delitos contra la salud se trata, en muchas de las ocasiones son personas que tienen un alto grado de adicción a los narcóticos quienes se dedican al comercio de estos a cambio de que se les suministre sus dosis personal, ya que no cuentan con los recursos económicos para seguir obteniendo por sus propios medios los narcóticos, situación que no solamente se ve en el consumo de estos, sino también en el consumo de las denominadas drogas legales o suaves como el alcohol y el tabaco, en donde encontramos también un grave problema de salud pública.

OCTAVA.- Para establecer la posesión de narcóticos con fines de comercio, no solamente se debe considerar la posesión material del narcótico, sino que además

debe obrar prueba fehaciente que la posesión de narcóticos es para los fines que se precisan y no dejarlo al arbitrio del Ministerio Público o Juez, quienes mediante la denominada prueba circunstancial, deducen meramente que la posesión es con fines de comercio, cuestión que trasgrede la presunción de inocencia, además de que el artículo 195 párrafo primero en relación al 194 fracción I ambos del Código Penal Federal, trasgreden la seguridad jurídica, en tanto que el primero de los preceptos legales citados refiere "...alguna de las conductas..." siendo que en la práctica por cuestiones de política criminal, social, económica y cultural, se sabe que el comercio de dichas sustancias produce una ganancia exorbitante de dinero, mas no siempre es así, entre tanto la distribución, el suministro gratuito o la transportación no siempre se realizan con fines de obtención de una ganancia económica, por lo que ese margen de excepción, genera que se trasgrede mediante la prueba circunstancial la seguridad jurídica y la exacta aplicación de la ley.

NOVENA.- Para hablar del comercio de narcóticos, debemos señalar que esta actividad se considera comercial siempre y cuando se cumplan con los requisitos que la ley creada por el legislador sean cubiertos por los gobernados; en el caso en concreto nos refiere primeramente el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal, que se sancionara con una pena de prisión de cinco a quince años aquella persona que posea uno de los narcóticos que se establecen en el artículo 193 del mismo cuerpo legal, siempre que esta posesión sea sin la autorización que refiere la Ley General de Salud.

Retomando cuestiones de carácter civil concluimos que no se puede hablar de comercio, en virtud de que uno de los requisitos que se establece en el artículo 1795, fracción III, del Código Civil Federal, refiere que el contrato será invalidado, cuando el objeto, o motivo o fin sea ilícito, por lo tanto, no se puede hablar de comercio, en virtud de que no es lícito el comercio de narcóticos, cuando no se cuenta con la autorización requerida en la Ley General de Salud, lo que nos lleva a determinar que el delito debe renombrarse como posesión de narcóticos con fines económicos o de lucro indebido.

DECIMA.- En lo que respecta al procedimiento penal, establecemos que de acuerdo al artículo primero del Código Federal de Procedimientos Penales, este se inicia con la averiguación previa y concluye con la ejecución de la Sentencia que ha quedado firme, sin embargo, con la reforma Constitucional de seguridad y justicia publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos un proceso penal acusatorio y oral.

Por lo que concluimos que efectivamente se habla solamente de proceso penal y no de procedimiento penal, en tanto que de forma implícita las cuatro etapas en que se divide el proceso penal acusatorio y oral (Investigación, intermedia, juicio oral y ejecución de sentencia) serán del conocimiento de un Juez que conozca de la etapa de investigación e intermedia y del Juez de juicio oral, quienes deberán valorar los medios de prueba que le fueron presentados por el Ministerio Público, quien a través de la existencia de datos, debe acreditar los elementos del tipo penal de posesión de narcóticos con fines de comercio, para que el juez emita cualquier acto de molestia en contra de un acusado, de lo contrario, se vulnera el principio de inocencia.

En este sentido, el artículo 134, párrafos primero y segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, deben ser reformados en el sentido de que el Ministerio Público debe acreditar plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea, esto por lo que hace al primer párrafo del mencionado dispositivo legal.

