

201
2ej.

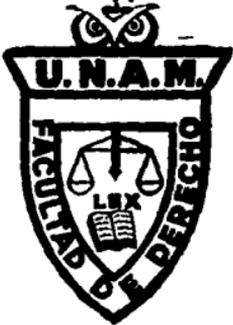


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

COMENTARIOS A LA RECIENTE REFORMA PENAL
EN MATERIA DE POSESION DE NARCOTICOS CON
ESPECIAL REFERENCIA A LA FARMACODEPENDENCIA

T E S I S
Que para obtener el Titulo de:
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
TAISSIA CRUZ PARCERO



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

México, D. F.


FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
EXAMENES PROFESIONALES 1994



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi precioso amado ADRIAN,
por alegrarme la vida.

A mi madre MARIA DE LA LUZ, amada y admirada;
a mi padre MARIANO; a LUZ MARIA, JUAN
ANTONIO y LEONARDO, adorables hermanos.
A todos, con mi amor tan grande.

A mi querido cuñado RICARDO (y al bebé
que pronto estará con nosotros).

A GREICI, CINTHYA y LUIS HUMBERTO, y a mi tía CHELA.

A mis amigas del alma, "PPS": RAQUEL, KATYA Y CLAUDIA.

A mi JUZGADO DECIMO PRIMERO DE DISTRITO EN MATERIA PENAL
EN EL DISTRITO FEDERAL. Al licenciado FAUSTO en especial y
al magistrado CARLOS E. RUEDA DAVILA; a los dos, con mi
agradecimiento y cariño por la oportunidad de haber trabajado
y aprendido a su lado. A mi amiga LUPITA. A LORENIA.

A mis amigas y amigos del TALLER UNIVERSITARIO DE
DERECHOS HUMANOS, por su fuerte compromiso para
que las causas justas no sean causas perdidas.

Al CEU de la Prepa 6 del 87.

Con mi admiración y agradecimiento al magistrado
JUAN N. SILVA MEZA -a quien tuve la fortuna de
conocer a través de sus excepcionales resoluciones-,
por la atención de haber ocupado su valioso tiempo
en la asesoría y revisión de esta tesis.

A los licenciados Renato Sales Heredia,
Ricardo Paredes Calderón y Héctor Lara González,
también mi agradecimiento y cariño por haberse
tomado la molestia de comentar conmigo algunos
aspectos de este trabajo, y mi admiración por
su destacada vocación por el estudio.

Y con el orgullo de ser universitaria, a
nuestra gran UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

**COMENTARIOS A LA RECIENTE REFORMA PENAL EN MATERIA
DE POSESION DE NARCOTICOS, CON ESPECIAL
REFERENCIA A LA FARMACODEPENDENCIA.**

I N D I C E .

INTRODUCCION.

CAPITULO I. PANORAMA DE LA EVOLUCION EN EL SIGLO XX DE LA LEY PENAL MEXICANA EN MATERIA DE POSESION DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS....	5.
I.1. RESEÑA HISTORICA....	5.
I.1.1. Antecedentes generales....	5.
I.1.2. En México....	12.
I.2. LOS CODIGOS PENALES DE 1871 Y 1929....	17.
I.2.1. El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871....	17.
I.2.2. El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929....	18.
I.3. EL CODIGO PENAL DE 1931....	19.
I.3.1. Las reformas en materia de posesión de estupefacientes y psicotr6picos....	21.
a) 14 de noviembre de 1947....	21.
b) 8 de mayo de 1968....	21.
c) 31 de diciembre de 1974....	22.
d) 8 de diciembre de 1978....	23.
e) 10 de enero de 1986....	24.
f) 3 de enero de 1989....	25.
g) 30 de diciembre de 1991....	25.
h) 10 de enero de 1994....	26.
I.4. LOS ANTEPROYECTOS DE CODIGO PENAL MAS IMPORTANTES....	26.
CAPITULO II. EL CAMBIO EN LAS PALABRAS....	28.
II.1. IMPORTANCIA DE LA TERMINOLOGIA....	28.
II.2. DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS A NARCOTICOS....	33.

II.2.1. Los estupefacientes....	35.
II.2.2. Los psicotrópicos....	41.
II.2.3. Lo que es y lo que no es un narcótico....	49.
II.3. DEL ADICTO O HABITUAL AL FARMACODEPENDIENTE....	54.
II.4. LOS NARCOTICOS COMO PROBLEMA DE SALUD PUBLICA....	60.
CAPITULO III.- NUEVO REGIMEN VIGENTE EN RELACION A LA POSESION DE NARCOTICOS....	67.
III.1. LAS OTRAS POSESIONES....	67.
III.1.1. La posesión con el fin de realizar conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal (Art.195 primer párrafo)....	71.
III.1.2. La simple posesión de narcóticos (Art. 195 bis)....	89.
III.1.3. La posesión de narcóticos para el consumo personal de quien no sea farmacodependiente (Art. 195 segundo párrafo)....	99.
III.1.4. Las posesiones que restan....	105.
CAPITULO IV: LA POSESION DE NARCOTICOS PARA EL CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE....	106.
IV.1. EL ARTICULO 199 DEL CODIGO PENAL FEDERAL....	106.
IV.1.1. ¿Es la punibilidad elemento de existencia del delito?....	113.
IV.1.2. El artículo 199 del Código Penal Federal como excusa absolutoria o conducta fuera del ámbito del derecho penal....	119.
IV.2. LA PALABRA FARMACODEPENDIENTE....	126.
IV.3. EL SENTIDO DE 'ESTRICTO CONSUMO PERSONAL'....	128.
IV.3.1. Diferencias con 'uso personal e inmediato' y 'consumo personal'....	130.
IV.3.2. Intervención de Peritos....	135.

IV.3.3. Los límites que fija la tabla del Apéndice 1 del Código Penal Federal....	132.
IV.4. LA MEDIDA DE SEGURIDAD....	138.
CAPITULO V. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROBLEMA DE LAS DROGAS Y SU LEGALIZACION....	144.
CONCLUSIONES....	155.
BIBLIOGRAFIA....	161.

I N T R O D U C C I O N .

La más reciente Reforma al Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, publicada el diez de enero del año en curso en el Diario Oficial de la Federación, que entró en vigor el primero de febrero pasado, ofrece una nueva perspectiva en materia de delitos contra la salud.

Esta Reforma, no se reduce a un mero cambio en la redacción y en el orden de los artículos; más allá de esto, hace eco de las voces que pugnaban por una transformación de fondo en la materia, ante el gran número injusticias que durante la aplicación del régimen anterior se cometieron.

Inicialmente, nuestro tema de tesis había sido pensado como una propuesta de despenalización de la posesión de drogas por parte de las personas que tuvieran la necesidad de consumirlas. Hoy, ha quedado establecida en el artículo 199 del Código Penal Federal la no aplicación de pena alguna al farmacodependiente que posea narcóticos para su estricto consumo personal.

La razón de ser de esta tesis, entonces, cambió. Ahora emprendemos la tarea de analizar el alcance y los límites del nuevo artículo 199. Para ello, abordaremos este artículo desde una perspectiva amplia, en la que se incluyan los antecedentes de la Reforma y el contexto general en el que ésta se ha dado, se expliciten los usos de la nueva terminología que se plantea, se estudien las diferencias fundamentales con los tipos de posesión subsistentes, se investigue la naturaleza y consecuencias de la disposición y se hagan comentarios críticos a los cambios.

De esta forma, nuestro trabajo queda estructurado en cinco capítulos y un apartado final de conclusiones.

El primero de ellos tiene como fin proporcionar una visión general de los antecedentes históricos y jurídicos de la posesión de drogas, para estar en posibilidad de comprender el entorno socio-cultural en el que se da su represión primero y, hoy, su parcial despenalización. Por ello, esta parte del trabajo incluye una breve historia del uso de las drogas y de las primeras noticias que se tienen de su represión, así como una breve reseña de la evolución de las ideas que a través del tiempo se han tenido en torno a las mismas. Hacemos también, un repaso de las disposiciones que existieron en la materia en los Códigos Penales de 1871 y de 1929. Y con respecto al código vigente de 1931, se mencionan las múltiples reformas que en materia de posesión

de narcóticos se han dado.

El capítulo siguiente tiene como objetivo analizar los cambios que la Reforma introduce en la terminología: ya no se habla más de adictos, ni de estupefacientes y psicotrópicos. Se habla ahora de farmacodependencia y narcóticos. Intentamos sistematizar estos conceptos e incursionamos en el campo de las disciplinas de la salud que se ocupan del estudio de las drogas, sus propiedades, peligros, etc. Finalmente, damos una visión general del estado actual del consumo de drogas en México.

El tercer capítulo incluye el análisis de los otros tipos de posesión que subsisten en el Código Penal Federal: la posesión con fines de tráfico u otras conductas análogas descritas por el artículo 194, la que se realiza sin esos fines y sin que el sujeto activo sea miembro de una asociación delictuosa y la que se refiere a los usuarios de drogas no dependientes. Lo anterior se hace con el fin de proporcionar argumentos de orden general que puedan conducir al establecimiento de reglas de interpretación y de exponer algunas dudas y opiniones que con los cambios se han suscitado.

