



Aguascalientes, México  
1 de junio de 2014

Estimada C. Secretaria de Juzgado,  
Ma. Goreti Rocha Aguilar  
Jdo. Noveno de Dto. en el Estado de Guanajuato

**Referencia: Intervención en calidad de Amicus Curiae**  
**Expediente: Juicio de Amparo 1139/2013-III**

En reconocimiento de una práctica arraigada por los tribunales, el Programa de Política de Drogas (PPD) del Centro de Investigación y Docencia Económicas, en calidad de *Amicus Curiae*, hace llegar el presente escrito al H. Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato, con la intención de contribuir a la solución del caso hoy sujeto a su conocimiento.

Atentamente,

---

Dra. Catalina Pérez Correa  
Responsable de la elaboración del presente *Amicus Curiae*  
Participante del Programa de Política de Drogas (PPD)  
Coordinadora del Colectivo de Estudios de Drogas y  
Derecho (CEED)  
CIDE

---

Dra. Leticia Bonifaz Alfonso  
Directora de la División de  
Estudios Jurídicos  
CIDE

---

Dr. Alejandro Madrazo Lajous  
Coordinador del Programa de  
Política de Drogas (PPD)  
CIDE

---

Lic. Claudia Verónica Torres Patiño  
Asistente de Investigación  
División de Estudios Jurídicos  
CIDE

## Introducción

---

Este *Amicus Curiae*, busca demostrar que el tipo penal de posesión simple es inconstitucional por violentar el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 22 constitucional. En el documento se analiza el caso del Sr. \*\*\*\*\*, quien actualmente se encuentra detenido en el Centro de Reinserción Social del Valle de Santiago, Guanajuato. Estando sentenciado, el Sr. \*\*\*\*\* fue encontrado en posesión de cuatro pastillas Roche 2, cuyo ingrediente activo es el clonazepam, un medicamento controlado que puede adquirirse con receta médica y que es usado para tratar trastornos de sueño y ansiedad, pero es una sustancia altamente adictiva. Por la posesión de dicho medicamento, el Sr. \*\*\*\*\* fue acusado por el delito de posesión simple con base en artículo 195 bis del Código Penal Federal (en adelante, CPF).<sup>1</sup> En su declaración ministerial, el hoy amparista señaló:

Que soy adicto o farmacodependiente desde que tenía nueve o diez años de edad hasta la fecha, ya que consumo mayormente marihuana y pastillas Rivotril o Roche, fumándome diez o quince cigarros al día, ya que el peso varía dependiendo de lo que tenga de dinero, y pastillas me tomo cuatro o cinco diariamente (...) y lo que sucede es que esta droga que me encontraron cuando yo estaba en el taller de carpintería y pues yo las traía, y no quiero decir que me abstengo de donde la obtuve tanto la marihuana como las pastillas para cuidar mi integridad física por el lugar donde me encuentro y lo único que quiero decir es que soy drogadicto y consumidor (...).<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Las leyes referidas a lo largo de este documento, se pueden consultar en el apartado Anexo.

<sup>2</sup> *Auto de Plazo constitucional, Causa Penal 346/2013-III* [Auto de formal prisión] (Guanajuato: octubre 17, 2013), Juzgado Segundo de Distrito de



El caso del Sr. \*\*\*\*\* ilustra una política pública de control de sustancia ilícitas que resulta desproporcionada y violatoria de varios principios de derecho. En este *Amicus Curiae* se muestra porqué el artículo 195 bis, que tipifica el delito de posesión simple (es decir, el delito de posesión sin intención de venta, comercio o suministro) es inconstitucional. En concreto, en la Sección I de este documento, se analiza el estándar de motivación reforzada que el Legislador debe seguir al tipificar un delito. Según dicho estándar, el legislador debe cumplir con el *test* de proporcionalidad penal y también el *test* de proporcionalidad en materia de derechos humanos.

En la Sección II, se somete a prueba el delito de posesión simple. En el Apartado (i) de esta sección, mediante la aplicación del *test de proporcionalidad penal*, se demuestra que la pena prevista por el tipo penal de posesión simple -contenido en el artículo 195 bis- es contrario al principio de proporcionalidad porque la gravedad de la sanción es mayor que la gravedad de la conducta prohibida. Se muestra además que el delito de posesión atribuye responsabilidad objetiva a una conducta a la que no puede atribuírsele responsabilidad de ese tipo. En el Apartado (ii), a través del *test de proporcionalidad de la limitación de derechos fundamentales*, se muestra que la tipificación del delito de posesión simple es violatorio al principio de proporcionalidad, en relación con el fin que se persigue: la protección de la salud. Además se muestra que el delito en cuestión penaliza al consumo por considerarlo una conducta riesgosa para la sociedad. Se

---

Partido en Materia Penal de este Partido Judicial, en el sumario del Juzgado Décimo de Distrito del Estado de Guanajuato, 5.

concluye que, dado que no satisface ninguno de los *tests* estudiados, el tipo penal de posesión simple es inconstitucional.

## Sección I

---

### **Sobre la motivación reforzada de la ley penal: los *tests* de restricción de derechos fundamentales y de proporcionalidad penal**

En esta sección, se explican los estándares que deben satisfacer los legisladores para motivar la emisión de una ley penal susceptible de afectar derechos fundamentales. Al penalizar la conducta de posesión simple, el Legislador debe contar con una motivación reforzada, por tratarse de la materia penal y por estar involucrados derechos fundamentales.

#### **(i) Estándares de motivación y contenido de los *tests* de proporcionalidad**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN) ha establecido que el legislador cumple con su obligación de fundar y motivar sus actos cuando: (i) actúa dentro de los límites de las atribuciones que la Constitución les confiere (fundamentación) y (ii) expide leyes referidas a relaciones sociales que requieren ser jurídicamente reguladas (motivación).<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Véase, [TA]; Pleno; 7a. Época; S.J.F.; Volumen 38, Primera Parte; p. 27, "FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA"; [J]; 7a. Época; Pleno; S.J.F.; Volumen 181-186, Primera Parte; p. 239; "FUNDAMENTACION

La SCJN ha establecido que el legislador debe *reforzar* la motivación de las leyes susceptibles de afectar “algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional”.<sup>4</sup> La lógica subyacente es que estos bienes y derechos tienen valor constitucional, colocándolos por encima de las leyes ordinarias. Por tanto, el acto legislativo que pone en juego bienes y derechos constitucionales es válido *sólo si* el legislador satisface el estándar de motivación reforzada. En caso contrario, la ley debe ser declarada inconstitucional, por afectar arbitrariamente un bien o un derecho fundamental.

A continuación, se explica en qué consisten los estándares de motivación aplicados por la SCJN para evaluar la constitucionalidad de leyes. Se distingue entre dos clases de *tests*: uno aplicado a la limitación de bienes constitucionales y otro, a la limitación de derechos.

**A. *Tratándose de afectación de bienes constitucionales.*** La SCJN no ha aportado suficientes elementos para explicar cómo puede darse la afectación de bienes fundamentales, como sí lo ha hecho tratándose de la limitación de derechos (inciso a). No obstante, hay casos en que la

---

Y MOTIVACION DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA”; [TA]; 7a. Época; Pleno; S.J.F.; Volumen 157-162, Primera Parte; p. 150, “FUNDAMENTACION Y MOTIVACION DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD LEGISLATIVA; [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Mayo de 2001; Pág. 318. 2a. XLIII/2001; “ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS. EL PROCESO LEGISLATIVO QUE DIO ORIGEN AL ARTÍCULO 83 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO RESULTA VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN QUE CONSAGRA EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL”; [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIX, Marzo de 2009; p. 470. 2a. XXVII/2009; “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LEYES QUE DAN TRATO DESIGUAL A SUPUESTOS DE HECHO EQUIVALENTES. NO NECESARIAMENTE DERIVAN DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY CORRESPONDIENTE O DEL PROCESO LEGISLATIVO QUE LE DIO ORIGEN, SINO QUE PUEDEN DEDUCIRSE DEL PRECEPTO QUE LO ESTABLEZCA”.

<sup>4</sup> La Corte distingue entre un estándar de motivación ordinario, que aplica cuando no hay afectación de derechos fundamentales, y uno reforzado, cuando hay un riesgo de que eso pase. Véase [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; p. 1255. P./J. 120/2009 “MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS”.

SCJN ha justificado la limitación de derechos invocando ciertos bienes que el Estado está interesado en proteger.

Si bien el Estado debe mostrar un interés en la prevención y reparación de daños (beneficio), deben también limitar los daños que el propio Estado puede causar a través del derecho penal.<sup>5</sup> Por ejemplo, a protección de valores como la "autonomía de la persona" y la "legalidad" deben limitar al derecho penal –tal como ha reconocido la SCJN.<sup>6</sup> Más que un derecho, los principios penales (presunción de inocencia, reinserción, proporcionalidad, taxatividad, por mencionar algunos) buscan limitar la intervención injustificada del Estado en el ámbito personal y asegurar un equilibrio entre los costos y los beneficios de las intervenciones del Estado.

El principio de proporcionalidad –que nuestra Constitución reconoce en el primer párrafo del artículo 22 constitucional– limita el uso el derecho penal a la prevención de las conductas cuyos efectos lesivos generan los mayores costos individuales y sociales.<sup>7</sup> Por eso, el principio de proporcionalidad se asegura de dos maneras. La primera, usando el derecho penal excepcionalmente y limitando el uso de penas a las conductas de mayor gravedad (sub-principio de

---

<sup>5</sup> La base de esto, en un modelo orientado por garantías fundamentales, es la naturaleza "aflictiva" de la pena. Véase L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [en adelante: Ferrajoli] (Madrid: Editorial Trotta 1989), 337, 412- 415, nota al pie 143 del Capítulo 1.

<sup>6</sup> Véase [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I; Pág. 354. 1a./J. 21/2014 (10a.); "DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 1o., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO)".