Por lo que respecta al segundo párrafo del precepto legal antes referido, no podrán analizarse las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo sino hastadespués de que se haya dictado el auto de formal prisión o como actualmente lo precisa el artículo 19 párrafo primero Constitucional auto de vinculación a proceso, porque se desprende que dicha

práctica pertenece a un sistema procesal de tendencia inquisitorial, ahora bien, en el sistema de proceso penal acusatorio y adversarial, debe prevalecer la presunción de inocencia, lo cual quiere decir que las excluyentes de responsabilidad deben ser analizadas antes de dictar el auto de vinculación a proceso; por lo tanto, la parte acusadora tiene la carga de probar que la posesión de narcóticos es con fines de comercio y no para suministro gratuito, transportación, tráfico etc. Porque se estaría transgrediendo el Derecho de defensa y de exacta aplicación de la ley al momento de emitir el juzgador el auto de vinculación a proceso por el delito de posesión con fines de comercio y que una vez dictado este, el sujeto decida confesar y precise que no era para comercio que era para suministro gratuito o cualquiera de las hipótesis que menciona el numeral 194, fracción I, del Código Penal Federal.

DECIMO PRIMERA.- Por lo que respecta al bien jurídico que se trata de tutelar mediante la creación del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, es la salud pública, situación que consideramos que queda debidamente protegida, cuando alguna persona es encontrada con la simple posesión del narcótico en cantidades superiores a los 500 gramos o miligramos dependiendo de la clase de narcótico de que se trate, por lo tanto, no es necesario establecer para que fin se posee el narcótico, ya que de una manera general será consumido el mismo, sea por la persona que lo posee o por otra que lo adquiera mediante cualquiera de las formas que establece el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal.

En virtud de que la investigación en el proceso penal mexicano se ha limitado a sancionar las conductas manifestadas en el mundo factico, realizando solamente el análisis de elementos objetivos, es difícil que se pueda acreditar la existencia de datos que acrediten los elementos del tipo penal, cuestión por la que se vulnera la seguridad jurídica de las personas, al no exigirle al Ministerio Público que cumpla con el deber de investigar los indicios necesarios, que acrediten la existencia de elementos subjetivos que contempla la descripción del tipo penal, por lo tanto, la legalidad en México, solamente atiende a cuestiones de política criminal represiva

tanto de Derechos de la víctima como de los acusados y no a una cuestión de ciencia jurídica.

DECIMO SEGUNDA.- En cuanto al aspecto teórico del delito, podemos establecer que este debe ser estudiado de forma categórica o estratificada, ya que hemos establecido que es la conducta típica, antijurídica y culpable y hemos expuesto los motivos, por los que consideramos que esos serían los elementos de estudio práctico de la conducta delictiva.

En cuanto a la teoría clásica del delito es de concluirse que mediante dicha teoría, es difícil poder probar la existencia del elemento subjetivo específico que se contempla en el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, toda vez que es parte de la descripción del tipo penal, en tanto que para esta teoría los elementos subjetivos son formas o elementos de la culpabilidad, y no del tipo penal, situación que se deduce al referir que la ley solamente debe ocuparse de los aspectos objetivos o de aquellos elementos apreciables mediante los sentidos, es decir, que mediante la comprobación de la teoría, solamente se valoran aspectos objetivos o materiales, puesto que la relación del hecho con el autor es meramente un proceso psicológico de este, por lo que la finalidad por la que se posee el narcótico, debe ser estudiada en la culpabilidad, lugar en donde se encuentran ubicados los elementos subjetivos para el causalismo clásico del delito, por lo que se vulnera en perjuicio del gobernado el principio de exacta aplicación de la ley penal, toda vez que de acuerdo al principio de tipicidad, la conducta debe adecuarse a la descripción hecha por el legislador para la aplicación de una sanción y dentro de la descripción de la posesión de narcóticos con fines de comercio, se hace alusión a los elementos subjetivos específicos.

Posteriormente pasamos a la denominada teoría neoclásica, en donde observamos que en la conducta delictiva, no se toman en consideración solamente aspectos descriptivos, sino que además se descubren como parte integrante del tipo los elementos normativos, así como los subjetivos.

Así mismo, nace gracias a la teoría de la tipicidad de Beling, el principio de legalidad, el cual establece que para que una conducta sea considerada como delictiva, debe estar sancionada previamente en la ley, además de que dicha conducta debe encuadrar de manera exacta con la descripción legal de la conducta hecha por el legislador, en esta nueva fase del causalismo, se hace mención de la culpabilidad mixta o normativa-psicológica consistente en el reproche de la conducta que pretende llevar a cabo el sujeto, es decir, que se reprocha el proceso psicológico existente entre el hecho y su autor, por lo que para realizar ese reproche de conducta el sujeto debe ser imputable, cuestión esta por la que la imputabilidad no es un presupuesto de la culpabilidad sino un elemento de esta última.