El cuarto capítulo es el tema central de nuestro ensayo. Buscamos -previo análisis de los aspectos teóricos que se presentan- encontrar el sentido y alcance de esta nueva disposición, gracias a la cual cientos de

farmacodependientes injustamente encarcelados obtendrán su libertad y muchos no ingresarán más a prisión. Analizamos los problemas que se podrían presentar en la interpretación del precepto, buscando siempre colocarnos en un escafo crítico que nos permita no sólo ver las bondades -algunas reales y otras sólo aparentes- que éste conlleva sino también sus limitaciones.

Otro punto de interés que abordamos, en el quinto y último capítulo, es el relativo a las actuales corrientes de pensamiento que promueven la legalización general de las drogas.

Podemos afirmar que esta Reforma, en términos generales, tiene un matiz más humanitario y, por qué no decirlo, democrático, con el cual, la imposición de largas, inútiles e injustas condenas se verá reducida. Sin embargo, la subsistencia de algunas figuras típicas que contemplan sólo la posesión de drogas, nos hace suponer que el régimen vigente no excluye la posibilidad de que en la práctica se sigan cometiendo abusos en contra de los poseedores de las drogas que el legislador ha tenido a bien calificar de ilícitas.

La reciente Reforma abre nuevos horizontes al prudente arbitrio de Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados muchas cuestiones; creemos que será su tarea realizar interpretaciones justas para cada caso, sin perder

de vista que el ánimo del legislador ha sido disminuir penas o bien no aplicarlas, cuando se trate de delitos contra la salud cometidos por personas ajenas a actividades ilícitas, relacionadas fundamentalmente con el narcotráfico.

No es otro mi deseo sino que este trabajo abra puertas a la discusión y que las ideas que se exponen sirvan para fortalecer la corriente de opinión que ve en el consumo de drogas más que un asunto de represión, un problema de salud pública.

C A P I T U L O I.

PANORAMA DE LA EVOLUCION EN EL SIGLO XX DE LA LEY PENAL MEXICANA EN MATERIA DE POSESION DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS.

I.1. RESEÑA HISTORICA.

I.1.1. Antecedentes Generales.

El uso de las drogas queda registrado en la historia de casi todas las culturas del mundo como una conducta primaria y común, relacionada generalmente con usos terapéuticos y religiosos.

Las culturas más antiguas conocieron y usaron las drogas, muchas veces como parte importante en su desarrollo, dado que éstas ocupaban un lugar especial en las prácticas religiosas de magia y hechicería en unos pueblos y, en otros, ya eran conocidos sus efectos curativos. Así, tenemos noticia de que las Tablillas Sumerias ya mencionaban la adormidera; que en el Génesis y el Exodo se citan los efectos embriagantes del zumo fermentado de la uva; que en China, desde hace miles de años, existen tratados farmacológicos que

describen el opio y la cannabis al igual que en Egipto, Persia y la India, respecto al cáñamo indio, del cual se hace amplia alusión en el Ríg-Veda, libro de himnos y plegarias utilizados para la adoración de los dioses. También en Grecia y Roma las drogas fueron utilizadas, sin embargo, su uso estuvo más relacionado con el placer que su consumo producía que con el aspecto mágico religioso de otras culturas. En la Edad Media aumentan en la Península Ibérica las creencias relativas a los poderes mágicos de varias hierbas, creándose incluso la conocida Escuela de Hechicería de Córdoba y Toledo (1).

Con el advenimiento del mercantilismo, la producción de mercancías se convierte en una práctica universal de la que la droga no pudo escapar. En 1762, en el estado de Virginia la marihuana era cultivada de manera obligatoria (2); entre los siglos XVIII y XIX, Gran Bretaña se enriqueció con la venta del opio, cuya producción fomentaba en la costa oriental de la India para después introducirla en China, dando origen a las que posteriormente serían conocidas como las Guerras del Opio entre estos dos países. A partir de 1884 la cocaína, que había sido aislada de la hoja de coca por

(1). Prieto Rodríguez, Javier I. El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español; BOSCH. Barcelona, 1986.

(2). Tenorio Tagle, Fernando. Ideas Contemporáneas en torno a las Drogas y sus Consecuencias en Materia Legislativa; INACIPE. México, 1992. pág. 59.

primera vez en 1860, comenzó a ser comercializada libremente (3).

Al mismo tiempo, el uso de las drogas en Europa se fue diversificando; en esa época comenzó a abandonarse el sentido mágico religioso o bien medicinal de su uso, el cual se empieza a vislumbrar como una actividad vinculada a determinados grupos, sobre todo de artistas, bohemios o soldados. Así en Francia, Dumas, Gautier, Boudelaire y otros, formaron el "Club de los Haschischins", en el que se hacía uso deliberado de drogas y su apología.

Según advierte Manuel Lois Méndez (4), estudios realizados por Carlos Marx, incluidos en el primer tomo del El Capital, dan cuenta de que en Inglaterra, el consumo de drogas por parte de las familias obreras era algo cotidiano pues por una parte se suministraban narcóticos a los trabajadores para extender casi ilimitadamente la jornada de trabajo, y por otra parte, los padres hacían lo mismo con sus hijos a fin de hacerles soportable la condición de miseria en que se encontraban.

En el siglo XX el consumo de drogas se generaliza: en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, se desarrollaron diversas drogas que resultaban indispensables

(3). Martínez Rizo, Felipe. Droga, Alcohol y Derechos Humanos; CNDH. México, 1991. pág. 21.

(4). "Sociopolítica y Economía de las drogas", en Tráfico y consumo de drogas: una visión alternativa; UNAM, Acatlán. México, 1991, compilado por Ana Josefina Alvarez.

para la atención a los soldados, apareciendo drogas químicas y sintéticas gracias al desarrollo de la industria química y de la farmacología (5). Los movimientos juveniles de protesta registrados en los años sesenta en todo el mundo y la guerra de Vietnam, constituyen otro escaño importante en el aumento del consumo de drogas, presentándose el problema del consumo abusivo de las mismas.

Sin embargo, también es una constante histórica que los datos disponibles no nos hacen creer tan antigua, la represión y prohibición del uso de drogas (y a su lado, el nacimiento de su tráfico ilícito): en 1633, en Constantinopla, un sultán instauró la pena de muerte para los fumadores de tabaco, mientras que, a partir del año de 1650, su uso fue progresivamente censurado en Europa (6); otras sustancias, como el café por ejemplo, han estado prohibidas en distintas épocas. Pero es hasta principios de este siglo, en que el movimiento internacional contra el tráfico ilícito y consumo indebido de drogas inicia su marcha.

En 1909, el gobierno de Estados Unidos convoca a las principales potencias europeas para celebrar una reunión que dio origen a la Comisión del Opio de Shanghai, en la que se discutieron diversos problemas relacionados con dicho

(5). Ortiz, Arturo y Romero, Martha. "Panorama del Consumo de las Drogas en México", en Tráfico y consumo de drogas: una visión alternativa, Op. Cit.

(6). Tenorio Tagle, Fernando. Op. Cit. pág. 17.

estupefaciente; posteriormente, en 1912, se realizó una Conferencia en la ciudad de La Haya, en la que se logró firmar la I Convención del Opio, que estableció normas para limitar la exportación e importación de opio crudo y para prohibir por completo la exportación e importación de opio preparado. Este encuentro originó que los países firmantes empezaran a sancionar leyes restrictivas, aun cuando el problema real de las drogas no existiera dentro de su territorio (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú expidieron leyes de drogas entre los años de 1916 y de 1921).

En los Estados Unidos de América, con la llamada 'Harrison Narcotic Act' aprobada por el Congreso en 1914, se suprimió la utilización extramédica de estupefacientes, al establecerse un rígido control sobre los mismos, y al imponerse gravámenes a las drogas que eran producidas o importadas; después, es por todos conocida la prohibición del alcohol en ese mismo país, de 1920 a 1933.

Ante la nueva problemática presentada por el consumo y tráfico de drogas, la comunidad internacional empezó a ejercer su control sobre el tráfico, apareciendo, en la primera mitad de este siglo, diversos organismos creados para tal fin, como la Comisión Consultiva del Opio y otras Drogas, la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, el Comité Central Permanente de Estupefacientes, el Organismo de Fiscalización de Estupefacientes así como la Junta Internacional de

Fiscalización de Estupefacientes (7). El esfuerzo de la comunidad internacional por combatir y controlar el consumo y tráfico de drogas, culmina con el instrumento que llegó a sustituir todos los anteriores: la Convención Unica sobre Estupefacientes, cuya acta final fue firmada el 30 de marzo de 1961 en la ciudad de Nueva York; en su texto se estableció que sólo se permitiría la posesión de estupefacientes con autorización legal, recomendando la aplicación de penas privativas de libertad cuando se cometieran delitos graves en materia de cultivo, producción, posesión, venta o distribución de los mismos, agregando que las Partes tomarían las medidas necesarias para el tratamiento médico, cuidado y rehabilitación de toxicómanos, siempre que la toxicomanía constituyera un problema grave y los recursos económicos del país así lo permitieran. En 1972, se firmó en Ginebra el Protocolo de Modificación. En 1971, se firma en Viena el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, en el que se estableció que las partes firmantes se comprometían a tomar las medidas necesarias para prevenir el uso de sustancias psicotrópicas y asegurar la pronta identificación, tratamiento, educación y rehabilitación de las personas afectadas. Finalmente, en el mes de diciembre de 1988, se firmó, en Viena, la Convención Contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas.

(7) Cárdenas de Ojeda, Olga. Toxicomanía y Narcotráfico. (Aspectos legales); FCE. México, 1976. pág. 43.