<sup>7</sup> Véase Ferrajoli *op cit supra* nota 5 en 399, 462-469.

lesividad).<sup>8</sup> La segunda, imponiendo sólo las penas mínimas necesarias, *i.e.*, graduando las sanciones en relación con la gravedad del daño ocasionado al bien jurídico tutelado (sub-principio de economía de las penas).<sup>9</sup> Esto asegura que el uso del derecho penal sea racional; es decir, que el daño que implica el uso del derecho penal no signifique costos sociales mayores al beneficio que pretende obtener.<sup>10</sup>

En materia penal, el Legislador está obligado a realizar una motivación reforzada con base en un *test de proporcionalidad penal* según el cual debe demostrar que la gravedad de la pena impuesta se encuentra en proporción a la gravedad del daño cometido por la conducta prohibida. Esto ha sido reconocido por jurisprudencia de la Primera Sala y por el Pleno de la SCJN.<sup>11</sup>

De acuerdo con la SCJN, el análisis de proporcionalidad de un tipo penal implica estudiar los siguientes aspectos:

- a. la clase de bien jurídico tutelado,
- b. la afectación a éste o el grado de responsabilidad subjetiva del agente,
- c. y la incidencia del delito o la afectación a la sociedad que éste genera.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> *Id.* en 466.

<sup>9</sup> *Ídem.*

<sup>10</sup> *Id.* en 337.

<sup>11</sup> [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 503. 1a./J. 3/2012 (9a.), "PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS". Véase además [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Septiembre de 2008; Pág. 599. P./J. 102/2008, "LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA".

<sup>12</sup> Véase [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1; p. 203. 1a. CCVI/2011 (9a.), "PENAS. ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES PARA EXAMINAR SU PROPORCIONALIDAD".

Como muestra un amparo reciente resuelto,<sup>13</sup> el juzgador puede realizar este *test* determinando la proporcionalidad del tipo con base en elementos propios del delito o puede contrastar la gravedad de un tipo penal con la de tipos penales distintos. El primero es un estudio de *proporcionalidad absoluta* y el segundo, uno de *proporcionalidad relativa*.<sup>14</sup> Las dos perspectivas son complementarias, no excluyentes,<sup>15</sup> de forma que ambas se pueden utilizar para demostrar la (des)proporcionalidad de un tipo penal.

**B. *Tratándose de limitación de derechos fundamentales.*** La SCJN aplicó, primero, este *test* a leyes impugnadas por violación al derecho a la igualdad y no discriminación;<sup>16</sup> más tarde, extendió el escrutinio a leyes que vulneraban derechos fundamentales en general.<sup>17</sup> Actualmente, cualquier ley susceptible de restringir un derecho fundamental es evaluada con el *test de proporcionalidad de la limitación de derechos fundamentales*. Dicho *test* obliga al juzgador constitucional a evaluar si la ley impugnada:

- a. persigue un fin constitucionalmente legítimo;
- b. es adecuada para perseguir dicho fin,

---

<sup>13</sup> Véase Juicio de Amparo Directo en Revisión 181/2011 [S.J.F., Libro V, Tomo I] 1ª Sala, SCJN, 2011.

<sup>14</sup> *Ídem*.

<sup>15</sup> Para ver la aplicación conjunta de ambas dimensiones del principio de proporcionalidad, véase *ídem*.

<sup>16</sup> Véase [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Septiembre de 2010; Pág. 184. 1a. CIII/2010; "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADOS DERECHOS FUNDAMENTALES".

<sup>17</sup> [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 5. P./J. 28/2011; "ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN".



c. conlleva beneficios sociales mayores a los costos de la afectación del bien o derecho en cuestión (proporcionalidad estricta).<sup>18</sup>

**(ii) Justificación del uso de los tests de proporcionalidad en el caso concreto**

A pesar de que la declaración del Sr. \*\*\*\*\*sobre su situación de farmacodependencia fue corroborada por dictámenes y periciales,<sup>19</sup> el juez de primera instancia emitió auto de término constitucional por el delito de posesión simple contra del Sr. \*\*\*\*\*. El juez citó un criterio de la SCJN sobre el artículo 478 de la Ley General de Salud (en adelante, LGS), que establece que la excluyente de responsabilidad por el delito de posesión simple no aplica a los farmacodependientes que residen en los centros penitenciarios. El argumento que aportó el juez fue que los centros penitenciarios son estancias públicas en las que el Estado ejerce control sobre la salud de los internos, lo que hace inadmisibles "detentar cualquier cantidad de medicamento controlada del experto (*sic*) en la materia [porque] propicia el consumo desmedido de este tipo de droga".<sup>20</sup>

El juez de primera instancia afirmó que tres elementos le convencieron de que se acreditaba el delito de posesión simple: que el acusado no tenía como fin alguno de los enlistados por el 194 del CPF, la cantidad de sustancia y

---

<sup>18</sup> Véase [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1; Pág. 557. 1a. CCXV/2013 (10a.); "DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS".

<sup>19</sup> Véase Auto de formal prisión *op cit supra* nota 2 en 6- 7.

<sup>20</sup> *Ibid.*



la no imputación de un delito diverso.<sup>21</sup> El juez penal consideró que “al tratarse de un medicamento no previsto por la Tabla de Orientación de Dosis Máxima (sic) de la Ley General de Salud, [la circulación de pastillas como las que tenía el acusado] representa un grave riesgo para la salud (...)”.<sup>22</sup>

En respuesta a dicho pronunciamiento, El Sr. \*\*\*\*\* presentó un amparo indirecto en contra de la reforma de 2009 al artículo 245, fracciones II y III, de la LGS. Simultáneamente, El Sr. \*\*\*\*\* se amparó en contra del auto de vinculación a proceso, que aplicó la fracción III, del artículo 245 de la LGS, en relación con los artículos 193 y 195 bis del CPF. De acuerdo con la juez de amparo, la *litis* en este asunto consiste en establecer, o no, la constitucionalidad del artículo 195 bis del CPF.

En la siguiente sección, se sostiene que el artículo 195 bis del CPF –que contiene el tipo penal de posesión simple– es inconstitucional con base en los *tests* descritos en el apartado anterior. La utilización del *test de proporcionalidad de la limitación de derechos fundamentales* se justifica, por estar en juego la restricción de varios derechos fundamentales (principalmente, de libertad y de salud) del Sr. \*\*\*\*\*, de cara a la salud individual y pública que pretende tutelar el tipo penal de posesión simple. Por su parte, la utilización del *test de proporcionalidad penal* se justifica en tanto que es necesario evaluar, por un lado, los costos que la posesión simple de droga genera a la sociedad y, por otro, si esos costos son suficientemente lesivos como para motivar y

---

<sup>21</sup> *Id.* en 14.

<sup>22</sup> *Id.* en 15- 16.



justificar la tipificación de la conducta y la imposición de las penas aparejadas al delito de posesión.

## Sección II

---

### **Sobre la desproporción del delito de posesión simple**

A lo largo de esta sección, se hace un balance entre los daños que produce la conducta punible y los costos que la respuesta penal representa. A la par del artículo 195 del CPF, se analizan los artículos 476 y 477 de la LGS, porque si bien no es objeto de este documento controvertir la constitucionalidad de tales artículos, sirven para demostrar la desproporción *relativa* (comparativa) del artículo 195 bis del CPF.

#### **II.I .- La desproporción de la posesión simple con base en el *test de proporcionalidad penal***

Consideremos la clase de bien jurídico tutelado, la afectación a éste, el grado de responsabilidad subjetiva del agente, y la incidencia del delito o afectación a la sociedad que éste genera:

##### **a. La clase de bien jurídico tutelado.**

Al pronunciarse sobre el delito de posesión, la Primera Sala realizó formalmente el *test* de proporcionalidad en materia penal pero un análisis detenido de la sentencia muestra que materialmente no cumplió con dicho estándar de motivación, principalmente, porque no sustentó su

argumentación en alguna premisa empíricamente verificable.<sup>23</sup> De tal forma que la Primera Sala afirmó que la medida es idónea porque previene “el riesgo en la salud de la población, denostada por el consumo de drogas”,<sup>24</sup> sin explicar cómo el consumo de drogas pone en riesgo la salud de la población o por qué la puesta en riesgo justifica la penalización de una conducta. La Primera Sala también afirmó que el delito de posesión era adecuado par proteger la salud en “ausencia de evidencia que desmienta [la] mayor idoneidad preventiva de la nueva pena”.<sup>25</sup> La Primera Sala no sólo no mencionó qué evidencia podía o debía ser presentada para desmentir la idoneidad de la pena, sino que dejó la carga de la prueba de la idoneidad de una medida legislativa al gobernado y no al legislador penal.

No obstante, como se mencionó en la Sección I, el legislador debe cumplir un estándar de fundamentación y motivación al hacer el trabajo legislativo. De otro modo, cualquier acto legislativo podría ser aprobado en la Legislatura y, aún en ausencia de fundamentos y motivos que sostengan al acto legislativo, el juzgador podría convalidarla por el sólo hecho de existir. Se podría argumentar que la idoneidad de un acto legislativo es una cuestión de política criminal ajena al escrutinio judicial. Empero, la función de los tribunales (constitucionales) es limitar la discrecionalidad del legislador. Una cuestión política puede volverse justiciable cuando el legislador, en ejercicio de facultades discrecionales, vulnera derechos fundamentales; de otra forma, todo ejercicio discrecional del legislador podría degenerar en arbitrariedad. El juez

---

<sup>23</sup> *Cfr.* Juicio de Amparo en Revisión 277/2011 [S.J.F.] 1ª Sala, SCJN, 2012.

<sup>24</sup> *Id.* en 13.

<sup>25</sup> *Ídem.*

que estudia la política criminal no está legislando, sino estableciendo los límites de la discrecionalidad del legislador.

La Primera Sala aseveró que “la posesión de narcóticos por sí sola es constitutiva de un delito contra la salud”.<sup>26</sup> Sostuvo que la tipificación de la posesión simple era proporcional porque “el delito cuya pena se analiza constituye un problema social cuya prevención resulta prioritaria para la sociedad”.<sup>27</sup> Al respecto, la Primera Sala omitió discutir qué problema social generaba la posesión simple de una sustancia y, en todo caso, qué daños y qué beneficios generaba su penalización. La argumentación de la Primera Sala parte de presupuestos que no se basan la información empírica que existe acerca de los usuarios de drogas, los terceros afectados por el consumo y la sociedad. Por esta razón, las conclusiones de la Primera Sala no cumplieron con los requisitos de motivación reforzada definidos por el pleno de la SCJN.