En cuanto a los elementos subjetivos, se mantuvieron en la culpabilidad, en tanto que las demás categorías del delito como la conducta o acción, tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad se mantuvieron en el mismo orden, así como el grupo significativamente reducido, de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena fueron los que mantuvieron los elementos básicos del sistema en el mismo orden que el naturalismo clásico.

Por lo que respecta al sistema finalista o dominio del hecho final, se establece con base en las mismas categorías que la clásica y neoclásica, sin embargo, en esta teoría los elementos subjetivos tanto genéricos como específicos son reubicados como elementos de la conducta, ya que se basan en los elementos de conciencia del sujeto y los valores éticos sociales, en tanto que la culpabilidad se integra por la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Así mismo, mediante esta ubicación de los elementos subjetivos en la conducta, se establece que el sujeto podrá conducir su actuar precedente a determinados fines que se proponga, lo que nos da como resultado, que el sujeto tenga la capacidad de comprender su conducta antijurídica, y por lo tanto, se le podrá formular el juicio de reproche de su actuar en contra de lo establecido en la ley, cuestión que debe ser

probada plenamente por el Ministerio Público en el delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, sobre todo, en aquellos supuestos en donde la cantidad que posea, exceda en un mínimo a lo permitido para el consumo personal, de acuerdo a lo establecido en la tabla que se establece en el artículo 479 de la Ley General de Salud.

DECIMO TERCERA.- Actualmente en el artículo 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establece que tanto "...el Ministerio Público y los tribunales gozaran de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho".

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo que se transcribe del Código Federal de Procedimientos Penales, no solamente es el Ministerio Público quien cuenta con la acción más amplia para investigar los delitos, sino que también los tribunales, situación que es característico de un proceso de tendencia inquisitorial, toda vez que por mandato Constitucional, el Ministerio Público es el encargado de investigar y perseguir los delitos como lo refería la Constitución en el artículo 21 párrafo primero, hasta antes de la reforma de junio de 2008, en donde se limita a decir dicho numeral que la investigación de los delitos le corresponde al Ministerio Público y a las policías.

Por lo tanto, el tribunal no puede gozar de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que considere según su criterio, sino que esté de acuerdo al principio de inmediación que se establece en el juicio oral de tendencia adversarial y preponderantemente garantista del principio de inocencia, debe limitarse a ser un simple espectador de los medios de prueba que aporten las partes en conflicto, mediante los cuales podrá apreciar los indicios que lo lleven a concluir la existencia de una conducta que la ley señale como delito, por lo tanto, la carga de la imputación del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio la tiene la parte acusadora, mientras tanto, la defensa tiene que probar que la posesión del narcótico

no se destinaba con ese fin sino con cualquier otro que pueda demostrar la excluyente de responsabilidad de que se destinaba la posesión para un fin lícito como el consumo personal o incluso que se cuenta con el permiso que señala la Ley General de Salud.

DECIMO CUARTA.-De acuerdo a las diversas clasificaciones teóricas del tipo penal, la posesión de narcóticos con fines de comercio, puede ser clasificado como un tipo de peligro abstracto, toda vez que con la mera conducta de la posesión y existencia material del narcótico se coloca en peligro el bien jurídico que tutela la norma penal como es la salud pública, pero también es clasificado el tipo penal de posesión de narcóticos con fines de comercio como de resultado formal, en virtud de que se trata de un delito de mera conducta que se manifiesta en el mundo factico con la cantidad y calidad del narcótico que se posee, sin embargo, cabe decir que la mera conducta no se limita a establecer el fin último que se realizará, por lo tanto al tratar de precisar esta situación mediante la denominada prueba circunstancial, consistente en el enlace más o menos lógico natural de los indicios idóneos para acreditar la responsabilidad, puede llevar al juzgador a tener una falsa apreciación de la realidad en concreto, violándose así la exacta aplicación de la ley penal.