A la luz de los datos históricos de los que hemos dado cuenta, se dice que el problema de las drogas no es un problema derivado de la nocividad de las sustancias en sí mismas, sino más bien un problema relacionado con el entorno cultural -íntimamente relacionado con los fines de su uso- en que se consume. Evidentemente las circunstancias del consumo actual son diferentes, en la mayoría de los casos, a las registradas a lo largo de la historia, por lo que ahora las condiciones de su consumo así como de su comercio y tráfico dependen ya no sólo de tendencias antropológicas o culturales tan bastamente estudiadas, sino también de intereses económicos y políticos; es así que drogas que en otros tiempos estuvieron prohibidas, como el alcohol y el tabaco, ahora son publicitadas en los medios masivos de comunicación sin que por ello los grandes comerciantes se hagan acreedores a sanción de ninguna especie.

A partir de la década de los ochenta, para América Latina el problema de la droga ha pasado a ser una cuestión de soberanía y seguridad nacional, fundamentalmente por la instrumentación de la llamada "Guerra de las Drogas", iniciada durante la administración Reagan en 1982 y continuada por sus sucesores, hasta el punto de llegar a intervenir militarmente a los países que no se cifien a sus intereses (léase Panamá, 20 de diciembre de 1989).

La gran inversión en recursos para la lucha contra el narcotráfico no se ha visto reflejada en la disminución

del consumo de drogas y tampoco ha ido a la par de la inversión en prevención de las toxicomanías. Por ello, la tendencia actual, que cada vez cobra más fuerza, es la de legalizar el comercio de ciertas drogas, bajo estrictos controles sanitarios y orientar los esfuerzos a la disminución de consumidores de las mismas.

I.1.2. En México.

En nuestro país, la historia no ha sido diferente. Según los cronistas de la época, los pobladores del México Prehispánico consumían frecuentemente drogas, sobre todo en forma de yerbas que producían efectos psicotrópicos, a las que los pueblos atribuían un poder sobrenatural y que constituían un aspecto indispensable de su ritual y religión.

El peyote, cuya historia cultural probada es de más de dos mil años en Mesoamérica, los hongos alucinógenos, la coca y el toloache se usaban con gran regularidad (8); no así la marihuana y la amapola que, provenientes de Asia, fueron posteriormente introducidas.

Como el uso de estas sustancias estaba restringido a cuestiones religiosas, se puede afirmar que sólo eran consumidas por adultos y sacerdotes en actos rituales.

Carrancá y Rivas en su libro Derecho Penitenciario.

(8). Furst, Peter T. Alucinógenos y Cultura; FCE, Colección Popular, México, 1992, pág. 29.

Cárcel y Penas en México señala que los aztecas castigaban con muerte la embriaguez y los zapotecos encerraban a los jóvenes por la misma causa. Por su parte, Lucio Mendieta y Núñez en su Derecho Precolonial nos cuenta que en los reinos de Acolhuacán, México y Tacuba, los beodos y aún los que comenzaban a sentir el calor del vino, cantando a voces, eran trasquilados afrentosamente en la plaza y luego les derribaban sus casas, para dar a entender que quien tal hacía no era digno de tener casa en el pueblo; solamente en bodas y otras fiestas estaba permitido beber en abundancia.

Durante la Epoca Colonial se tienen noticias de que, al menos en forma indirecta, el uso de plantas con efectos psicotrópicos era castigado, pues con esta medida se buscaba combatir la hechicería y el culto a los viejos dioses. No obstante, los indígenas continuaron sus prácticas de manera oculta, a pesar de que aun en la época precortesiana la hechicería era castigada con el sacrificio cuando a consecuencia suya se producía una calamidad pública.

Las plantas eran parte importante de los usos ceremoniales y, de ser divinas para los indígenas, pasaron a ser malignas según el punto de vista de los conquistadores pues se les relacionaba con el esfuerzo del 'demonio' para impedir la victoria de la evangelización sobre la religión indígena tradicional. Peter T. Furst, nos cuenta "...el clero misionero percibía correctamente los hongos sagrados, las semillas de la virgen, los inhalantes, el tabaco y otras

plantas 'mágicas' (esto es, transformadoras de la conciencia) como obstáculos para la conversión total puesto que su uso continuo, en secreto y bajo la amenaza de los castigos más crueles (desde la flagelación pública hasta la hoguera), servía para confirmar y validar las concepciones del mundo, simbólicas y religiosas, de algunos de los pueblos aborígenes, y para consolidar la resistencia en contra de una destrucción total. Y -continúa- el gran desgaste de fervor misionero, las prédicas y los castigos sólo obtuvieron en última instancia que esas prácticas pasaran a la clandestinidad, donde fueron más difíciles de combatir..." (9).

Así, en 1620 fue emitido un edicto que estableció la prohibición del peyote (10), y posteriormente, mediante diverso edicto, fue ratificada la prohibición de ciertas plantas de uso terapéutico.

Ya en el México Independiente encontramos que el control sobre el uso de algunas plantas -que pronto serían llamadas drogas- continuó en el mismo sentido que en épocas anteriores. Sin embargo, al menos la práctica de la curandería fue tolerada, y aunque no se perdía la ocasión para 'demostrar' su falsedad (los usuarios de plantas medicinales eran calificados como viciosos), no se creía

(9). Furst, Peter T. Loc. cit., pág. 47.

(10). Aguirre Beltrán, Gonzalo. Medicina y Magia; México, 1987. pág. 147.

necesario su castigo.

Reconocidos los efectos curativos de determinadas plantas por parte de la medicina oficial, se autorizó el uso de algunos fármacos; en el siglo XIX podemos encontrar en México una práctica generalizada en muchas otras partes del mundo: los opiáceos eran muy usados, dado sus efectos calmantes y analgésicos (11), aunque bajo ciertas restricciones que, más que limitar su venta, controlaban la calidad de los productos que el usuario consumía.

Es así que en el primer Código Penal del México Independiente, el de Veracruz del año de 1835, se establecieron en su Segunda Parte, Título III, bajo el rubro Delitos contra la Salud Pública, sanciones en contra de los boticarios que vendieran sin la correspondiente receta de médico o cirujano aprobados, drogas que pudieran ser nocivas para la salud (Art. 318). Antes de ésta, no existe disposición constitucional ni legal alguna en la materia. Pero fue cuarenta años después cuando en el primer código sanitario que tuvo nuestro país, el de 1891, se implantaron ciertas restricciones a la venta del láudano (medicamento líquido que tiene por base el opio) y de otros compuestos peligrosos.

Al empezar el siglo XX el consumo de la marihuana se extiende a algunos sectores minoritarios de la población,

(11). Cárdenas de Ojeda, Olga. Op. Cit. pág. 24.

como era el caso de marineros y soldados; en este punto es curioso recordar que en las estrofas de una de las canciones más populares de la Revolución Mexicana, "La cucaracha", se menciona precisamente esta droga.

Como sucede en el resto del mundo, en los años siguientes, es posible encontrar una gran variedad de drogas químicas disponibles, que sirven para inducir o quitar el sueño, el hambre, controlar depresiones, etc. En los años cincuenta se empieza a registrar el uso de las sustancias solventes para inhalar con el fin de alterar la conciencia, sobre todo en los sectores más pobres de la población que habita las urbes. Es en los años sesenta cuando en nuestro país tiene lugar el auge del consumo de sustancias tales como la marihuana, lo cual, claro, se encuentra relacionado estrechamente con los movimientos de 'rebeldía' juvenil; el consumo de otras sustancias como la cocaína es observable hasta la década pasada.

En las comunidades indígenas actuales, el consumo de plantas y sustancias enervantes, sigue siendo una costumbre arraigada; es por ello que, en 1972, nuestro país aprobó con reservas el Convenio sobre sustancias psicotrópicas, para dejar a salvo de cualquier tipo de represión, las ancestrales prácticas relacionadas con el peyote y los hongos alucinógenos, fundamentalmente.

En 1989, nuestro país aprobó la Convención Contra el

Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas; actualmente, México forma parte de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, establecida en el marco de la Organización de Estados Americanos, recibe aportaciones del Fondo de las Naciones Unidas para la Fiscalización del Uso Indebido de Drogas y ha celebrado convenios en la materia con países tanto latinoamericanos como europeos.

I.2. LOS CODIGOS PENALES DE 1871 Y 1929.

I.2.1. El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1871.

El conocido "Código Martínez de Castro" fue expedido en el año de 1871, durante el régimen de Benito Juárez, cuatro años después de la caída del Emperador Maximiliano; entró en vigor el 10. de abril de 1872 y estuvo vigente hasta el año de 1929.

Código de corte clásico con leve influencia positivista, caracterizado así en virtud de algunas medidas preventivas y correccionales incluidas en su texto. En él se distinguieron los delitos de las faltas.

En su Título Séptimo, denominado Delitos Contra la Salud Pública, que contiene sólo un capítulo, se establecieron sanciones tales como arresto de 4 meses y multa hasta por 500 pesos en contra de las personas que

elaboraran y vendieran sustancias o productos químicos nocivos para la salud (Art. 842).

La embriaguez habitual, prevista en el Capítulo XII, estaba sancionada con arresto y multa si causaba grave escándalo (Arts. 923 y 924). La embriaguez no habitual con escándalo fue considerada como falta, es decir, una infracción a los reglamentos de policía y buen gobierno; se o castigaba únicamente con la imposición de una multa (Art. 1148).