El propósito de esta sección es someter a prueba el delito de posesión simple analizando los tres elementos del *test* de proporcionalidad en materia penal que ordinariamente aplican el Pleno y las Salas de la SCJN. Resulta de la mayor importancia para el caso, y para limitar los alcances punitivos de la política de drogas: definir, matizar y comprobar las nociones de riesgo, daño y salud. Estas nociones determinan el fin o propósito de la legislación sobre drogas y los medios por los que la ley pretende cumplir con tal fin.<sup>28</sup> Es importante resaltar que, al penalizar la posesión simple, es decir, la posesión sin

---

<sup>26</sup> *Id.* en 14.

<sup>27</sup> *Id.* en 17.

<sup>28</sup> Ronald Homowy, *Dealing with Drugs, Consequences of Government Control* [en adelante: Homowy] (San Francisco: Lexington Books, 1987), 80.



fines de comercio, suministro, transporte, etc. la ley penaliza el consumo por considerar incluso la posesión para consumo, como una conducta riesgosa.

Para determinar los parámetros de validez de la legislación en materia de drogas de usos ilícitos, en este documento se plantean tres argumentos centrales –que contrarían la sentencia sobre la proporcionalidad del delitos de posesión que emitió la primera sala de la SCJN:

- a) La *salud pública* que el delito de posesión simple dice proteger no puede ser un concepto abstracto. En materia de drogas, la *salud pública* debe abarcar la salud de los usuarios de drogas y la salud de los terceros que se vieran afectados directamente por el consumo de sustancias.
- b) Existe una diferencia entre evitar el *riesgo* y evitar el *daño* a la salud. La política de drogas, para ser racional y proporcional, debe perseguir el daño efectivo a la salud y no la supuesta puesta en riesgo.
- c) El *daño* que las drogas pueden causar a la salud depende de la *forma en que se usa* la droga. En otras palabras, el daño a la salud está condicionado a la presencia de un *consumo problemático* de sustancias.

**a) La *salud pública*: salud de los usuarios de drogas y de los terceros afectados directamente por el consumo de sustancias.**

El derecho penal tiene una naturaleza lesiva porque implica el uso de la violencia del Estado en contra de personas particulares o grupos sociales. El uso del derecho penal, por tanto, debe ser mínimo, es decir, debe limitarse a las conductas que generan los daños más



graves al conjunto de individuos que conforman una sociedad y usando las medidas menos lesivas (principio de *ultima ratio*). En este sentido, la legislación sobre drogas sólo puede sancionar el daño concreto y objetivo a un bien tutelado. De tal forma que la *salud pública* como bien penalmente tutelado por los delitos contra la salud no pueden ser un concepto abstracto. *Salud pública* debe entenderse como la salud de cada individuo o de todos los miembros de la sociedad,<sup>29</sup> comprendiendo la *salud individual* y la *salud colectiva*.

La *salud individual* se refiere a la salud de los usuarios de droga. Por ejemplo: los mensajes informativos que aparecen en las cajetillas de cigarro forman parte de una campaña que busca proteger la salud individual de los consumidores de tabacos frente a la publicidad de la industria tabacalera que promueve el consumo. En contraste, la *salud colectiva* se refiere a un conjunto desconocido de personas cuya salud puede verse afectada por el consumo de los usuarios. Por ejemplo, la implementación de los espacios 100% libres de humo tabaco es una medida orientada a proteger la salud colectiva de los no-fumadores (terceros que indirectamente aspiran las sustancias tóxicas que libera el cigarrillo). La salud colectiva de los no-fumadores se aseguraba al prohibir a los usuarios de tabaco fumar en determinados espacios, como bibliotecas, universidades y establecimientos mercantiles cerrados. Es relevante notar que todo ello se hace desde el derecho administrativo y no desde el derecho penal.

---

<sup>29</sup> Véase Ferragut *op cit infra* nota 43 en 148.

En los dos ejemplos citados, se reconoce que el consumo de una sustancia, aunque no necesariamente problemático, implica un daño potencial a la salud del usuario de una droga y de los terceros a quienes indirectamente afecta dicho consumo. La regulación actual del tabaco se diferencia sustantivamente del tratamiento que da la ley penal a las sustancias mencionadas en el artículo 195 bis del CPF. La regulación de tabaco atiende a la existencia de un *daño potencial* que se materializa cuando el usuario fuma, daño que está demostrado científicamente. En cambio, la regulación de otras sustancias presumen una afectación abstracta, que subyace en la noción de "salud pública" (sin titular) y en la de "riesgo", como se muestra en el siguiente inciso.

**b) Diferencia entre *riesgo* y *daño* a la salud.**

El criterio de la Primera Sala de la SCJN referido arriba asume que el *riesgo* a un bien jurídico es suficiente para justificar una prohibición penal.<sup>30</sup> Empero, existe una diferencia entre evitar el *daño* y evitar el *riesgo* a la salud. En el primer caso (daño), hay una afectación objetiva al bien tutelado: una afectación material y comprobable. Ciertamente, las drogas pueden afectar y afectan la salud de los usuarios de droga.<sup>31</sup> Las drogas también pueden dañar a quienes no las usan.<sup>32</sup> Estos daños no son irrelevantes y justifican la intervención del Estado para evitar que una decisión

---

<sup>30</sup> *Supra* nota 23 y el texto que la acompaña.

<sup>31</sup> Mark Kleim, *Against Excess: Drug policy for Results* [en adelante: Kleim] (Nueva York: BasicBooks, 1992), 13.

<sup>32</sup> *Id.* en 145.



de consumo -que protege el derecho a la autonomía-afecte a terceros -a su derecho a la salud-.<sup>33</sup>

En el segundo caso (*riesgo*), la conducta que prohíben las leyes sólo entraña una amenaza, en abstracto, a la seguridad de los bienes jurídicos, sin que estos sean necesariamente deban ser lesionados.<sup>34</sup>

**c) El consumo problemático y no problemático de sustancias.**

En relación con los artículos 193 del CPF y el 245 de la LGS, el artículo 195 bis penaliza la posesión simple de sustancias que la LGS considera graves problemas de salud pública (fracciones I a III, del artículo 245 de la LGS). El artículo 195 bis del CPF postula que ciertas sustancias *en sí mismas* constituyen un problema de salud, porque hace depender la penalización de la definición legal de la *gravedad* de las sustancias sin atender a las circunstancias concretas del usuario y del consumo. El artículo 195 bis del CPF, además, no toma en cuenta el valor terapéutico de las sustancias, ni mucho menos su uso, para sancionar su consumo.<sup>35</sup>

Los estudios sobre sustancias muestran que cualquier droga con un ingrediente activo puede ser inocua o tóxica, dependiendo de la forma en que se use.<sup>36</sup> Al no atender al uso de las sustancias, la división legal pierde de vista, por un lado, que consumir drogas

---

<sup>33</sup> *Id.* en 146.

<sup>34</sup> F. Muñoz Conde, "De nuevo sobre el derecho penal del enemigo", *Revista Penal* No. 16 (Buenos Aires, 2005).

<sup>35</sup> En efecto, las fracciones I a III, del 245 de la LGS son igualmente sancionadas por el delito de posesión, pese a que algunas tienen mayor valor terapéutico que otras y que sólo las previstas en la fracción I se consideran susceptibles de uso indebido y abuso.

<sup>36</sup> Véase Ferragut *op cit infra* nota 43 en 134.

ilícitas no necesariamente es problemático.<sup>37</sup> Ciertamente, las características de algunas sustancias las hacen más susceptibles de crear dependencia o les dan un mayor valor terapéutico.<sup>38</sup> Sin embargo, la sola ilicitud de una sustancia no hace grave o problemático su consumo, como se presume en las fracciones I a III del artículo 193 del CPF. Por ejemplo, la nicotina genera más dependencia que la cannabis. El consumo de nicotina requiere mayor intervención en materia de prevención y tratamiento que la cannabis. Paradójicamente, la nicotina es siempre y en todo caso una sustancia lícita, mientras que la cannabis se considera ilícita en todo caso, aunque tolerada en cantidades módicas (artículos 478 y 479 de la LGS).

La división legal entre sustancias problemáticas y no problemáticas pierde de vista que algunos individuos son más susceptibles que otros a crear dependencia a ciertas sustancias debido a factores contingentes. Como señala el estudio más reciente de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre el problema de drogas en las Américas, el consumo de drogas, *lícitas* e *ilícitas*, se vuelve problemático cuando sale del control del consumidor y comienza a dañar su salud o a de otros.<sup>39</sup> Esto está condicionado por las modalidades de consumo (dosis, frecuencia de uso, pureza, método para ingerir) pero también por factores sociales y genéticos de quien consume.<sup>40</sup> La tipificación del delito de posesión no toma

---

<sup>37</sup> Véase Ferragut *op cit infra* nota 43 en 173.

<sup>38</sup> *Ídem*.

<sup>39</sup> Véase "El problema de las drogas en las Américas" [Informe OEA], Organización de los Estados Americanos (2013), 21, 75, [http://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-194/13](http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-194/13).

En adelante: Informe OEA.

<sup>40</sup> *Ídem*.



en cuenta estos factores al caracterizar el consumo de ciertas sustancias siempre como problemático y sujeto de penalización.