Por lo tanto es incongruente que se anteponga en esta clase de delitos la prueba circunstancial sobre un medio de prueba directo como la confesional, pero al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a determinado que como en la mayoría de los casos es difícil acreditar la finalidad de la posesión del narcótico mediante la prueba directa, por cuestiones de política criminal e ineficacia en la investigación de los delitos contra la salud, se ha optado por darle preponderancia a la prueba circunstancial sobre la confesional, al respecto cabe decir que dicha prueba es también característica del sistema procesal de tendencia inquisitorial, en cambio en el proceso acusatorio, deben prevalecer los medios directos de prueba, para que el juzgador a través de los indicios existentes pueda realizar la valoración y razonamiento de las pruebas que las partes le aportan para el conocimiento de la verdad de los hechos, por lo que se deduce que el proceso penal federal se

encuentra viciado de origen al quebrantar de esta manera el principio de exacta aplicación de la ley penal en sentido amplio, por ende la seguridad jurídica respecto de los Derechos fundamentales de las personas.

DECIMO QUINTA.- Conforme a lo antes señalado, podemos decir que la actual legislación en materia de narcóticos, produce una incertidumbre jurídica, ya que actualmente mediante las reformas a la Ley General de Salud publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de 2009 en el artículo 479, se establece un parámetro para el estricto consumo personal e inmediato de los narcóticos que ahí se clasifican y por otra parte se sigue sancionando el comercio de los narcóticos, sin la previa autorización que refiere la Ley General de Salud, lo que genera una gran confusión respecto a las personas que son adictas al consumo de narcóticos e incluso que sean objeto de extorciones por parte de los elementos de la policía, ya que de acuerdo a lo que establece el artículo 180 BIS del Código Federal de Procedimientos Penales se establece que “Tratándose de los delitos de narcomenudeo previstos en los artículos 475, 476 y 477 de la Ley General de Salud, para fines de investigación el titular del Ministerio Público de la Federación podrá autorizar que agentes de la policía bajo su conducción y mando compren, adquieran o reciban la transmisión material de algún narcótico para lograr la detención del probable responsable del comercio o suministro de narcóticos o de la posesión de los mismos con dichos fines...”

Cuestión que se entiende como una incongruencia legislativa en cuanto al delito de posesión de narcóticos con fines de comercio que se estudia, por un lado se permite el consumo y por otro lado se sigue sancionando la posesión del narcótico, para cualquiera de los fines que se establecen en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal, solamente que en las reformas a la Ley General de Salud se establecen parámetros de la cantidad de narcóticos, pero en esencia sigue siendo la misma conducta que se sanciona.

Por otra parte la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada previene en su artículo 2º, fracción I, que se aplicara dicho ordenamiento en tratándose de delitos contra la Salud previstos en los artículos 194 y 195, párrafo primero, del Código Penal Federal cuestión por la que se concluye que la investigación del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, será investigado exclusivamente por cuestiones de delincuencia organizada, toda vez que de conformidad a las reformas a la Ley General de Salud, tratándose de hechos aislados, serán investigados por las autoridades locales de cada Entidad en cuanto a que establece los parámetros cuantitativos de los narcóticos y que solo en aquellos casos en que la Procuraduría General de la República considere necesario atraer la investigación conocerá esta, por lo que se aprecia una invasión de competencias de los Estados, independientemente de los acuerdos de cooperación que se han celebrado últimamente, por lo que resultaría viable la unificación de un solo Código Penal y de la institución encargada de investigar los delitos.

DECIMO SEXTA.- En cuanto a la entrada en vigor del proceso penal acusatorio y oral, de acuerdo a lo establecido en el artículo segundo transitorio de la Constitución Federal del 18 de junio de 2008, atiende básicamente a cuestiones de política criminal y económicas, toda vez que para que entre en vigencia en el fuero federal, se optó por implementarlo primeramente en los Estados de la República incluido el Distrito Federal.

Situación que se ha fundamentado mediante la implementación de dichos juicios en Latinoamérica como son Chile, Perú, Colombia entre otros.

PROPUESTAS

PRIMERA.- Realizar de nueva cuenta una reforma Constitucional a lo dispuesto en los artículos 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero, en cuanto a los requisitos que se deben cubrir para el libramiento de la orden de aprehensión y para dictar un auto de vinculación a proceso penal, de manera específica en la parte que en lo conducente se establece lo siguiente:

“...obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión”.