I.2.2. El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929.

El "Código Almaraz" inició su vigencia el 15 de diciembre de 1929, la cual sólo duró dos años. Según su principal autor, estaba fundado en la Escuela Positiva y pretendía luchar contra la delincuencia; sin embargo, según autores como Carrancá y Trujillo o Castellanos Tena, no difirió en mucho de los lineamientos del modelo clásico.

El Título VII se ocupaba de los Delitos Contra la Salud, cuyo Capítulo I, denominado De la elaboración, adulteración y comercio ilegal de artículos alimenticios o de drogas enervantes, incluía una vasta enumeración de conductas que serían sancionadas con multa y pena de 1 a 5 años de prisión; destacando con relación al tema que nos ocupa, el uso de droga, en cualquier forma o cantidad, sin llenar los requisitos legales, así como el uso de alguna sustancia

preparada exclusivamente para un vicio "de los que envenenan al individuo o degeneran la raza".

En su Capítulo II, intitulado De la Embriaguez Habitual y de la Toxicomanía, se estableció la reclusión en el manicomio destinado a toxicómanos, para las personas que sin prescripción médica acostumbraran estar bajo la influencia de alguna droga; esta reclusión se extendería hasta que se lograra la completa curación del toxicómano, lo cual sería determinado por el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, el que actuaría de acuerdo con los dictámenes de los médicos del propio hospital (Art. 525).

I.3. EL CODIGO PENAL DE 1931.

El 17 de septiembre de 1931 entró en vigor el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal (publicado en el Diario Oficial el 14 de agosto del mismo año). Este código es el que rige hasta nuestros días, ahora con diferente denominación, en virtud de que por decreto publicado en el Diario Oficial el 23 de diciembre de 1974, su nombre quedó como actualmente es conocido: Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Nuestro Código Penal vigente, según la Exposición de Motivos formulada por el maestro Alfonso Teja Zabre,

miembro de la Comisión Redactora, no fue elaborado siguiendo alguna escuela o doctrina en especial, sino que tuvo una orientación "eclectica y pragmática".

Los Delitos Contra la Salud quedaron establecidos en el Título Séptimo; como se observa, al igual que en el código precedente, fue eliminada de este rubro la palabra 'Pública', que en el de 1871 precisaba que las conductas tipificadas atentaban contra la salud pública.

En siete artículos originalmente, este código estableció la pena de prisión de 6 meses a 7 años y multa de 50 a 5000 pesos, para la persona que comerciara, elaborara, comprara, enajenara o ministrara, al igual que en contra de aquella que poseyera, sin los requisitos legales, drogas enervantes o plantas o semillas con ese carácter. La misma pena quedó establecida en contra de las personas que realizaran dichas conductas con opio cocinado o preparado para fumar o con cualquier otra sustancia "preparada para un vicio" (Art. 194 f. I, II y III).

De acuerdo con el artículo 193, las drogas enervantes serían aquellas que determinaran el Código Sanitario, los reglamentos y demás disposiciones vigentes o que posteriormente llegaran a expedirse.

En los demás artículos quedaron sancionadas las mismas conductas para el caso de que se tratara de farmacéuticos, médicos o comerciantes; se estableció una pena

de 6 a 10 años de prisión y multa de 50 a 10000 pesos, para quien importara o exportara drogas enervantes, pena también aplicable a los propietarios de fumaderos de opio o de otros centros de vicio.

I.3.1. Las reformas en materia de posesión de estupefacientes y psicotrópicos.

Nuestro actual Código Penal ha sido objeto, desde su promulgación hasta nuestros días, de más de cincuenta reformas, de las cuales diez han afectado los artículos relativos a delitos contra la salud, pero sólo algunas de ellas se han referido a la posesión de drogas; de ellas nos ocuparemos.

a) En la reforma publicada el 14 de noviembre de 1947 se introdujo el Capítulo I, denominado De la producción, tenencia, tráfico y proselitismo en materia de enervantes; al artículo 193 se adicionó el convenio internacional como fuente para determinar lo que debía considerarse como droga enervante; se aumentó hasta 10 años la pena para la posesión de dichas sustancias, así como para otras conductas ya tipificadas en el artículo 194; a este artículo se le aumentó una cuarta fracción, relativa a los actos de instigación y provocación general para el uso de drogas enervantes.

b) Con la reforma publicada el 8 de mayo de 1968, se introduce la palabra 'estupefaciente', que pasa a sustituir

el término de 'droga enervante'. Los delitos previstos en el artículo 194 son llevados al 195 con pena máxima de doce años, y en aquél se establece una pena de 2 a 9 años de prisión y multa de 1000 a 10000 pesos para quien siembre, cultive, coseche o posea plantas de cannabis resinosas.

De gran importancia resulta que, por vez primera, el tercer párrafo del mencionado artículo 195 estableció categóricamente: "No es delito la posesión, por parte de un toxicómano, de estupefacientes en cantidad tal que, racionalmente, sea necesaria para su propio consumo...". En este caso, sólo se preveía la reclusión como medida de seguridad que habría de ser impuesta, misma que estaba prevista en el inciso 3 del artículo 24 del propio Código Penal.

c) El 31 de diciembre de 1974 fue publicado en el Diario Oficial el decreto que modificó el nombre del Capítulo I, modificación que resulta trascendente al haber incluido a los psicotrópicos como objeto material de los delitos contra la salud, para estar en armonía con el recién aprobado Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas. Al artículo 193 se adicionaron las tres fracciones que se refieren a la distinción en tres grupos de estupefacientes y psicotrópicos; se eliminó del artículo 194 la posesión; en el artículo 195 se estableció una pena de prisión de 6 meses a tres años y multa, para la persona que no siendo adicta poseyera marihuana u otras sustancias por una sola vez y en cantidad

tal que estuviera destinada a su propio e inmediato consumo; los demás delitos quedaron en el artículo 198, a cuyo último párrafo se agregó también que no era delito la adquisición de estupefacientes o psicotrópicos "por parte de quien tenga el hábito o la necesidad de consumirlos", cuando la cantidad no excediera de la estrictamente necesaria para su propio consumo.

d) La reforma del 8 de diciembre de 1978 es la que marca la pauta a seguir durante los siguientes trece años: introdujo, en el artículo 194, el arbitrio de ministerios públicos y jueces para determinar, con el auxilio de peritos, si la persona que adquiere o posee para su consumo personal estupefacientes o psicotrópicos tiene el hábito o la necesidad de consumirlos; en caso de ser así, se atendería a la cantidad de droga: si ésta no excedía de la necesaria para su propio e inmediato consumo, el adicto o habitual sólo sería puesto a disposición de las autoridades sanitarias para ser sometido al tratamiento y medidas procedentes, y si la cantidad excedía de la señalada anteriormente, pero no de la necesaria para satisfacer las necesidades de la persona en el término de tres días, la pena aplicable sería de dos meses a dos años de prisión y multa de 500 a 15000 pesos. Si la cantidad era superior a las señaladas, se aplicarían las penas correspondientes establecidas en el propio capítulo.

También se adicionó al artículo 194 la fracción IV,

que establece la obligatoriedad del tratamiento para todo procesado o sentenciado adicto o habitual; asimismo, se configuró la simple posesión de cannabis o marihuana, con una pena privativa de libertad de 2 a 8 años y multa de 5000 a 25000 pesos.

Esta reforma fue ampliamente discutida antes de su aprobación y regresada a comisiones varias veces. Por una parte, se encontraban los legisladores que decían que la iniciativa presentada prácticamente legalizaría el consumo de drogas, por lo que proponían que se conservara la anterior redacción que hacía referencia a que se tratara de consumo personal e inmediato; por la otra, los diputados que estaban a favor de la iniciativa hicieron calurosas defensas de los toxicómanos a quienes -decían- no se les puede considerar delincuentes ni recluirseles en la cárcel, agregando que restringir la disminución de las penas que planteaba la iniciativa a que la cantidad de droga poseída fuera para el consumo personal e inmediato del adicto, sería actuar con un criterio muy estrecho que en nada favorecería a la cura de su enfermedad. Finalmente, el dictamen fue aprobado por 161 votos a favor y ninguno en contra (12).

e) El 10 de enero de 1986 fue publicada en el Diario Oficial una reforma más. En ésta se adicionó al artículo 194 un segundo párrafo en el que se estableció la no aplicación

(13). García Ramírez, Sergio. Cuestiones Criminológicas y Penales Contemporáneas, INACIPE. México, 1981.

de sanción alguna por simple posesión de medicamentos cuya venta al público estuviera supeditada a ciertos requisitos, siempre que por la naturaleza y cantidad de dichos medicamentos se considerara que eran los necesarios para el tratamiento médico de la persona que los poseyera o de otras personas que estuvieran sujetas a su custodia o asistencia.

f) Con la reforma del 3 de enero de 1989 fueron modificados varios artículos; entre ellos el 195, el 197 y el 198. El artículo 197 quedó con cinco fracciones; en la quinta fracción se estableció la pena de 7 a 25 años de prisión y de 100 a 500 días multa para la persona que poseyera alguno de los vegetales o sustancias señalados en el artículo 193, sin la autorización que señala la Ley General de Salud.

g) El 30 de diciembre de 1991 fue publicada la reforma que introdujo como elemento característico la alternatividad en la aplicación de las penas que ciertos delitos tenían ya señaladas. Así, durante la vigencia de esta reforma, las conductas típicas previstas en el artículo 194 pudieron ser castigadas con pena privativa de libertad o bien con sanción pecuniaria, de modo que en el caso de posesión de estupefacientes o psicotrópicos por parte de adictos o habituales, si la cantidad no excedía de la necesaria para su propio consumo en el término máximo de tres días, la pena aplicable fue la prisión de dos meses a dos años o la multa de 60 a 270 días. En esa misma ocasión fue adicionado el

artículo 51 del Código Penal, relativo a las reglas generales en la aplicación de sanciones, estableciéndose que en los casos de punibilidad alternativa se aplicaría pena privativa de libertad cuando su imposición fuera necesaria para los fines de la justicia y de la prevención general y especial.

h) Finalmente, el 10 de enero de 1994, fue publicada la más reciente reforma penal; el nuevo régimen inició su vigencia el 12 de febrero siguiente. Como éste será tema de nuestro trabajo, su estudio lo reservamos por el momento.