Atender exclusivamente a las clasificaciones legales – en otras palabras, presumir que el consumo de las sustancias y cantidades ilícitas es malo en sí– lleva a graves usos del derecho penal. Incluso, se lleva al absurdo, como el caso del Sr. \*\*\*\*\*, de imponer la pena más lesiva prevista por nuestro ordenamiento jurídico: la pena de cárcel, a consumidores, por no estar en los supuestos de consumo tolerado previstos en los artículos 195 bis del CPF, fracciones I y II; 477 y 478 de la LGS. En ese sentido, las clasificaciones que hacen la LGS y el CPF sobre las sustancias que representan un “problema de salud” y que, por ello, son ilícitas, contribuyen a la maximización del uso del derecho penal como medio para proteger la salud pública y resultan en la penalización de consumidores con los graves costos individuales y sociales que se mencionan adelante.<sup>41</sup>

La intervención del Estado en materia de drogas debe orientarse por la *salud* de los usuarios de drogas y los terceros en concreto, no por la protección de la salud en abstracto. La intervención no puede buscar evitar supuestos “riesgos” de la salud, sino *daños* concretos y objetivos. Cualquier otro fin de la pena<sup>42</sup> implica una

---

<sup>41</sup> El artículo 193 del CPF, por ejemplo, sólo habla de la “suscepti[bilidad] de uso indebido o abuso” en la fracción I, siendo irrelevante en las demás fracciones. Lo peor es que las sustancias mencionadas en las fracciones II y III tienen valor terapéutico y su consumo es considerado un problema de salud, manteniéndose indistinguibles respecto de las sustancias de la fracción I. Esto nos da elementos para creer que el uso y abuso de una sustancia es irrelevante para el CPF.

<sup>42</sup> En el proceso legislativo, se advierten alusiones a la salud, la seguridad pública, la tranquilidad de los mexicanos y el combate al narcotráfico, como

intervención injustificada y excesiva del Estado en el ámbito de libertad individual de los usuarios y la violación del principio de proporcionalidad en general y de última ratio penal en particular.

**b. Afectación que la conducta produce al bien jurídico y el grado de responsabilidad subjetiva del agente.**

En este inciso, se argumenta que la posesión simple de sustancias no afecta la salud de los usuarios o terceros expuestos al consumo de otros. Además, se sostiene que la posesión simple hace responsable al poseedor de sustancias sólo atendiendo a circunstancias objetivas (presupuestas por la ley), dejando de lado el concepto de responsabilidad subjetiva.

- No afectación al bien jurídico.

El tipo penal de posesión simple, tal como está contemplado en la ley vigente, penaliza al agente incluso en ausencia de un daño a la salud de los usuarios y terceros expuestos al consumo ajeno. En otras palabras, el delito de posesión simple considera marginal el daño efectivo que resiente la salud de los usuarios y los terceros. En su lugar, la ley actual enfatiza el "riesgo" que implica la conducta, penalizando la supuesta puesta en riesgo de la salud

---

objetivo de las sanciones a la posesión de sustancias, si bien no es claro que uno de esos conceptos sea el bien tutelado por el tipo penal de posesión simple. *Cfr. Dictamen Iniciativa de Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales*, Comisiones Unidas de Justicia, Salud y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores (agosto 28, 2009), <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=643&IdRef=111&IdProc=2>.

pública. No obstante, esta perspectiva carece de una comprensión científica de las propiedades de las sustancias y su efecto en la psicología humana.<sup>43</sup> Más bien, parece basarse en un la protección de un interés moral, que resulta imposible traducir en daños objetivos y concretos.<sup>44</sup> Ello resulta inadmisibles desde la óptica de los principios del derecho penal moderno que rigen cualquier estado laico y constitucional.

La noción de *daño* constituye un límite frente a la intervención del Estado en la esfera privada, ya que, a diferencia de la noción de riesgo, tiene una base objetiva. “[A] partir del reconocimiento de que la actual tendencia globalizante aumenta la conflictividad y los peligros, [...] la teoría que legitima el derecho penal de riesgo, desemboca en un estado preventista”.<sup>45</sup> El derecho penal de riesgo convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro.<sup>46</sup> En otras palabras, el derecho penal del riesgo se adelanta a la comisión del delito e impone penas sobre conductas que entrañan una amenaza, en abstracto, a la seguridad de los bienes jurídicos, sin que estos sean necesariamente lesionados.<sup>47</sup> El problema, como dice Francisco Muñoz Conde, es que un derecho penal del riesgo supone, al menos, la pérdida de las garantías de lesividad y proporcionalidad.<sup>48</sup> E. Zaffaroni, señala que las teorías que multiplican los tipos penales de peligro abstracto o

---

<sup>43</sup> Véase . S. Ferragut, *A Silent Nightmare: The bottom line and the challenge of illicit drugs* [en adelante: Ferragut] (Lulu, 2007), 148.

<sup>44</sup> *Id.* en 149.

<sup>45</sup> Alfonso Zambrano Pasquel, “Derecho Penal del enemigo y la impronta del terrorismo”, en el XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional (Ecuador: 25,26,27 y 28 de octubre, 2005).

<sup>46</sup> *Ídem.*

<sup>47</sup> F. Muñoz Conde, “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo” [en adelante: Muñoz Conde], *Revista Penal* No. 16 (Buenos Aires, 2005).

<sup>48</sup> *Ídem.*



presunto debilitan el derecho penal de garantías.<sup>49</sup> Dentro de nuestro sistema constitucional, defender los delitos de peligro abstracto es ilegítimo, pues contraría los principios de última ratio, estricta legalidad y presunción de inocencia consagrados en la Constitución. Se sigue que la única política sobre drogas congruente con nuestro sistema jurídico debe concretarse a proteger la salud pública de los daños – efectivos y comprobables– que genera el consumo de ciertas drogas.

En efecto, el Estado está llamado a intervenir para proteger la salud de los usuarios y los terceros de los daños ocasionados por el consumo problemático, pero esta protección no necesariamente debe ser a través del derecho penal. El creciente consenso internacional es que el consumo de sustancias debe ser tratado a través de instituciones de salud, no penales.<sup>50</sup> Renunciar al enfoque penal no significa que el Estado abdique a su responsabilidad frente a los usuarios o los terceros potencialmente dañados por el consumo ajeno. En realidad, los casos de consumo problemático y los de consumo no problemático pueden abordarse con un enfoque de salud, siendo el *tratamiento del usuario con consumo problemático* la característica de la intervención estatal en el primer supuesto y, la *prevención de daños a la salud* la característica del segundo.

El enfoque de salud es promovido, por ejemplo, por la Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia

---

<sup>49</sup> Véase E. R. Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal* (Madrid: Dickinson, 2006), 15.

<sup>50</sup> Véase Informe OEA *infra* nota 39.

(en adelante, CAPD).<sup>51</sup> Por un lado, la CAPD diferencia los casos de dependencia (uso frecuente) y los de uso ocasional y recreativo.<sup>52</sup> En los primeros casos, la CAPD justifica la intervención a través del control de las sustancias y el tratamiento de los usuarios; en los segundos, al no existir problemas de dependencia, sólo admite programas de prevención secundaria o terciaria.<sup>53</sup> Por otro lado, la CAPD distingue entre el consumo problemático y no problemático.<sup>54</sup> En ese respecto, la CAPD acepta la intervención penal, pero enfatiza que la conducta prohibida no debe ser el consumo sino los crímenes que pudieran llegar a cometerse por consumidores.<sup>55</sup> La CAPD ejemplifica la postura que debe tomarse frente a las drogas: reconocer que sólo una parte del consumo de sustancias (problemático) exige la intervención (sanitaria) del Estado.

- Ausencia de responsabilidad subjetiva del agente.

La responsabilidad subjetiva se contrapone a la responsabilidad objetiva o no culpable. De acuerdo el penalista Luigi Ferrajoli, el principio de responsabilidad subjetiva (culpabilidad) implica que el delito debe ser susceptible de atribuirse al presunto responsable, en atención a la comprensión que tiene del hecho y la voluntad que tiene de concretar del delito.<sup>56</sup> En este sentido, la mera reprobabilidad de una conducta no es condición suficiente para prohibir y punir una conducta: es necesaria la intención del autor.

---

<sup>51</sup> Véase Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia, *Lineamientos para una política pública frente al consumo de drogas* [en adelante: CAPD] (Bogotá: MinJusticia, 2013), 19.

<sup>52</sup> *Ídem.*

<sup>53</sup> *Ídem.*

<sup>54</sup> *Id.* en 19- 20.

<sup>55</sup> *Id.* en 20.

<sup>56</sup> Véase Ferrajoli *op cit supra* nota 5 en 489- 490.

“La centralidad del requisito de la culpabilidad es una parte esencial del derecho penal: si una persona va a ser sometida a un proceso y a ser sentenciada y responsabilizada por un delito, un tribunal no debería limitarse a acreditar que se realizó el resultado sino que éste se realizó con culpa”.<sup>57</sup> Con independencia de la magnitud del daño causado, el derecho penal debe estar reservado a esas conductas en que el autor razonablemente puede prever que su actuar es susceptible de causar **un daño**.

El defecto de los artículos 195 CPF y 195 bis del CPF y el 477 de la LGS es que establecen el nexo de imputación de modo artificial: de la mera tenencia de droga (elemento objetivo) la ley desprende la responsabilidad penal. La ausencia de la culpabilidad como elemento constitutivo del delito tiene dos consecuencias importantes para los usuarios de sustancias: (1) la presunción de los fines del delito de posesión y (2) la relevancia marginal de la prueba del daño a una persona concreta.

Respecto de la presunción de los fines del delito de posesión, en los artículos 195 bis del CPF y 477 de la LGS, el resultado de la posesión simple se define por exclusión: cuando no se puede probar la posesión para fines. Si la ley presume los fines de la conducta desplegada por el responsable, dados ciertos hechos (la tenencia de cierto tipo y cierta cantidad de droga), se advierte que la ley sólo prevé la responsabilidad objetiva. Esto lleva a absurdos como se presentan en el caso en comento, donde un consumidor se declara como

---

<sup>57</sup> Andrew Asworth, “Is the Criminal Law a Lost Case?”, *LQR* 116(abril, 2000), 236.





tal, los peritos y el juzgador reconocer la intención de consumo en la posesión, pero la ley penal establece que, independientemente de la evidencia que el caso muestre, se debe imponer una pena de prisión y tener por probada la posesión para fines distintos al consumo.