Cuestión que se contrapone de manera absoluta a los principios generales del proceso penal acusatorio y oral establecido en el apartado “A” del artículo 20 Constitucional fracción V, la cual refiere que:

“La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”.

Motivo por el que de mantener la redacción actual de los artículos 16 y 19 Constitucionales que se citan, en los términos antes establecidos, generan incertidumbre jurídica hacia el ciudadano, en cuanto a la seguridad jurídica en materia penal y como consecuencia de esto, se está vulnerando el principio de exacta aplicación de la ley, establecido en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional.

Se propone que la reforma a los artículos 16 párrafo tercero y 19 párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establezca de la siguiente forma respectivamente: No podrá librarse la orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la

libertad y existan datos que acrediten los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del imputado.

En cuanto al artículo 19 Constitucional deberá establecerse que: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el probable responsable sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso y siempre que de lo actuado en la investigación, aparezcan los datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable su responsabilidad o que participo en su realización.

SEGUNDA.- En cuanto al artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, actualmente se establece:

“...el Ministerio Público ejercitara la acción penal ante los tribunales y expresara, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea”.

Proponemos que sea reformado en cuanto a que el Ministerio Público debe probar plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea. Ya que de no realizarse dicha reforma en el sentido que proponemos se vulnera en perjuicio del acusado, el principio de la carga de la prueba y en consecuencia el principio de inocencia. Sobre todo cuando se trata de un delito contra la salud en la modalidad de posesión de narcóticos con fines de comercio, porque en este caso, le corresponde al Ministerio Público, realizar la investigación de la conducta, el cual es un técnico en la materia, y por tal motivo, está obligado a demostrar la culpabilidad del sujeto, de que la posesión de narcóticos es para los fines de comercio, lo cual puede acreditar haciendo uso de la

intervención de cualquier comunicación privada en los términos que establece el párrafo decimocuarto del artículo 16 Constitucional.

TERCERA.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido por contradicción de tesis jurisprudencial, que la prueba idónea para demostrar el elemento subjetivo es la prueba confesional, la cual es considerada por la doctrina como un medio de prueba directo, por lo que de acuerdo a los principios de inmediación y oralidad del juicio penal, se deben excluir los medios indirectos de prueba, entre los que encontramos la prueba circunstancial, mediante la cual se ha venido probando en el sistema de proceso penal federal el elemento subjetivo específico, cuando así lo establece el tipo penal del delito de posesión de narcóticos con fines de comercio, lo que consideramos contrario a un sistema acusatorio, y por lo tanto, se propone que sea la parte acusadora, quien deba demostrar la especial finalidad a través de medios probatorios objetivos e idóneos realizando el enlace de los indicios que acrediten la finalidad última de la conducta de la posesión de narcóticos en pequeñas o grandes cantidades, para que así no sea el juzgador quien deba suplir dicha deficiencia de la investigación de delitos como lo refiere el artículo 134 párrafo primero del Código Federal de Procedimientos Penales.

CUARTA.- Debe realizarse una contra reforma Constitucional al apartado “A” fracción I del artículo 20, toda vez que actualmente señala dicho precepto:

“El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;”

Situación por la que se propone la reforma en el sentido de que se establezca que el objeto del proceso penal es el conocer la verdad histórica de los hechos, considerados como delitos, para castigar al culpable de la conducta delictiva y que los daños causados por el delito se reparen; ya que la oración “...procurar que el culpable no quede impune...” da oportunidad a que exista un margen de error para

que el juzgador, pueda castigar a una persona inocente de una conducta delictiva que se le imputa.

QUINTA.- Sería ideal la independencia de la Institución del Ministerio Público y que este fuera electo a través de un sistema de votación popular o al menos quien pretendiera aspirar al cargo de Procurador, cuente con la debida experiencia en la Procuración de Justicia en materia penal, para así alejarlo de las cuestiones políticas que se crean al momento en que el Poder Ejecutivo decide proponer al aspirante al cargo ante el Senado de la República para que este lo ratifique, situación que observamos muy lejana en nuestro país, es por eso que solamente proponemos la reforma al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en cuanto al párrafo primero, el cual actualmente establece:

“La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuaran bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función”.