I.4. LOS ANTEPROYECTOS DE CODIGO PENAL MAS IMPORTANTES.

Hablamos de los proyectos más importantes al referirnos a aquellos que de alguna forma, ya sea por las personas que participaron en su redacción o por lo innovadores que resultaron en el momento, fueron punto importante y trascendente de discusión en los círculos jurídicos y políticos del país.

Estos son los proyectos de 1949, 1958, 1963 y 1983. Sin embargo, en materia de delitos contra la salud, los tres primeros no aportaron modificaciones sustanciales a los textos en su tiempo vigentes: el anteproyecto de 1949 no difiere, en la materia, del texto correspondiente a la reforma de 1947, más que en algunas penas; en el de 1958 se propuso que el título correspondiente fuera denominado

Delitos contra la seguridad y la salud públicas; el de 1963, elaborado como un proyecto de Código Penal tipo para toda la República, también habló de delitos contra la salud pública, agregando a los ya 'tradicionales', delitos en materia de higiene en el trabajo, en materia de comestibles, bebidas y medicamentos, etc.

Es hasta el proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de fuero común y para toda la República en Materia de fuero federal de 1983, elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, que encontramos una propuesta innovadora, que iba más allá de lo que ya con la reforma del 8 de diciembre de 1978 se había logrado: el artículo 195 de este proyecto prescribía: "Al farmacodependiente que posea para su consumo personal algunas de las sustancias señaladas en el artículo 192, no se le aplicará pena. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento, de que alguna persona relacionada es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda". Y agregaba: "Al que no siendo farmacodependiente, se le encuentre en posesión de alguna de las sustancias señaladas en el artículo 192, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su personal consumo, no le será impuesta pena".

CAPITULO I I .

EL CAMBIO EN LAS PALABRAS.

II.1. LA IMPORTANCIA DE LA TERMINOLOGIA.

Encontramos en diversos diccionarios definido el 'lenguaje' como una manera de expresarse; como el conjunto de sonidos articulados con los que el hombre manifiesta lo que piensa y siente; como un instrumento para transmitir a otros información... Sin embargo, el lenguaje es mucho más que eso: gracias a él, tomamos conciencia de las cosas; su función es mucho más relevante, en cuanto que hace posible el desarrollo, la creación, la transmisión y la acumulación de cultura.

El hombre sustituye los hechos de la realidad con palabras, a tal grado, que en el uso de la lengua las palabras llegan a identificarse totalmente con lo que representan. Todo lo que existe en el mundo tiene su nombre, su símbolo lingüístico entendido más allá de una simple denominación, pues en él va implícita su definición. Por el

simple hecho de nombrar un objeto, se le habrá clasificado y determinado, es decir, se le habrá atribuido una serie de caracteres esenciales que le corresponden substancialmente.

El lenguaje no se usa en un solo sentido, como se creería si nos conformáramos con su definición simple; por el contrario, los usos del lenguaje son variados. Se pueden distinguir tres principales tipos: el informativo, el expresivo y el directivo (1).

En su función informativa, el lenguaje es usado para describir el mundo y razonar sobre él; en tal sentido, sus proposiciones pueden ser calificadas de verdaderas o falsas; es un lenguaje propio de la ciencia. Cuando el lenguaje es usado para dar expansión a los sentimientos y emociones, o para comunicarlos, nos encontramos que su uso es expresivo, lo cual no puede ser ni verdadero ni falso; es el lenguaje propio de la literatura y concretamente de la poesía, con el que se busca manifestar los sentimientos del que habla o despertar ciertas emociones en el auditorio. En su función directiva, el lenguaje es usado con el fin de originar o impedir una acción, lo cual tampoco puede calificarse de verdadero o falso.

Casi toda la comunicación ordinaria se vale de estos tres usos, si bien pueden agregarse a la anterior clasificación, la función ceremonial y la ejecutiva del

(1). Copi, Irving M. Introducción a la Lógica; Alpa Corral. México, 1987.

lenguaje. Con la primera nos referimos a diferentes tipos de expresiones que van desde un saludo corriente hasta los ritos verbales que rodean los actos de culto; con la segunda, hablamos del empleo de ciertas palabras que, bajo las condiciones apropiadas, tienen la función de realizar la acción que parecen informar.

Después de la anterior exposición, cabe preguntarse ¿a qué viene todo esto?. Pues bien, hemos hablado de la importancia del lenguaje y de sus usos, para poder concluir que lo que en última instancia determina el valor del lenguaje es la intención con que éste usado.

Las palabras pueden tener una significación literal y un impacto o significado emotivo, de ahí que, en ocasiones, su uso esté determinado por el punto de vista del hablante más que de la realidad objetiva del hecho al que alude.

Es muy común encontrar grupos de palabras que significan una misma idea o, dicho de otro modo, una misma situación puede describirse con palabras diferentes que expresan actitudes divergentes y, a veces, opuestas. No se puede negar que el lenguaje está impregnado de sentimientos; por eso las palabras, por encima de su valor lógico, tienen un gran poder de evocación. Veamos un ejemplo: las palabras "burócrata", "empleado de gobierno" y "servidor público" tienen significados literales casi idénticos, pero su cargas o significados emotivos son enteramente diferentes.

Al hablar del "burócrata" nos referimos al mismo "servidor público" pero en un sentido que tiende a expresar claramente sentimientos de resentimiento y desaprobación, mientras que al nombrarlo "servidor público" le estamos otorgando un carácter honorífico que revela más bien simpatía o admiración; finalmente, si para referirnos a los dos anteriores usamos la expresión "empleado de gobierno", habremos escogido un término medio o neutro.

Podemos resumir, entonces, como lo escribe Irving M. Copi, que "...en la medida que algo pueda ser descrito mediante frases diferentes, una de las cuales exprese una actitud de aprobación, otra de desaprobación y otra más o menos neutra, hay diferentes tipos de acuerdo o de desacuerdo que pueden expresarse con respecto a cualquier situación o actividad" (2).

Todo lo anterior es aplicable al analizar la evolución del lenguaje que ha sido usado para nombrar un mismo hecho: la drogadicción, la toxicomanía o la farmacodependencia, o para nombrar una misma cosa: drogas enervantes, estupefacientes y psicotrópicos o narcóticos.

Es indudable que cada una de estas expresiones tiene una carga ya no digamos emotiva sino también ideológica, que nos revela, por su solo nombre, la actitud que se ha tenido en diferentes épocas ante el mismo tema. De este modo, sin

(2). Ibid. pág. 67.

necesidad de abundar en el entorno social y jurídico en el que estas palabras han sido usadas, podemos afirmar que droga y drogadicción denotaban una actitud más bien repulsiva y desaprobatoria que llevaba consigo una creciente tendencia a la represión del problema; que estupefacientes y psicotrópicos nos hablan ya de un trato más científico aunque al lado de toxicomanía se conservara cierta tendencia negativa; y finalmente, con el uso de la terminología que se incluye en la más reciente reforma al Código Penal, podríamos afirmar, a simple vista, que el asunto es tratado desde una perspectiva distinta, que implica un poco de protección y cuidado para el individuo como una persona enferma.

Esto nos lleva a afirmar que en la materia de la que hablamos, la terminología empleada es variada y muchas veces el uso de ciertas voces o palabras más que ilustrar el contenido de las mismas, lo oscurecen; en otras ocasiones los términos son utilizados de manera poco científica y sin atender a su original o real significado.

En las siguientes líneas trataremos de aclarar tal vocabulario para la mejor comprensión del tema, tomando en cuenta los cambios que se han experimentado: el Código Penal de 1871 hacía referencia a "sustancias o productos químicos nocivos para la salud", frase que fue sustituida en 1929 por "drogas enervantes"; este término se conservó en el Código de 1931. Hasta el año de 1968 se introdujo la palabra "estupefaciente" y en 1974, "psicotrópico". En 1994, la voz

"narcótico" es la que adopta el legislador, abarcando a las dos anteriores.

Esta evolución también se observa en la terminología empleada para describir o referirse al individuo: el código Almaraz nos habla de "toxicomanía"; con la reforma de 1974 se introducen los términos "hábito o necesidad", que la reforma de 1978 conserva al lado de "adicto o habitual" (3). En el régimen vigente, se habla de "farmacodependencia", término que ya había sido empleado en el anteproyecto de Código Penal de 1983, elaborado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

II.2. DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS A NARCOTICOS.