La pena aplicable al delito de posesión simple atiende sólo a la reprochabilidad del hecho de "poseer" droga y no a la ausencia de voluntad de dañar al bien tutelado. Esto está relacionado con la comprensión de las drogas como *malas en sí*. No resultan relevantes ni los daños ocasionados a la salud ni la culpa ni el dolo. El caso de los delitos de homicidio ayuda a entender mejor la importancia de la responsabilidad penal. En un caso de homicidio, el querer introducir el cuchillo en el cuerpo de la víctima para privarla de la vida es sinónimo de dolo. La pena es merecida porque la voluntad de la persona era realizar la conducta y generar el resultado lesivo y se entiende la existencia de responsabilidad subjetiva. La responsabilidad profesional que enfrenta un médico es independiente de su intención de generar un daño al paciente. En este caso, la sanción se justifica en el incumplimiento de un deber de cuidado que tenía el médico, dada la alta probabilidad de que el actuar negligente de un profesional de la salud o de sus auxiliares produzca un daño irreversible en el cuerpo del paciente. Se atribuye entonces una responsabilidad objetiva a los médicos, independientemente de su voluntad de causar un daño. En el delito de posesión simple, se asume la responsabilidad objetiva. Es decir no se toma en cuenta la voluntad del actor y se presume la generación de un daño. De esta forma se colapsan las

distinciones entre tentativa y el delito, y entre las distintas modalidades del delito, generando situación de aplicación desigual de la ley penal.

Esta cuestión no es menor, ya que la diferencia entre la pena de la posesión sin fines y la posesión con fines es significativa. En la LGS, a la posesión sin fines le corresponden penas que van de los 10 meses a los 3 años de prisión, mientras que a la posesión con fines le corresponden de 3 a 6 años de prisión y, tratándose de dosis superiores a mil veces las del consumo mínimo permitido, de 5 a 15 años de prisión. Por su parte, en el CPF, el delito de posesión sin fines prevé 4 a 7 años y medio de prisión, mientras que el de posesión con fines prevé de 5 a 15 años de prisión.

Ahora bien, respecto de la relevancia de la prueba del daño a una persona, se tiene que el delito de posesión es uno de responsabilidad objetiva y sin víctima, lo que conlleva una serie de problemas prácticos y, en última instancia, de violación de derechos fundamentales. El estándar de prueba que impone la posesión simple de sustancias crea incentivos perversos en el sistema penal, pues la autoridad, sin otras evidencias, sólo está obligada a demostrar la posesión, aunque ésta no haya tenido un resultado lesivo en la salud de alguna persona o de terceros.

**c. La incidencia del delito o la afectación a la sociedad que éste genera.**

Como se mencionó al principio de esta sección, la SCJN ha sostenido que el análisis de proporcionalidad de un

tipo penal implica el estudio de la incidencia del delito o la afectación a la sociedad que éste genera. La incidencia es el número de nuevos casos de un delito en una población y en un tiempo determinado, en tanto que la afectación a la sociedad se refiere a las consecuencias lesivas que produce una conducta, tomando como parámetro la *salud pública*. Dado que la posesión simple -por sí misma. no es una conducta que cause daños graves a la sociedad, la incidencia delictiva no indica necesariamente la frecuencia con la que la sociedad y sus miembros están siendo afectados.

El Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública reporta 19,795 incidentes (averiguaciones previas iniciadas) por el delito de posesión en 2004; 29,131, en 2005; 49,255 en 2006; 71,511 en 2007; 47,535 en 2008; 43,148 en 2009; 43,148 en 2010; 31,665 en 2011; 19,643 en 2012, y 5,009 en 2013.<sup>58</sup> La disminución de la incidencia del delito de posesión a nivel federal se debió a la entrada en vigor de la Ley de Narcomenudeo, que dio competencia al fuero local para tramitar estos asuntos. Esto significa que el número de personas en posesión de sustancias no necesariamente ha disminuido. Además, las cifras que proporciona el Secretariado Ejecutivo no contemplan la cifra negra por el delito de posesión, esto es, el número de casos de posesión que suceden en el mundo y que no son identificados. Por tanto, las cifras que ofrece el Secretariado Ejecutivo no permiten saber la

---

<sup>58</sup> "Fuero Federal", *Incidencia Delictiva. Estadísticas y Herramientas de Análisis* (Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2014), <http://estadisticadelictiva.secretariadoejecutivo.gob.mx/mondrian/testpage.jsp> (consulta: mayo 25, 2014).



incidencia real del delito de posesión en un momento determinado.

Por su parte, la Encuesta Nacional de Adicciones 2011 (ENA 2011) indica los datos de consumo entre la población. Es decir, nos puede dar alguna indicación de la incidencia de posesión simple, ya que todo consumo implica la posesión. De acuerdo con la ENA, “la tendencia al crecimiento que se observó entre 2002 y 2008 parece haberse detenido en los siguientes tres años [2008- 2011], [sin que se observen] cambios significativos en la proporción de personas que reportan consumo de cualquier droga [ilícita] en el último año”.<sup>59</sup> El consumo de drogas ilegales fue similar en las dos mediciones de 2008 y 2011. De hecho, la tendencia en esos años se estabilizó, contrario a lo que había sucedido desde 2002. Esto apunta a que el consumo de sustancias ilícitas (por ejemplo, el artículo 245, fracciones I a III, de la LGS) no ha aumentado.

Además, la marihuana, una de las sustancias menos peligrosas para el consumo, sigue siendo la droga de mayor consumo y representa el 80% del consumo total de drogas.<sup>60</sup> Esto significa que el aumento en el número de consumidores no necesariamente refleja un aumento en el consumo problemático y en el daño que las drogas generan a la sociedad. Además, la ENA muestra que las sustancias lícitas han generado más daño a la salud de las personas que las sustancias ilícitas. Así, de acuerdo con la ENA

---

<sup>59</sup> *Encuesta Nacional de Adicciones 2011: Reporte de Drogas* [en adelante: ENA 2011] (México: Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, Instituto Nacional de Salud Pública y Centro Nacional para la Prevención y el Control contra las Adicciones, 2012), 72, <http://www.conadic.salud.gob.mx/pdfs/enaotrasdrogas.pdf>

<sup>60</sup> Clayton Mosher & Scott Akins, *Drugs and Drug Policy. The Control of Consciousness Alteration* [en adelante: Mosher & Akins] (California, Londres, Nueva Delhi: SAGE Publications, 2007), 66.

2011, la droga de inicio más reportada en los Centros de Tratamiento no Gubernamentales fue el alcohol (49.1%), seguida del tabaco (18.4%).<sup>61</sup> En estos centros, la droga de impacto más frecuente fue el alcohol, mencionada por 29,417 personas: cifra que casi triplica a la de las personas que mencionaron la cocaína (10,450) y cuadriplica a las de las personas que mencionaron la marihuana (8,235).<sup>62</sup> Si los consumidores de alcohol acuden a centros de tratamiento con más frecuencia que los consumidores de otras sustancias y, a pesar de ello, el alcohol está permitido, la pena por la posesión de éstas últimas aparece comparativamente desproporcional.

Estas cifras demuestran que el beneficio obtenido, en términos de una disminución de la incidencia delictiva, por la aplicación del tipo penal de posesión simple no son evidentes y en todo caso, parecen cuestionables.

Se ha señalado también que una forma en que las sustancias afectan la salud pública es a través de la violencia que generan. Sin embargo, la violencia no puede atribuirse a las sustancias o a la posesión de las mismas sino a la regulación que existe en torno a las mismas. Como señala el catedrático colombiano Rodrigo Uprimny, a propósito de la seguridad nacional y la integridad personal como bienes tutelados, el presupuesto del argumento sería que la producción y el tráfico de drogas causan muertes y afectan la seguridad pública.<sup>63</sup> “Sin embargo como ya lo explicamos, los daños ocasionados son derivados de la criminalidad que se

---

<sup>61</sup> Véase ENA 2011 *supra* nota 59 en 6.

<sup>62</sup> *Ídem*.

<sup>63</sup> R. Uprimny Yepes, D. E. Guzmán & J. Parra Norato, “La adicción punitiva: la desproporción de las leyes de drogas en América Latina” [en adelante: Uprimny et al], *Documentos DeJusticia*, (diciembre 2012), 12.



organiza en torno al negocio [ilícito] de las drogas”, no de las drogas en sí mismas.<sup>64</sup> En este sentido, la afectación a la salud que genera la violencia relacionada con sustancias ilícitas no puede justificar el uso del derecho penal ya que es precisamente el carácter de su ilicitud lo que genera dicha violencia.

La penalización de la posesión simple de sustancias ha sido estudiada en otras jurisdicciones y ha sido declarada inconstitucional. La Corte Constitucional Colombiana sostuvo que un sistema penal liberal y democrático no admitía el peligrosismo, ya que a una persona sólo se le debía castigar por lo que efectivamente hace y no por lo que posiblemente haga.<sup>65</sup> Mientras el comportamiento del consumidor no trascienda de su órbita íntima, la conducta en sí misma sólo incumbe a quien la observa. Dicha órbita se encuentra en el dominio de la libre determinación y la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino), de modo que está sustraída al derecho penal. En esta tesitura, sólo pueden ser exigibles las conductas que interfieren con la órbita de libertad ajena y, en consecuencia, la intervención del derecho penal dentro de esta órbita es abusiva.<sup>66</sup>

Igualmente, la Corte Constitucional Argentina se pronunció a favor de declarar inconstitucional la tenencia (posesión) de sustancias con base en el respeto a la esfera privada de los consumidores de sustancias. Este tribunal enfatizó que los Estados deben promover el derecho a la salud de las personas que consumen

---

<sup>64</sup> *Ídem.*

<sup>65</sup> *Sentencia C-221/94*, Corte Constitucional Colombiana (mayo 5, 1994), <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-221-94.htm>

<sup>66</sup> *Ídem.*



estupefacientes, para salvar la vida de los consumidores, por un lado, y para reducir la demanda de drogas, por el otro.<sup>67</sup> Desde esta perspectiva, la Corte argentina determinó que la adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados, ya que el consumo personal de drogas debe encontrar en el ámbito sanitario.<sup>68</sup>

Como sostienen las Cortes Supremas de colombiana y argentina, mientras no se pruebe el daño, actual o potencial (que no riesgo), que el consumo de sustancias produce en la salud de otros, las elecciones individuales atañen exclusivamente a los consumidores. La lógica del riesgo es violatoria de derechos fundamentales porque se adelanta a la actualización del daño y termina afectando a personas que no tenían afán de dañar su salud o la de los demás. En el ámbito de la libertad individual, la intervención del Estado es arbitraria y, por tanto, inadecuada para hacer frente a los problemas sociales. Si busca desincentivar el consumo de sustancias porque asume que estas potencialmente pueden dañar la salud de las personas, el Estado debería intervenir informando a la población sobre sus usos y sus peligros, no sancionando el consumo y sobre todo, a los consumidores.