La reforma que se pretende impulsar sería de la siguiente forma: La investigación de los delitos deberá realizarla el Ministerio Público apegándose a los principios jurídicos aplicables en materia probatoria, apoyándose de los recursos técnicos y de las policías, las cuales actuaran bajo la conducción y mando de aquel, en el ejercicio de esta función.

SEXTA.- En base al criterio restrictivo de las garantías individuales que ha tomado el legislador, desde las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se retoma la denominación de cuerpo del delito, por el de los elementos que integran el tipo penal, para librar la orden de aprehensión o dictar el auto de formal prisión, publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999, argumentando los enormes problemas de seguridad pública que aquejan a nuestra sociedad, consideramos que en un proceso penal acusatorio y oral, se debe cambiar la denominación del Capítulo I, Título

Primero de la Constitución, intitulado actualmente, como de las garantías individuales, por el de los Derechos Fundamentales de las Personas o de los Ciudadanos, esto en cuanto a que el mismo legislador a creado un argumento falaz, estableciendo que los Derechos del hombre pueden limitarse y restringirse tal y como los desarrollo en su momento el constituyente de 1857, situación que rompe con la armonía natural de la especie humana y transgrede la igualdad de fuerzas entre los gobernados y gobernantes, pero sobre todo, permite que los órganos del Estado Mexicano, encargados de la investigación y persecución de conductas delictivas, así como los encargados de la impartición de justicia en materia penal, vulneren bajo el supuesto principio de legalidad y de la preponderancia que debe darse al interés superior de la sociedad, actúen en forma arbitraria, al no exigírseles la debida preparación profesional en el desempeño de sus cargos públicos, para poder llevar a cabo las funciones que les encomienda la Constitución Política.

BIBLIOGRAFIA

ALBA, Javier, La Culpabilidad y la Tipicidad, Temis, España, 1990.

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, El delito y la responsabilidad penal, Editorial Porrúa, México 2005.

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, Presunción de Inocencia: Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio, 2ª edición, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A.C., México 2009.

AÑON, José María y BERGALLI, Roberto, Derecho y Sociedad, editorial, tirant lo blanch, Valencia, 1998.

ARELLANO GARCIA, Carlos, Derecho Procesal Civil, 6ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.

AVILA NEGRÓN, Santiago, El Cuerpo del Delito y los elementos del tipo penal, Cárdenas editor y distribuidor, México 2003.

BARRITA LÓPEZ, Fernando A., Prisión Preventiva y Ciencias Penales, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1999.

BERISTAIN, Antonio, La Droga, (aspectos penales y criminológicos), editorial Temis, S.A. Bogotá Colombia 1986.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 40ª edición, Editorial Porrúa, México 2008.

BRAU, Jean Louis, Historia de las drogas, Editorial Bruguera S.A., Barcelona España, 1973.

CARBONELL, Miguel, OCHOA REZA, Enrique ¿Qué son y para qué sirven los Juicios Orales?, 6ª edición, Editorial Porrúa, México 2010.

CARDENAS RIOSECO, Raúl F. El derecho de defensa en materia penal, Editorial Porrúa, México 2004.

CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Temis, vol. I, Bogotá, 1971.

CARRANCA BOURGET, Víctor, La Defensa de los Derechos Ciudadanos, Aspa, México, 1992.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal Editorial Porrúa, México 1998.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales 17ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.

CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Bosch Casa Editorial, Barcelona España, 1951.

DAZA GOMEZ, Carlos, EDGARDO BARRITA, Cristian y GABRIEL TORRES Sergio, Principios generales del juicio oral penal, Editorial Flores editor y distribuidor, S.A. de C.V.

DE PINA VARA, Rafael, "Derecho Mercantil Mexicano", 26ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, Garantías individuales y amparo en materia penal 2ª edición, Ediciones jurídicas alma, S.A. de C.V.

DEL OLMO, Rosa, La Cara oculta de la droga, editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998.

DIAZ ARANDA, Enrique, Dolo, Causalismo-Finalismo-Funcionalismo, 6ª edición, Editorial Porrúa, México, 2007.

DIAZ BRAVO, Arturo, "Derecho Mercantil", Iure editores, S.A. de C.V., México 2002.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho civil 6ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.