Para nombrar las drogas, el legislador ha echado mano de numerosas palabras; por ello, ahora trataremos de entender su significado, empezando por la frase que fue usada antes de llegar a los estupefacientes, psicotrópicos y narcóticos.

Decíamos ya, que los códigos penales de 1929 y de 1931 hablaban de "drogas enervantes", y tenemos que, según el Diccionario Básico Espasa, la palabra "droga", comúnmente usada, es el nombre genérico de ciertas sustancias minerales, animales o vegetales, que se emplean en la medicina o en la industria; también se usa para aludir a una sustancia o

(3). Vid. infra. Capítulo I. págs. 10 y sigs.

preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno; asimismo, las palabras "estupefaciente", "medicamento" y "fármaco" se usan como sus sinónimos.

Por su parte, el Instituto de Investigación para la Defensa Social de las Naciones Unidas (UNSDRI) nos dice que por "droga" debemos entender cualquier sustancia que por su naturaleza química altere la estructura o la función de un organismo vivo; esta definición no dista mucho de la que sugiere el Comité de Expertos en Farmacodependencia de la Organización Mundial de la Salud: "droga" es cualquier sustancia que, introducida en el organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones.

En diversos manuales de la Secretaría de Salud se define "droga" como cualquier sustancia química que, al ser introducida en el organismo, tiene efectos sobre el Sistema Nervioso Central y provoca cambios mentales y emocionales que se manifiestan en el comportamiento.

Por otra lado, en el mismo diccionario, encontramos que "enervante" se deriva de la palabra "enervar", que significa debilitar o quitar fuerzas.

Entonces, se entiende que las conductas delictuosas tipificadas en los códigos de 1929 y de 1931 sólo fueron aquellas que se cometieran con relación a drogas que tuvieran los efectos de debilitar o quitar fuerzas (al menos esto es

lo que se infiere del significado literal de la frase).

II.2.1. Los estupefacientes.

Consultando el diccionario que hemos citado, encontramos que por "estupefaciente" se entiende una sustancia que hace perder o estimula la sensibilidad o produce alucinaciones; esta palabra se deriva de la voz "estupefacción", por lo que de manera amplia, debe entenderse también como toda sustancia que produce espasmo o estupor, es decir, disminución de la actividad de las funciones intelectuales. De acuerdo con la terminología usada por la Secretaría de Salud, los estupefacientes son poderosos depresores del sistema nervioso (4).

Los textos legales no nos proporcionan definición alguna de la palabra "estupefaciente": ni en la Ley General de Salud ni en la Convención Unica sobre Estupefacientes, se les define; ambos textos se limitan a hacer una larga enumeración de sustancias cuya transcripción nos obligaría a desperdiciar varias hojas.

En el Código Penal Federal, el artículo 193 (antes y después de su más reciente reforma), hace una remisión a la Ley General de Salud, a los tratados internacionales de observancia obligatoria en México y a las demás disposiciones

(4). Secretaría de Salud y Consejo Nacional Contra las Adicciones. Las drogas y sus usuarios; SSA y CONADIC. México, 1992. pág. 38.

legales aplicables en la materia (este artículo constituye una de las llamadas leyes en blanco o abiertas, término con el que se denomina a aquellas leyes penales cuyo complemento se encuentra en otra ley o en otros actos de autoridad, como los reglamentos). En su actual redacción, aclara un punto: los estupefacientes (al igual que los psicotrópicos) son una especie de droga -llamémosle así por el momento-, cuyo género próximo es el narcótico (más adelante habremos de ver si esta concepción se encuentra apegada a los usos y definiciones farmacológicas).

El segundo párrafo del artículo 193 también es claro al señalar que las conductas tipificadas en el Capítulo de Delitos Contra la Salud, sólo pueden cometerse respecto a los estupefacientes que señala el artículo 237 de la Ley General de Salud. A nuestro juicio, esta es una importante precisión de la reciente reforma, ya que el texto anterior incluía como posibles objetos materiales de los delitos contra la salud, a todos los estupefacientes que señalara la ley. ("Art. 193.- ...Para los efectos de este capítulo se distinguen tres grupos de estupefacientes o psicotrópicos: I. Las sustancias y vegetales señalados por los artículos 237, 245 fracción I, y 248 de la Ley General de Salud; II. Las sustancias y vegetales considerados como estupefacientes por la ley con excepción de las mencionadas en la fracción anterior...").

En el apéndice 1 del código sustantivo que citamos, existe una lista de sólo algunos de los estupefacientes cuya

posesión, uso y consumo así como otras conductas relacionadas, está prohibida por el artículo 237 de la Ley General de Salud, quedando ausentes de la ya famosa "tablita" algunas de las sustancias que este artículo menciona, tales como el opio preparado para fumar y la adormidera; con relación a la coca, sólo se menciona en dos de sus formas, cuando el artículo que referimos habla de la coca en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones. De cualquier manera, hemos de apuntar que cuando el artículo 195 bis del Código Penal Federal habla de la posesión de alguna otra sustancia no prevista en la tabla, en materia de estupefacientes, sólo puede referirse a los que acabamos de decir que no están incluidas aun cuando las menciona el artículo 237 de la ley sanitaria, y no así a cualquiera de las otras (más de 100) sustancias que menciona el artículo 234 del mismo ordenamiento (oportunamente veremos que las implicaciones legales de esto no son intrascendentes).

En la tabla que analizamos, no se hace una distinción entre sustancias estupefacientes y psicotrópicas; sin embargo, siguiendo las listas de la Ley General de Salud, es posible determinarlo. Esta enumeración incluye un total de veintiséis sustancias de las cuales sólo ocho son estupefacientes: marihuana, resina de cannabis (haschich), morfina, buprenorfina (nuvaine), clorhidrato y sulfato de cocaína, heroína (diacetilmorfina) y fentanil (alfa-metil, china-white).

En nuestro país, del grupo de drogas estupefacientes destacan, por ser las más conocidas y porque su uso está más difundido que el de otras, la marihuana, la cocaína y la heroína, en ese orden, de acuerdo con la última Encuesta Nacional de Adicciones.

La marihuana (o cannabis americana) es una droga estimulante y alucinógena que se obtiene de una planta llamada 'cannabis', cuyas variedades son 'sativa' e 'indica'; particularmente en México su cultivo es frecuente.

Se pueden obtener diversas preparaciones de esta droga, dependiendo de la parte de la planta que sea utilizada. Además de la ya convencional preparación para fumar, existen otras variantes, entre ellas, el hashish o haschich que se obtiene de la resina y el llamado tetrahidrocannabinol o THC -mejor conocido como aceite de marihuana-, que es un líquido aceitoso de color café oscuro que contiene una alta concentración del principio activo de la cannabis.

En el pasado, ya hemos apuntado, la marihuana se usaba como medicamento para la cura de diversas enfermedades, aunque actualmente su uso ha sido proscrito por la ciencia médica.

Este estupefaciente no crea en el usuario dependencia física, síndrome de abstinencia ni tolerancia y aunque puede originar una fuerte dependencia psíquica, los

casos de sobredosis que producen psicosis tóxica son muy raros (los términos que utilizamos serán explicados más adelante). Es por ello que, dentro de las tendencias actuales que promueven la legalización del uso de ciertas drogas, se cita a la marihuana como la droga menos perjudicial, razonando que el costo social de la represión de su uso es mucho más alto que el de su propio consumo. Por otra parte, los que condenan a ultranza su uso, esgrimen argumentos que entendemos orientados a justificar su posición, al afirmar que si bien es cierto los efectos de la marihuana no son nocivos en sí mismos, el usuario de esta droga se expone a la influencia de usuarios de otras y a entrar en contacto con traficantes (5). Nosotros pensamos que esto podría evitarse si su uso estuviera legalizado, por supuesto, bajo estrictos controles sanitarios.

De las hojas de la planta de coca, se obtiene la cocaína, sustancia catalogada como estupefaciente y estimulante. El uso de esta droga también es variado: por un lado, es una práctica común de los pueblos de la región andina (Perú y Bolivia fundamentalmente) masticar la hoja de coca para obtener un ligero efecto estimulante y calmar el hambre; por el otro, las hojas de coca son sometidas a un tratamiento de cal, del que se obtiene un polvo cristalino que, después de ser tratado con ácidos, da por resultado la cocaína.

(5). Ibid. pág. 30.

El uso de la cocaína ocasiona una fuerte dependencia psicológica y además produce el fenómeno de la tolerancia, lo cual conduce comúnmente a las sobredosis y por lo tanto a intoxicaciones agudas que pueden desembocar en la muerte del usuario.

Otros derivados de esta droga, tales como la 'base libre' y el 'crack', son sustancias no tratadas que cuentan con un alto potencial adictivo debido a su acción más intensa, a que los efectos se presentan con mayor rapidez y a que las dosis necesitan ser repetidas con mayor frecuencia.

En México, el uso de esta droga no se encuentra tan difundido como en otros países, aunque existe una tendencia en aumento del número de usuarios, sobre todo en la frontera norte del país.

Por su parte, la heroína es un estupefaciente depresor del Sistema Nervioso Central, del tipo de los analgésicos narcóticos.

Del opio se extrae la morfina y de ésta la heroína, mediante sencillos procedimientos químicos; sus efectos son mucho más poderosos que los de la morfina (el uso terapéutico de esta droga es fundamental ya que es el analgésico más poderoso que se conoce y es usado sobre todo en el tratamiento de enfermos terminales), por lo que su uso está totalmente prohibido en México y en casi todos los países.