El análisis del caso concreto muestra una lógica de riesgo y moralista que sigue el CPF. Cuando le detuvieron, el Sr. \*\*\*\*\* tenía cuatro pastillas cuyo ingrediente activo era el clonazepam, que el Sr. \*\*\*\*\* obtuvo para tratarse el cuadro de depresión

---

<sup>67</sup> Caso *Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080*, Corte Suprema de Justicia Nacional, . A.- 891. XLIV (agosto 25, 2009).

<sup>68</sup> *Ídem*.

que padecía tras haber disuelto su matrimonio y haber fallecido su padre. El Sr. \*\*\*\*\*pagó para obtener las pastillas, sin que su obtención implicara lastimar a otras personas. El dictamen médico de integridad física arrojó que el Sr. \*\*\*\*\* es politoxicómano de la marihuana, el clonazepam y la cocaína, requiriendo para su consumo personal hasta diez gramos de marihuana, diez miligramos de clonazepam y quinientos miligramos de cocaína en un periodo de 24 horas de forma alterna. La prueba pericial oficial estableció que el Sr. \*\*\*\*\* manifestaba síntomas de agorafobia, trastorno de ansiedad comúnmente tratado con el clonazepam.<sup>69</sup> La sustancia que él ingiere regularmente utilizada frecuentemente como tranquilizante, ya que tiene un amplio ratio terapéutico y que es poco susceptible de causar intoxicaciones. No obstante, es altamente adictiva.<sup>70</sup>

En el caso particular, la desproporción del delito de posesión simple existe por las razones que se han mencionado a lo largo de este capítulo:

- i. La ley presume el carácter *problemático* del consumo a partir del tipo de sustancia y la cantidad portada, no del uso que se da a la droga.
- ii. El objeto de la ley es el *riesgo* y no el *daño* efectivo a la salud.
- iii. Se dice que el tipo protege la *salud pública*, pero se omite concretar quién es el titular de ese derecho, lo que lleva a imponer perspectivas moralistas y preventistas sobre los usuarios de drogas.

---

<sup>69</sup> Véase Auto de formal prisión *op cit supra* nota 2 en 6- 7.

<sup>70</sup> Véase Mosher & Akins *op cit supra* nota 60 en 89- 90.





- iv. La ley no permite evaluar la circunstancias concretas del usuario y su consumo, por lo que el estudio de la afectación al bien jurídico queda en un segundo plano. En segundo plano quedarían, también, el principio de lesividad y proporcionalidad.
- v. La incidencia delictiva no ha disminuido en los últimos años, además de que el consumo de drogas ilícitas se mantiene constante. Esto apunta a la existencia de una política de drogas eficiente y poco eficaz, pero altamente lesiva.

En este caso, la respuesta punitiva del Estado resulta desproporcionada frente a una conducta no lesiva de posesión simple, pero la respuesta también puede traducirse en términos de incumplimiento de las obligaciones (principalmente, de garantía y protección) que el Estado tiene en relación con el derecho a la salud del Sr. \*\*\*\*\*.

Dentro de los centros de reclusión, los incumplimientos por parte del Estado se agravan ya que las personas se encuentran bajo custodia del Estado. Esto significa que el Estado tiene obligaciones de particular intensidad, ya que por las circunstancias propias del encierro la población en está imposibilitada para satisfacer sus necesidades y depende del Estado para ello.<sup>71</sup> En efecto, las personas privadas de su libertad no pueden acceder ni costear con los servicios de salud. Es pues el Estado quien tiene el deber de asegurar a todos los internos este derecho fundamental brindando servicios de salud adecuados a sus necesidades en la calidad y

---

<sup>71</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, ¶152.



eficiencia que se requiera para proteger su integridad física.<sup>72</sup> El acceso a un servicio médico, por ejemplo, es indispensable para que garantizar la salud, dignidad e integridad física de personas privadas de su libertad.<sup>73</sup> Así lo establece el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>74</sup> Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera.<sup>75</sup>

En el caso bajo análisis, el Estado incumple sus obligaciones frente al derecho a la salud al menos en dos sentidos: (a) se abstiene de proporcionar tratamiento al Sr. \*\*\*\*\* respecto de su dependencia a la mariguana y el clonazepam, y (b) omite cuidar al Sr. \*\*\*\*\* de los terceros que venden sustancias de forma ilícita dentro del centro de reclusión. El Estado actuó negligentemente al no garantizar servicios de salud al Sr. \*\*\*\*\* y al no impedir que se allegara de una sustancia ilícita. En este sentido, la intervención penal del Estado es injustificada, pues impone una pena al Sr, \*\*\*\*\* por un incumplimiento atribuible al Estado mismo.

---

<sup>72</sup> Santiago Medina Villareal, "Estándares en materia de condiciones de detención y uso de la fuerza en el control de lugares de detención", *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año II No. 3 (septiembre, 2007), 74.

<sup>73</sup> *Ídem*.

<sup>74</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, ¶ 226.

<sup>75</sup> Véase Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C No. 115, ¶122; *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, ¶ 157, y *Caso Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C No. 100, ¶131



## **II.II. La desproporción de la posesión simple con base en el test de proporcionalidad de la limitación de derechos fundamentales**

En este apartado, a través del *test de proporcionalidad de la limitación de derechos fundamentales*, se muestra que la tipificación del delito de posesión y la aplicación de la norma es inadecuada y desproporcionada en relación con el fin que persigue: la protección de la salud y por tanto inconstitucional.

### **a. Fin legítimo**

El artículo 4° de la Constitución establece que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.<sup>76</sup> La SCJN ha sostenido que el derecho a la salud comprende no sólo el tratamiento o la prevención de la enfermedad, sino —más ampliamente— las medidas encaminadas al bienestar general de una persona.<sup>77</sup> El delito de posesión simple persigue la protección de la salud de los usuarios y los terceros expuestos al consumo ajeno frente a los daños que genera el consumo problemático de sustancias.<sup>78</sup> El delito de posesión simple persigue un fin constitucionalmente válido.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación* de 5 de febrero de 1917 (última reforma: febrero 2, 2014).

<sup>77</sup> Véase Primera Sala, Novena Época, SJF y su Gaceta, Tomo XXIX, abril 2009, 164. “DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD” y Pleno, Novena Época, SJF y su Gaceta, Tomo XXX, diciembre 2009, 164. “DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD”.

<sup>78</sup> Véase *supra* “El tipo de bien jurídico tutelado”, página 8 y ss.

<sup>79</sup> Véase *Exposición de Motivos de Iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales*, Cámara de Senadores (octubre 2, 2008),

**b. Adecuación de la medida al fin legítimo**

En este inciso, se evalúa la protección de la salud a través del delito de posesión simple. Se sostiene que la tipificación de la posesión simple es un medio inadecuado para proteger la salud de los usuarios de sustancias. Más aún, la tipificación daña la salud de los consumidores presentes y futuros de sustancias y, por tanto, desprotege la salud. En cuanto a la salud de los terceros expuestos al consumo de otros, se tiene que la medida es inadecuada e inefectiva. Por una parte, y como se muestra en el apartado anterior, la medida no sólo no ha disuadido a los usuarios de drogas de consumir estas sustancias sino que tampoco protege la salud de los terceros por otros medios. Estas afirmaciones, se argumentan en los párrafos siguientes.

La forma en que la legislación actual desprotege la salud tiene qué ver con la estigmatización de los consumidores, marginalizando a este sector social. Como señaló la OEA:

La vulnerabilidad a la drogodependencia (...) puede verse agravada por la vulnerabilidad social, vale decir, por condiciones estructurales que hacen más probable el paso del uso no dependiente al uso dependiente, o bien al consumo de drogas con mayores daños asociados, tanto para el consumidor como para terceros. (...) El estigma o la penalización del consumo operan, en tales circunstancias, como agravante, pues no previenen el consumo problemático sino que lo encapsulan en la marginalidad y la falta de oportunidades. (...) En la medida que el consumo de drogas está penalizado o estigmatizado, las poblaciones más vulnerables al consumo problemático se ven inhibidas de recurrir a la información

oportuna, a los servicios de salud pública y, en general, a los programas de prevención y tratamiento. La prohibición oscurece la realidad de la drogodependencia de cara a la comunidad y a los servicios correspondientes, en lugar de hacerla más transparente y, con ello, susceptible de abordaje oportuno para evitar mayor deterioro personal, familiar y comunitario.<sup>80</sup>

Además, y tomando el caso concreto del art. 195 bis, el daño más evidente que se produce por la aplicación de la ley que tipifica el delito de posesión es la privación de la libertad de consumidores, que implica ponerlos un lugar donde, como señala la Organización Mundial de la Salud, se observa incidencia más alta de enfermedades como VIH/SIDA, hepatitis, tuberculosis, hepatitis C, sarna, etc.<sup>81</sup> El hacinamiento, la falta y deficiencia de servicios médicos y sanitarios, la falta de agua, la alta prevalencia de relaciones sexuales sin protección -incluidos los incidentes de abuso sexual-, la alta prevalencia de enfermedades y el consumo de drogas (en particular las inyectables) ponen en riesgo la salud de la población en reclusión.<sup>82</sup> Por tanto, decretar el encarcelamiento para proteger la salud del usuario es violatoria de su derecho a la salud.