DUBOS, René, Salud y enfermedad, 2ª edición, Editorial Time-Life, México 1983.

EASTMAN, Jorge Mario- SANCHEZ DAVID, Rubén, El narcotráfico en la región andina, editorial, ONU UNDCP, Perú, 1990.

ESCOBAR Tomas, Raúl, El Crimen de la droga, 2ª edición, Universidad Buenos Aires, 1995.

ESCOHOTADO, Antonio, Las drogas de los orígenes de la prohibición s.n.ed. Alianza editorial, Madrid 1994.

ESPINOZA García, Juan, La Droga Perspectiva Criminológica, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1980.

FRIAS CABALLERO, Jorge, Tipo y Tipicidad en el Sistema del Derecho Penal argentino, editar sucesores, Argentina, 1990.

FONTAN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal; introducción y parte general, 13ª edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 1995.

GALVEZ CANSINO, Alejandro, Drogas, Sociedades Adictas y Economías Subterráneas, Ediciones el caballito S.A., 1991.

GALLEGOS ALCANTARA, Eridani Bienes y derechos reales, Iure editores, S.A. de C.V. México 2004.

GARCIA RAMÍREZ, Efraín, Drogas Análisis Jurídico del Delito contra la Salud, editorial Sista 1989.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio, Narcotráfico un Punto de vista Mexicano, Miguel Ángel Porrúa, Librero editor México 1989.

GRAF ZU DOHNA, Alexander, La Ilícitud, traducción de Faustino Ballevé, Jurídica de Chile, 1982.

GABRIEL TORRES, Sergio, EDGARDO BARRITA, Cristián, DAZA GOMEZ, Carlos, Principios Generales del Juicio Oral Penal, Flores Editor y Distribuidor, S.A de C.V., México 2006.

GOMEZ GALLARDO, Perla, Filosofía del Derecho, Iure editores, S.A. de C.V., México 2006.

GOMEZ LARA, Cipriano Teoría General del Proceso, 9ª edición, Editorial Oxford, México 1998.

GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo, Derecho Penal Mexicano, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1985.

HESSEN, Johan, Teoría del Conocimiento 2ª edición, Grupo Editorial Tomo, S.A de C.V. México 2003.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida, Editorial Trillas, México 1987.

GÜNTHER, Jakobs, Moderna Dogmatica Penal, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 2006.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Teoría del Delito, Editorial Jurídica Universitaria, México 2003.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, La Tipicidad, Porrúa, México, 1993.

KAPLAN, Marcos, El Estado Latinoamericano y el Narcotráfico, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Imputabilidad y Culpabilidad 3ª edición, Editorial Porrúa, México 2002.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Drogas su Legalización, Editorial Porrúa, México 2009.

LUNA CASTRO, José Nieves, El Concepto de Tipo Penal en México, 3ª edición, Editorial Porrúa, México 2003.

MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, tomo I, Ariel, Barcelona España, 1962.

MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 7ª edición, Editorial Porrúa, México 2007.

MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Editar, S.A., Editores, Buenos Aires, 1948.

MARTINEZ MORALES, Rafael, Garantías Constitucionales, Iure editores, S.A. de C.V., México 2007.

MARTÍNEZ MURILLO, Salvador y SALDIVAR S. Luis, Medicina legal 17ª edición, Méndez Editores.

MONARQUE Ureña, Rodolfo, Lineamientos Elementales de la Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Temis, Bogotá Colombia, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho Penal, 2ª edición, Bosch, Casa Editorial, Barcelona España.

ORELLANA WIARCO, Octavio A., Teoría del Delito, 18 edición, Editorial Porrúa, México 2009.

ORONOS SANTANA, Carlos, Mateo, El Juicio Oral en México y en Iberoamérica, 2ª edición, Cárdenas Blasco Editores, México, D.F., 2006.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, Delitos contra la salud 2ª edición, Editorial Porrúa, México 2002.

PASTRANA BERDEJO, Juan David, BENAVENTE CHORRES, HESBERT, El Juicio Oral Penal, Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V., México 2009.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del Delito, UNAM, México 2000.

PORRUA PEREZ, Francisco, Teoría del Estado, 19ª edición, Editorial Porrúa, México 1984.