El abuso de esta droga no representa un problema en nuestro país, aunque su uso empieza a extenderse en los estados del norte de la república y en las clases altas de la Ciudad de México.

II.2.2. Los psicotrópicos.

La palabra "psicotrópico" no se encuentra en los diccionarios comunes, lo que nos hace suponer que es una palabra propia de la terminología médica y farmacológica; y tampoco los textos legales nos proporcionan su definición. Veamos.

Siguiendo el camino que recorrimos al hablar de estupefacientes, en el sentido de que el artículo 193 del Código Penal Federal remite a la Ley General de Salud, a los convenios internacionales de observancia obligatoria en nuestro país y a las demás disposiciones legales, advertimos que la mencionada ley sanitaria, en su artículo 244, señala que son consideradas sustancias psicotrópicas las que se mencionan en el artículo 245 y aquellas que determine específicamente el Consejo de Salubridad General o la Secretaría de Salud.

El aludido artículo 245, enlista las sustancias consideradas como psicotrópicas, agrupándolas en cinco fracciones: 1) las que tienen valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso,

constituyen un problema grave para la salud; 2) las que tienen algún valor terapéutico, pero constituyen un problema grave para la salud pública; 3) las que tienen valor terapéutico pero constituyen un problema para la salud pública; 4) las que tienen amplios usos terapéuticos y constituyen un problema menor para la salud pública, y 5) las que carecen de valor terapéutico y se utilizan corrientemente en la industria, los cuales serán determinados en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

Como puede verse, esta clasificación obedece al grado de utilidad medicinal del psicotrópico y a la influencia mayor o menor que pueda tener como problema para la salud pública. En atención a ello, el artículo 248 de la ley que citamos, prohíbe todo acto de siembra, cultivo, adquisición, posesión, comercio, prescripción médica, uso, consumo y, en general, todo acto relacionado con las sustancias psicotrópicas que se enumeran en la fracción I del artículo 245.

Por su parte, el artículo 193 del Código Penal Federal, en su segundo párrafo, señala que sólo son punibles las conductas relativas a los psicotrópicos previstos en las fracciones I, II y III del artículo 245 de la Ley General de Salud, repitiendo innecesariamente las relacionadas con el artículo 248 dado que éste, como acabamos de ver, sólo alude a las sustancias del primer grupo.

En este punto creemos interesante apuntar que, como se dice, es de explorado derecho que la única fuente del derecho penal es la ley; la ley penal, es el presupuesto necesario de los delitos y de las penas, por lo que el Estado no puede reprimir una conducta que no esté tipificada en las leyes ni imponer pena que no le corresponda también por disposición legal (6). Por ello pensamos que no se puede reputar como delito la posesión, compra, venta, transportación, etc. de sustancia alguna que no esté expresamente señalada en la ley, resultando entonces discutible la legalidad de la remisión que se hace en el último párrafo de la fracción I del artículo 245 de la Ley General de Salud, en el sentido de que se comprenden dentro del grupo I de psicotrópicos a "Cualquier otro producto derivado o preparado que contenga las sustancias señaladas en la relación anterior y cuando expresamente lo determine la Secretaría de Salud o el Consejo de Salubridad General, sus precursores químicos y en general los de naturaleza análoga".., puesto que no se puede dar a la opinión de un grupo de personas, ni a la determinación de una dependencia gubernamental, la fuerza y los alcances de ley, al grado de llegar a imponer una pena como consecuencia de sus decisiones; y si bien es cierto que algunos tratadistas señalan que el Poder Ejecutivo sí tiene la facultad de

(6). Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito; Abeledo Perrot. Argentina, 1990. pág. 92.

reglamentar leyes, incluso las de carácter penal, también se puede afirmar que tal opinión es contraria al espíritu del artículo 14 de nuestra Constitución Federal. Sin embargo decíamos que todo esto es discutible, pues hay quienes señalan que si el mismo párrafo del artículo que hemos transcrito, que obviamente es una disposición legal, hace una remisión a lo que sería la opinión técnica de un grupo de personas, no tiene por qué no ser legal esta remisión, más aún, si consideramos que el veloz desarrollo que se da en la industria química y en la farmacología hace imposible que las listas que la ley menciona estén siempre actualizadas.

Después de este paréntesis, continuamos analizando el apéndice 1 del Código Penal Federal. Decíamos en el punto anterior que en este apéndice se señala un total de veintiséis sustancias: ocho de ellas son estupefacientes y las demás, suponemos, son psicotrópicas, ya que sólo encontramos incluidas en las listas del artículo 245 de la Ley General de Salud las siguientes: LSD (ácido lisérgico), mezcalina, psilocibina, clorodiazepóxido, diazepam, flunitrazepam, fenproporex, trihexifenidilo, fenciclidina, secobarbital, mecalona, pentobarbital y metanfetamina; de ellas sólo las tres primeras pertenecen al grupo I del mencionado artículo, las cinco siguientes al grupo III y las últimas cinco al grupo II. De las cuatro restantes, encontramos únicamente la dexoanfetamina incluida en la lista II del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas; de las otras

tres, por su denominación pensamos que se trata de psicotrópicos: meperidina (demerol), clorhidrato de metanfetamina (ice), y rafetamina. Sin embargo, nos preguntamos con qué base legal son reputadas estas últimas tres sustancias como psicotrópicos para los efectos del Código Penal Federal, si no están incluidas en las listas de los grupos I, II y III del artículo 245 de la Ley General de Salud ni en las de la Convención sobre la materia. De no ser que sí estén incluidas pero bajo otro nombre (lo cual no es menos ilógico), definitivamente vemos esto como una grave falla del legislador, cuyos alcances legales podrían ser analizados por una buena defensa.

Finalmente cabe agregar que en el Convenio Internacional sobre Sustancias Psicotrópicas simplemente se dice que psicotrópico es toda sustancia natural o sintética o cualquier material natural de los que se señalan en las cuatro listas anexas al propio convenio.

El catálogo de sustancias psicotrópicas es tan vasto que sólo nos es posible nombrar algunas, atendiendo a las que son más conocidas y usadas.

El LSD, la mezcalina y la psilocibina se encuentran entre las sustancias comprendidas en el grupo I del artículo 245 de la Ley General de Salud, en el que se menciona a los psicotrópicos que tienen escaso o nulo valor terapéutico y que constituyen un problema grave para la salud pública.

Estas sustancias constituyen tres de las más importantes drogas alucinógenas: producen trastornos en la percepción; son producidas en laboratorios clandestinos, aunque todavía está permitida su producción con fines de investigación científica.

El LSD, como comúnmente es conocida, o Lisérgida, como se denomina internacionalmente, se extrae de un hongo llamado 'cornezuelo de centeno'; son variadas las formas en que se prepara, pero la más usual es en un líquido incoloro, inodoro e insípido que se inyecta.

La mezcalina es el ingrediente activo que se obtiene de los capullos del cacto conocido como peyote, cuyo cultivo es prolífico en México y que como apuntábamos, ha sido usado, durante siglos, en forma ritual por los indios del país, de América Central y del sureste de Estados Unidos.

La psilocibina comparte las características de la mezcalina y también puede ser encontrada en el mercado lícito.

Debido al peligro que entrañan por el desconocimiento de sus propiedades, en la mayor parte de los países del mundo se ha abandonado el uso medicinal de tales sustancias que antes era relativamente común en el tratamiento de enfermedades psiquiátricas y del alcoholismo crónico. En México, su uso no es muy común, fuera del caso de las comunidades indígenas, tratándose del peyote (aquí, vale

la pena apuntar, que la inclusión de la mezcalina -sustancia activa del peyote-, en la lista de psicotrópicos ilícitos, se encuentra en franca contradicción con la reserva formulada por nuestro país al Convenio Sobre Sustancias Psicotrópicas). Estas drogas no crean dependencia física.

Dentro del grupo de sustancias psicotrópicas depresoras del Sistema Nervioso Central, encontramos algunas de las que se señalan en los grupos II y III del artículo 245 de la Ley General de Salud; entre ellas, los derivados de la benzodiazepina como el oxazepam, diazepam o el clordiazepóxido, y otras sustancias químicas heterogéneas como la metacualona.

Estas sustancias, también llamadas ansiolíticos, al ser usadas en dosis pequeñas disminuyen la intranquilidad, la tensión emocional y la ansiedad. Su uso prolongado induce desarrollo de tolerancia y dependencia física y psíquica.

Otros depresores, clasificados en el grupo de los barbitúricos y mejor conocidos como pastillas para dormir, son el pentobarbital, secorbarbital, etc. En dosis crecientes es posible que produzcan la pérdida del conocimiento, aunque sus efectos benéficos ligados a su administración controlada, son apreciables en los casos de neurosis. Su uso también produce tolerancia, abstinencia y ambos tipos de dependencia.

El uso de los dos últimos grupos de psicotrópicos mencionados está muy extendido en la población de las

ciudades del país; es común su consumo entre amas de casa para bajar de peso y entre padres de familia para poder conciliar el sueño.

Otro importante grupo de sustancias psicotrópicas, el de las anfetaminas, estimulantes del Sistema Nervioso Central, clasificadas dentro del grupo II del artículo 245 de la Ley General de Salud, es frecuentemente usado en amplios sectores de estudiantes en nuestro país, en virtud de que su uso ayuda a mantenerse despierto y a combatir la fatiga.