La penalización aumenta los daños potenciales asociados con el consumo de sustancias porque las sustancias ilegales tienen una pureza y calidad incierta.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Informe OEA *op cit supra* nota 39 en 25, 75. *Subrayado fuera de texto.*

<sup>81</sup> Para abundar, véase *Recomendación no. 90/2011 sobre el caso de internos del complejo penitenciario Islas Mariás*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México: 2012).

<sup>82</sup> Véase Homowy *op cit supra* nota 28 en 81 y ss.

<sup>83</sup> Véase Mitchel *citado en* Pérez Correa en "Delitos contra la salud y el principio de proporcionalidad en México" [en adelante, Pérez Correa 2013], en Jorge Vicente Paladines (coord.), *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América* (Quito: Defensoría Pública de Ecuador, 2013), 25. Véase también Homowy *op cit supra* nota 28 en 82.

Por último, la legislación promueve la invención de nuevas sustancias.<sup>84</sup> Como advierte la OEA:

Con frecuencia, la verdadera composición de las nuevas sustancias psicoactivas es desconocida para los usuarios, trabajadores de la salud o autoridades de control. La lista de contenidos en el envase no siempre indica los ingredientes activos ni los términos genéricos que son utilizados.<sup>85</sup>

En este caso, el principal problema del delito de posesión simple, es que adelanta la sanción penal al momento en el que debería actuar mediante la prevención.<sup>86</sup> El Estado interviene en una esfera que atañe exclusivamente a los consumidores: de autonomía personal.

En relación con personas que no consumen droga, la lógica de los delitos sería que, al desincentivar a los usuarios de consumir drogas, los terceros ya no quedarían expuestos a dicho consumo. No obstante, los índices de consumo de drogas no han variado significativamente en los últimos años.<sup>87</sup> La tipificación no parece haber disminuido el consumo de las sustancias ilícitas (problemáticas por definición de la ley). Entonces, la tipificación es irrelevante en términos de desincentivar el consumo problemático de sustancias.

Por no resolver la situación actual de salud de los consumidores problemáticos y, paradójicamente, desproteger la salud de estos, la tipificación de la posesión simple es inadecuada en relación con el fin legítimo que persigue esta medida: la protección de la salud de los usuarios. Por

---

<sup>84</sup> Véase Homowy *op cit supra* nota 28 en 82.

<sup>85</sup> Informe OEA *op cit supra* nota 39 en 41- 42.

<sup>86</sup> Véase *supra* notas 47 y 1 texto que la acompaña.

<sup>87</sup> Véase *supra* nota 59 y el texto que la acompaña.

inefectiva e ineficiente para disminuir el consumo problemático de sustancias, la tipificación tampoco es adecuada para proteger la salud de los terceros expuestos a esa clase de consumo. Dado que el delito de posesión simple es inadecuado para proteger la salud, se concluye que el segundo elemento del test de proporcionalidad no se satisface.

### **c. Proporcionalidad estricta: análisis de costo-beneficio**

Una política racional y constitucional en materia de drogas limita el daño que a veces generan dichas sustancias, haciendo el mínimo de daño posible en el proceso.<sup>88</sup> En el inciso anterior, se hicieron dos señalamientos importantes a propósito de los costos y los beneficios de la tipificación de los delitos asociados con droga, en general, y de el tipo de posesión simple, en particular. La primera señalización es que la tipificación no ha disminuido el consumo de drogas ilícitas y por tanto no hay beneficios concretos de la política.<sup>89</sup> La segunda señalización es que la tipificación produce una serie de daños a la salud de los usuarios.<sup>90</sup> Se pueden resumir tales daños como sigue:

- La criminalización de los usuarios los margina socialmente y obstaculiza el tratamiento.
- La legislación de las drogas penaliza a los usuarios. El daño más evidente es la detención y el encarcelamiento.

---

<sup>88</sup> Véase Kleim *op cit supra* nota 31 en 12.

<sup>89</sup> Véase *supra* nota 59 y el texto que la acompaña.

<sup>90</sup> Véase *supra* notas 80 y el texto que la acompaña.

- La legislación penal eleva el precio de las drogas para los usuarios y disminuye la calidad de las sustancias que se intercambian en el mercado negro.
- La legislación promueve la invención de nuevas sustancias cuyos efectos en la salud de los usuarios son desconocidos.
- La legislación penal interviene arbitrariamente en la esfera individual, resultando en violación a diversos derechos fundamentales.

Estos daños son costos directos de la política de drogas. A los costos directos sobre los usuarios de droga, se suman los daños que genera la ley penal al público en general, es decir, a los no usuarios. De acuerdo con el profesor Homowy, los daños al público en general son:

- Los recursos gastados en la ejecución de la ley penal.<sup>91</sup> Los recursos empleados en la *lucha contra el narcotráfico* tienen un alto costo de oportunidad. Estos recursos podrían destinarse a la persecución de delitos más lesivos socialmente o a la atención y tratamiento de consumidores y farmacodependientes.<sup>92</sup> Esto es preocupante, pues el sector salud no ha sido

---

<sup>91</sup> Véase Homowy *op cit supra* nota 28 en 85.

<sup>92</sup> Como señala Pérez Correa, “[los gastos erogados para perseguir y procesar a consumidores y narcomenudistas son] recursos públicos que podrían ser adjudicados de otra forma (ya sea en la persecución de otros delitos o destinados a otros sectores sociales)”. La autora ejemplifica con el caso de Ramona, una mujer sentenciada por posesión de marihuana, en el que el costo de investigarla, procesarla y encarcelarla por 4 años 6 meses fue de \$297, 417.5. Véase Pérez Correa *op cita supra* nota 83 en 30. La OEA dice que si bien la legalización no haría desaparecer los costos de la represión, estos podrían ser menos y dirigirse a asegurar que los vendedores cumplan con las restricciones, por ejemplo que no vendan a menores de edad. Véase Informe OEA *supra* nota 39 en 100.



efectivo para abastecer servicios de salud a la creciente demanda.<sup>93</sup>

- El incremento del crimen. "Al incrementar el precio de las drogas ilícitas y obligar a los usuarios a emplear más dinero para allegarse de la droga, las leyes generan poderosos incentivos para que se cometan daños a la propiedad o incluso robo. Además, la interacción que se da entre los vendedores de drogas y los usuarios da oportunidad a los primeros de envolver a los segundos en conductas ilegales".<sup>94</sup> En el caso de México, las cifras no arrojan concurso de delitos en los casos de posesión de sustancias.<sup>95</sup> No obstante, lo que sí aumentó en los últimos años es el número de muertes asociado con la guerra contra las drogas que inició el gobierno durante el sexenio anterior.<sup>96</sup>
- Los daños relacionados por la ausencia de víctima en el caso de la prohibición del uso de drogas. Primero, para poder acreditar un delito en que la víctima no puede servir como testigo, la policía debe embarcarse en un programa de vigilancia sistemática. Cuando ocurre el supuesto crimen, la decisión de ejercer acción penal depende completamente de la policía, que va a buscar a toda costa consignar al presunto

---

<sup>93</sup> La OEA reconoce el crecimiento de la demanda de servicios de salud para el tratamiento de las adicciones; reconoce, además, que esto se ha convertido en un factor determinante para el cambio de actitud en el tema de las drogas. Véase Informe OEA *supra* nota 39 en 5.

<sup>94</sup> Véase Homowy *op cit supra* nota 28 en 85.

<sup>95</sup> Véase Pérez Correa *op cita supra* nota 83 en 13. "los delitos contra la salud que se persiguen a nivel federal, son principalmente delitos de posesión y consumo", sin concurso de otras modalidades delictivas.

<sup>96</sup> Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, *Transición traicionada. Los derechos humanos en México durante el sexenio 2006- 2012* (México: Quetzalcoatl g. Fontanot, 2013), 44 y ss. El incremento de la violencia, también se observa en Colombia. El catedrático Rodrigo Uprimny dice que estos daños ocasionados (muertes, lesiones, entre otros) son derivados de la criminalidad que se organiza en torno al negocio de las drogas, no de las drogas mismas. Véase Uprimny et al *op cita supra* nota 63 en 12..

delincuente. Como resultado, se incrementan las extorsiones, las multas y los actos de corrupción. Segundo, la invasión de la privacidad que lleva implícita la omnipresencia policial impone costos sobre el goce de derechos. Esto se debe a que la investigación, para ser efectiva, exige una intervención más intrusiva por parte de la policía. Tercero, la legislación de drogas permite a la policía usar la fuerza para impedir conductas voluntarias. Inevitablemente, el poder de prohibir también da a los policías el poder (de facto) de decidir no ejecutar la ley, para lo que pueden cobrar cuotas a los productores y traficantes de drogas.<sup>97</sup>

El balance es el siguiente. Mientras que han habido muchas detenciones por el delito de posesión en los últimos años,<sup>98</sup> no es claro que esto haya redundado en un beneficio de la salud de los usuarios de drogas o de los terceros que pueden resentir los efectos del consumo de sustancias. Los daños que ha causado la actual política en la vida de los usuarios en particular y del público en general son claros. La tipificación no contribuye al tratamiento del consumo problemático de los usuarios de drogas. Esto lleva a que el número de consumidores se mantenga constante. En términos sociales, el costo asociado es la violencia creciente, el ánimo vigilantista y los costos económicos de la sanción y persecución del delito. Por ello, se estima que el tipo penal de posesión simple no está orientado por la proporcionalidad: está vigente pese a no ser adecuado para proteger la salud de las personas e impone más costos que

---

<sup>97</sup> Véase Homowy *op cit supra* nota 28 en 87 a 95.

<sup>98</sup> Véase *supra* nota 58.



beneficios. Por inconstitucional, el tipo penal debe desaplicarse en el caso concreto.

### Conclusiones

---

A lo largo de este documento, se explica por qué el tipo penal de posesión simple de sustancias es desproporcionado y, por tanto, inconstitucional. El tipo penal de posesión simple no satisface ni el test de proporcionalidad penal ni el test de proporcionalidad en derechos humanos. En consecuencia, el tipo penal de posesión simple es contrario a los artículos 1° y 22° constitucionales. Por ello, el tipo penal procede desaplicarse en el caso concreto. Esto, hacer valer el mandato constitucional que tienen los tribunales de interpretar y aplicar la ley de forma tal que ningún acto de autoridad vulnere injustificadamente derechos fundamentales.<sup>99</sup>

El juez debe balancear entre la ley, que ordena sancionar independientemente de las circunstancias del usuario y su consumo, y los derechos del usuario de drogas. Esta labor puede justificar la inaplicación de una ley penal. Esto no significa que el juez esté legislando en materia penal. Significa que los jueces están limitando los alcances de una ley aprobada por el Congreso de la Unión, cuando ésta resulta inconstitucional en un caso particular.