PORTE PETIT, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 17ª edición, México, 1984.

QUINTINO ZEPEDA, Rubén, La orden de Aprehensión y el Auto de Vinculación a Proceso, Editorial Ubijus, México 2008.

RAMIREZ BASTIDAS, Yesid Los Estupefacientes, editorial Empresa de Publicaciones del Huila, Colombia.

REYNOSO DAVILA, Roberto, Teoría general del delito 3ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.

ROMAN QUIROZ, Verónica, La culpabilidad y la complejidad de su comprobación 2ª edición, Editorial Porrúa, México 2006.

SANCHEZ CUAUHTÉMOC, Carlos, Sangre de Campeón en Pie de Guerra, Editorial Diamante, México 2006.

SEPÚLVEDA, Cesar, Derecho Internacional, 20ª edición, Editorial Porrúa, México 1998.

SEGATORE, Luigi, "Términos Médicos" Editorial Teide, Barcelona, 1984.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, "Derecho Procesal Penal", 2ª edición, Harla, México, 1994.

VARGAS FERMÍN, Helia, El Hombre, la Orientación y la Sociedad, Ediciones Pedagógicas, S.A de C.V., México 1994.

VAZQUEZ PADILLA, Mario Octavio, Subjetivismo e Injusto, Cárdenas editor, México 2001.

VIDAL RIVEROLL, Carlos, El tipo y la Tipicidad, UNAM, México, 1980.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 1960.

VILLORO TORANZO, Miguel, Metodología del Trabajo Jurídico, 4ª edición, Distribuidora Themis, S.A., México 1982.

VON BELING, Ernst, Esquema de Derecho Penal La Doctrina del Delito Tipo, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1944.

VON LISZT, Franz, Tratado de Derecho Penal, Valleta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2007.

WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, parte general”, 2ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2002.

ZAMORA-PIERCE, Jesús, Garantías y proceso penal 12ª edición, Editorial Porrúa, México 2003.

DICCIONARIOS

GARCIA PELAYO Y GROSS, Ramón, Diccionario Larousse, 2ª edición, Ediciones Larousse, México 1985.

POLANCO BRAGA, Elías, Diccionario de Derecho de procedimientos penales, voces procesales, Miguel Ángel Porrúa, México 2008.

SOCRATES JIMENEZ, Santiago Tiana, Diccionario de Derecho Romano, Editorial Sista S.A. de C.V., México 2000.

REVISTAS

CÁMARA DE DIPUTADOS LX LEGISLATURA, revista Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, México 2008.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José, Esquema del Delito, revista Criminalia, año XVII, No. 9, México, Septiembre de 1951.

INICIATIVA DE DECRETO por el que se Reforman los Artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (hasta su aprobación por la Cámara de Senadores el 1 de octubre de 1998).

INICIATIVA DE REFORMA LEGAL, Código Federal de Procedimientos Penales, Residencia Oficial del Poder Ejecutivo Federal, 15 de marzo de 2004.

LÓPEZ LÓPEZ, Claudia Elizabeth, SANCHEZ HERNANDEZ, Claudia Eugenia, BARRERA CHAVEZ, María Isabel, revista “Tepantlatlo La Transición del Concepto Cuerpo del Delito- Tipo penal- Cuerpo del Delito- en el Ámbito del Derecho Positivo Mexicano” publicación mensual, Época 3, Número 17, marzo 2002.

LUVÍN GUZMÁN, David, revista Cárceles de la Inquisición Procesos y Tormentos, Ediciones del Antiguo Palacio de la Inquisición, México 2010.

MEDELLÍN, Jorge Alejandro, revista M Semanal, No. 645, México, Marzo 08 de 2010.

PERIÓDICO OFICIAL DEL GOBIERNO DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO, Gaceta del Gobierno, No. 25, 9 de febrero de 2009.

RODRIGUEZ CASTAÑEDA, Rafael, revista, Proceso, Edición Especial Número 28, México 2010.

LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ediciones Fiscales Isef, marzo de 2004.

Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, 3ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México 1997.

Legislación Penal Procesal, Editorial Sista S.A. de C.V., Marzo de 1994.

SITIO WEB

<http://www.legislacióncolombiana.com>, 25 de julio 2011.

<http://www.legislaciónchilena.com>, 25 de julio 2011.