Para declarar inconstitucional una ley o desaplicarla, el juez debe demostrar que ésta es inválida. La invalidez de la norma es independiente de la fundamentación y la

---

<sup>99</sup> Véase [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1; Pág. 557. 1a. CCXV/2013 (10a.); "DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS".



motivación, en la medida en que la insuficiencia o deficiencia de fundamentación y motivación no necesariamente hace inconstitucional el contenido de la norma. Materialmente, una ley es válida si su contenido es acorde con el de las normas superiores y, en última instancia, la Constitución. El tipo de posesión simple es inválida por su contenido, por lo que resulta irrelevante discutir cómo fue o qué deficiencias tuvo el proceso legislativo. Si el tipo penal de posesión simple busca proteger la salud, no tiene sentido que el juez aplique una pena a una conducta no problemática, ocasional y/o recreativa, ya que no *daña* a la salud de los usuarios o de terceros.

## Anexo

### Ley General de Salud

**Artículo 245.-** En relación con las medidas de control y vigilancia que deberán adoptar las autoridades sanitarias, las sustancias psicotrópicas se clasifican en cinco grupos:

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

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

AMOBARBITAL  
ANFETAMINA  
BUTORFANOL  
CICLOBARBITAL  
DEXTROANFETAMINA  
(DEXANFETAMINA)  
FENETILINA  
FENCICLIDINA  
HEPTABARBITAL  
MECLOCUALONA

METACUALONA  
METANFETAMINA  
NALBUFINA  
PENTOBARBITAL  
SECOBARBITAL.

Y sus sales, precursores y derivados químicos.

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

BENZODIAZEPINAS:

ACIDO BARBITURICO (2, 4, 6  
TRIHIDROXIPIRAMIDINA)  
ALPRAZOLAM  
AMOXAPINA  
BROMAZEPAM  
BROTIZOLAM  
CAMAZEPAM  
CLOBAZAM  
CLONAZEPAM  
CLORACEPATO DIPOTASICO  
CLORDIAZEPOXIDO  
CLOTIAZEPAM  
CLOXAZOLAM  
CLOZAPINA

DELORAZEPAM  
DIAZEPAM  
EFEDRINA  
ERGOMETRINA (ERGONOVINA)  
ERGOTAMINA  
ESTAZOLAM  
1- FENIL -2- PROPANONA  
FENILPROPANOLAMINA  
FLUDIAZEPAM  
FLUNITRAZEPAM  
FLURAZEPAM  
HALAZEPAM  
HALOXAZOLAM  
KETAZOLAM  
LOFLACEPATO DE ETILO  
LOPRAZOLAM



LORAZEPAM  
LORMETAZEPAM  
MEDAZEPAM  
MIDAZOLAM  
NIMETAZEPAM  
NITRAZEPAM  
NORDAZEPAM  
OXAZEPAM  
OXAZOLAM  
PEMOLINA  
PIMOZIDE  
PINAZEPAM

PRAZEPAM  
PSEUDOEFEDRINA  
QUAZEPAM  
RISPERIDONA  
TEMAZEPAM  
TETRAZEPAM  
TRIAZOLAM  
ZIPEPROL  
ZOPICLONA  
Y sus sales, precursores y  
derivados químicos.

Otros:

ANFEPRAMONA (DIETILPROPION)  
CARISOPRODOL  
CLOBENZOREX  
(CLOROFENTERMINA)  
ETCLORVINOL  
FENDIMETRAZINA

FENPROPOREX  
FENTERMINA  
GLUTETIMIDA  
HIDRATO DE CLORAL  
KETAMINA  
MEFENOREX  
MEPROBAMATO  
TRIHEXIFENIDILO.

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

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

## CAPÍTULO VII

Delitos Contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo

**Artículo 473.-** Para los efectos de este capítulo se entenderá por:

I. Comercio: la venta, compra, adquisición o enajenación de algún narcótico;

II. Farmacodependencia: Es el conjunto de fenómenos de comportamiento, cognoscitivos y fisiológicos, que se desarrollan luego del consumo repetido de estupefacientes o psicotrópicos de los previstos en los artículos 237 y 245, fracciones I a III, de esta Ley;

III. Farmacodependiente: Toda persona que presenta algún signo o síntoma de dependencia a estupefacientes o psicotrópicos;

IV. Consumidor: Toda persona que consume o utilice estupefacientes o psicotrópicos y que no presente signos ni síntomas de dependencia;



V. Narcóticos: los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen esta Ley, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia;

VI. Posesión: la tenencia material de narcóticos o cuando éstos están dentro del radio de acción y disponibilidad de la persona;

VII. Suministro: la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos, y

**Artículo 475.-** Se impondrá prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, a quien sin autorización comercie o suministre, aún 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.

Cuando la víctima fuere persona menor de edad o que no tenga capacidad para comprender la relevancia de la conducta o para resistir al agente; o que aquélla fuese utilizada para la comisión de los mismos se aplicará una pena de siete a quince años de prisión y de doscientos a cuatrocientos días multa.

Las penas que en su caso resulten aplicables por este delito serán aumentadas en una mitad, cuando:

I. Se cometan por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar, juzgar o ejecutar las sanciones por la comisión de conductas prohibidas en el presente capítulo. Además, en este caso, se impondrá a dichos servidores públicos destitución e inhabilitación hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta;

II. Se cometan en centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o dentro del espacio comprendido en un radio que diste a menos de trescientos metros de los límites de la colindancia del mismo con quienes a ellos acudan, o

III. La conducta sea realizada por profesionistas, técnicos, auxiliares o personal relacionado con las disciplinas de la salud en cualesquiera de sus ramas y se valgan de esta situación para cometerlos. En este caso se impondrá, además, suspensión e inhabilitación de derechos o funciones para el ejercicio profesional u oficio hasta por cinco años. En caso de reincidencia podrá imponerse, además, suspensión definitiva para el ejercicio profesional, a juicio de la autoridad judicial.



**Artículo 476.-** 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 de 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 comercializarlos o suministrarlos, aún gratuitamente.

**Artículo 477.-** Se aplicará 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, aún gratuitamente.

No se procederá penalmente por este delito en contra de quien posea medicamentos que contengan alguno de los narcóticos previstos en la tabla, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.

**Artículo 478.-** El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.

El Ministerio Público hará reporte del no ejercicio de la acción penal a la autoridad sanitaria de la entidad federativa donde se adopte la resolución con el propósito de que ésta promueva la correspondiente orientación médica o de prevención. La información recibida por la autoridad sanitaria no deberá hacerse pública pero podrá usarse, sin señalar identidades, para fines estadísticos.

**Artículo 479.-** 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 Máximas 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 Marihuana	2 gr.	
Cocaína	500 mg	
Lisergida (LSD)	0.015 mg.	
MDA, Metilendioxi- etamina	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, di-34- metilendioxi-n- dimetilfeniletila mina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

## Código Penal Federal

### TÍTULO SÉPTIMO

#### Delitos Contra la Salud

##### CAPITULO I

De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos

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

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

El juzgador, al individualizar la pena o la medida de seguridad a imponer por la comisión de algún delito previsto en este capítulo, tomará en cuenta, además de lo establecido en los artículos 51 y 52, la cantidad y la especie de narcótico de que se trate, así como la menor o mayor lesión o puesta en peligro de la salud pública y las condiciones

personales del autor o participe del hecho o la reincidencia en su caso. Los narcóticos empleados en la comisión de los delitos a que se refiere este capítulo, se pondrán a disposición de la autoridad sanitaria federal, la que procederá de acuerdo con las disposiciones o leyes de la materia a su aprovechamiento lícito o a su destrucción.

Tratándose de instrumentos y vehículos utilizados para cometer los delitos considerados en este capítulo, así como de objetos y productos de esos delitos, cualquiera que sea la naturaleza de dichos bienes, se estará a lo dispuesto en los artículos 40 y 41. Para ese fin, el Ministerio Público dispondrá durante la averiguación previa el aseguramiento que corresponda y el destino procedente en apoyo a la procuración de justicia, o lo solicitará en el proceso, y promoverá el decomiso para que los bienes de que se trate o su producto se destinen a la impartición de justicia, o bien, promoverá en su caso, la suspensión y la privación de derechos agrarios o de otra índole, ante las autoridades que resulten competentes conforme a las normas aplicables.

**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;

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

Por suministro se entiende la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos.

El comercio y suministro de narcóticos podrán ser investigados, perseguidos y, en su caso sancionados por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.

II.- Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito. Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo.



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

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

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

**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.

La posesión de narcóticos podrá ser investigada, perseguida y, en su caso sancionada por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.

Cuando el inculpado posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud, en cantidad igual o superior a la que resulte de multiplicar por mil las ahí referidas, se presume que la posesión tiene como objeto cometer alguna de las conductas previstas en el artículo 194 de este código.

**Artículo 195 bis.-** Cuando por las circunstancias del hecho la posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización a que se refiere la Ley General de Salud, no pueda considerarse destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo 194, se aplicará pena de cuatro a siete años seis meses de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.

El Ministerio Público Federal no procederá penalmente por este delito en contra de la persona que posea:

I. Medicamentos que contengan narcóticos, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la



persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.

II. Peyote u hongos alucinógenos, cuando por la cantidad y circunstancias del caso pueda presumirse que serán utilizados en las ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, así reconocidos por sus autoridades propias.

Para efectos de este capítulo se entiende por posesión: la tenencia material de narcóticos o cuando éstos están dentro del radio de acción y disponibilidad de la persona. La posesión de narcóticos podrá ser investigada, perseguida y, en su caso sancionada por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.