Los inhalables son el último grupo que comprende el artículo 245 de la Ley General de Salud y aunque en el Código Penal Federal no se incluyen como objeto material de los delitos contra la salud, por su importancia es preciso mencionarlos.

Los inhalables forman parte de las sustancias depresoras del sistema nervioso; son una serie de compuestos químicos que se caracterizan por ser gases, líquidos volátiles y aerosoles que, al ser inhalados por vía pulmonar, producen alteraciones en la conciencia, en la percepción y pueden conducir al daño cerebral. Los más usuales son la gasolina, el thinner, pegamentos, lacas, líquidos limpiadores, etc.

El abuso de inhalables es uno de los más graves problemas de farmacodependencia en nuestro país; son usados fundamentalmente por niños y jóvenes que viven en condiciones

paupérrimas en las grandes urbes, debido a su gran disponibilidad y a su bajo costo. Producen una fuerte dependencia psíquica, poca dependencia física y una gran tolerancia.

II.2.3. Lo que es y lo que no es un narcótico.

En el mismo diccionario que hemos venido consultando, encontramos que "narcótico" se dice de las sustancias que producen sopor, relajación muscular y embotamiento de la sensibilidad.

Según la terminología que la Secretaría de Salud utiliza, "narcótico" es el término que se aplica para nombrar a las llamadas drogas fuertes que producen un estado de euforia, tranquilidad, modorra, inconsciencia o sueño, como la morfina, la codeína o la heroína (7).

El artículo 193 del Código Penal Federal establece que "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".

(7). Secretaría de Salud y Consejo Nacional contra las Adicciones. Fármacos de Abuso. Prevención, información farmacológica y manejo de intoxicaciones; SSA y CONADIC. México, 1992. pág. 80.

Entonces entendemos que el uso de la palabra "narcótico" es adoptado por el legislador como el término genérico bajo el cual, en adelante, quedarán incluidas todas las drogas.

De entrada podemos afirmar que no todas las drogas son narcóticos: en sentido estricto, los narcóticos son un grupo de drogas ubicado dentro del grupo de las sustancias depresoras analgésicas como el opio y sus derivados (morfina y codeína), la heroína y la hidromorfina, que entre otras de sus propiedades alivian el dolor e inducen al sueño (8).

De hecho, en el Programa Nacional 1989-1994 para el Control de las Drogas en México, Evaluación y Seguimiento, se afirma que "El grupo de narcóticos lo constituyen las sustancias que actúan sobre el sistema nervioso central que alivian el dolor e inducen el sueño. Entre los narcóticos u opiáceos se incluyen: el opio y sus componentes activos, tales como la morfina, la heroína y la codeína. También se incluyen en este grupo una cantidad de sustancias sintéticas con efectos morfínicos, tales como la petidina, la metadona y la normetadona".

Queremos creer que la elección del vocablo en cuestión por parte del legislador, obedece a la necesidad de

(8). Secretaría de Salud y Consejo Nacional Contra las Adicciones. Programa Nacional contra la Farmacodependencia 1992-1994. SSA y CONADIC. México. págs. 22 y 23. México, 1992.

dar mayor coherencia a la terminología que en los ámbitos jurídico y sobre todo político -que no médico- es empleada, y no sólo que el término fue elegido por no haber encontrado otro mejor; es decir, pensamos que si en el ámbito internacional se habla constantemente del combate al narcotráfico y éste es uno de los grandes retos de las políticas gubernamentales, la reciente reforma tuvo que ser orientada (después lo veremos) en ese sentido, aun cuando, como dice Antonio Escohotado, "...nadie haya sido capaz todavía de producir una definición farmacológica de 'narcótico', donde entren todas las drogas ilícitas y ninguna de las lícitas" (9).

Para dar por terminado este punto, con el fin de proporcionar una clasificación algo más esquemática de las diversas drogas, transcribimos la siguiente tabla hecha por la Secretaría de Salud que tiene como base el efecto que las diversas sustancias ejercen en el Sistema Nervioso Central y en ella se incluyen tanto drogas lícitas como ilícitas.

(9). Escohotado, Antonio. Majestades, Crímenes y Víctimas; Anagrama. Crónicas. Barcelona, 1987. pág. 111.

c) Alcoholes.

d) Inhalables: - Dióxido de carbono.

- Hidrocarburos: aditivos de auto, tolueno (solventes, pegamentos y pinturas), benceno, sileno, gasolina, tricloroetano (solventes, quitamanchas y desgrasadores, ...).

II.- ESTIMULANTES.

Aminas Simpaticomiméticas: - Cocaína.
- Anfetaminas.
- Cafeína.
- Nicotina.
- Fenmetrazina.
- Drogas anorécticas.
- Metil fenidato.

III.- DISTORSIONANTES O PSICOTIZANTES.

a) Alucinógenos

Psicoticomiméticos: - Mescalina.
- Psilocibina.
- Acido Lisérgico (LSD).
- Fenilciclidina (PCP).
- Marihuana.
- Hachís.

b) Antiparkinsonianos.

c) Antihistamínicos.

d) Anticolinérgicos-Parasimpaticolíticos.

II.3. DEL ADICTO O HABITUAL AL FARMACODEPENDIENTE.

Decíamos ya que, al igual que las palabras usadas para denominar las drogas, también aquéllas empleadas para nombrar a las personas que las consumen, han ido cambiando al paso del tiempo. Sólo para recordarlo: el código penal de 1929 habló de "toxicomanía" como también se hizo hasta 1968 y en la Convención Unica sobre Estupefacientes (este término es aún empleado en la Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988); que en 1978 se habló del adicto y habitual y que esta terminología fue conservada hasta 1994, con la aparición de la voz "farmacodependiente", que -apuntábamos- ya había usada por las personas que en 1983 elaboraron el proyecto de código penal del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

La primera de las palabras mencionadas está compuesta por dos vocablos: "tóxico" y "manía"; el Diccionario que hemos venido utilizando, nos dice del primero que es un infijo o subfijo que significa veneno, y del segundo, que es una especie de locura, caracterizada por delirio general, agitación y tendencia al furor. Por la palabra completa se entiende un vicio que llega a ser irresistible inclinación a determinados venenos, principalmente a ciertos productos químicos depurados que

procuran sensaciones agradables que suprimen el dolor.

Aunque parezca curioso, la palabra "adicción" no fue encontrada en diccionarios tradicionales (sólo se habla de "adicción a die" que era un contrato romano que nada tiene que ver con nuestros intereses); sólo en el Pequeño Larousse Ilustrado, la vimos como un estado de dependencia a una droga, por lo que pensamos que el uso actual que se le da a esta palabra y en consecuencia de "drogadicción" es más bien reciente: en una serie de folletos publicados por la Organización Mundial de la Salud en la década de los cincuenta se define a la "drogadicción" como un estado de intoxicación crónica o periódica, dañina para el individuo y la sociedad, producida por el consumo repetido de una droga, sea natural o sintética (10). El término "habitual", cuya definición no es necesario precisar, fue propuesto después por la OMS para hacer referencia a una dependencia similar a la que se daba en las adicciones, pero con síntomas menos graves.

Esta distinción dio origen a dos importantes conceptos de dependencia; la física y la fisiológica que ya estamos por explicar, pero no queremos hacerlo sin antes terminar con estas definiciones.

Como sucede con la palabra "drogadicción" tampoco "famacodependencia" existe en los diccionarios de uso común,

(10). Cárdenas de Ojeda, Olga. Op. Cit. pág. 5.

sin embargo, encontramos que si "fármaco" se entiende como medicamento, es decir, como cualquier sustancia que aplicada interior o exteriormente al cuerpo, puede producir un efecto curativo, y si por otro lado, "dependencia" implica subordinación o sujeción, la palabra "farmacodependencia" es fácilmente comprensible, aunque no creemos que el sentido literal de la palabra sea el que el legislador quiso emplear en la nueva terminología (si así fuera, el alcance de la reforma quedaría sumamente limitado).

En 1969 la OMS sugirió el uso de la expresión "farmacodependencia" en sustitución de toxicomanía, drogadicción o hábito; la definió como "... el estado psíquico y a veces físico causado por la interacción entre un organismo vivo y un fármaco, caracterizado por modificaciones del comportamiento y por otras reacciones que comprenden siempre un impulso irreprimible por tomar el fármaco en forma continua o periódica a fin de experimentar sus efectos psíquicos, y a veces, para evitar el malestar producido por la privación" (11).

Ahora analicemos lo que quieren decir las diferentes partes del concepto anterior. Primero necesitamos la existencia de una relación entre un ser vivo, hablemos del hombre, y un "fármaco", pero entendiendo por éste lo que de él dice la propio OMS: toda sustancia que al entrar en

(11). Las drogas y sus usuarios. Op. Cit. pág. 15.

contacto con el organismo vivo puede modificar una o más de sus funciones. En segundo lugar, debe haber un estado físico o psíquico especial que se caracterice por una "anormalidad" en la conducta, es decir, por modificaciones en la conducta del individuo y por reacciones diversas en las que siempre está presente el deseo irrefrenable por continuar consumiendo el fármaco de que se trate. Y finalmente, se requiere que ese estado especial conlleve que la droga se ingiera sólo para experimentar sus efectos o bien, para evitar las molestias que su privación ocasiona.

De lo anterior se advierte la existencia de dos tipos de dependencia que también han sido definidos por la Organización Mundial de la Salud: la "dependencia física o adicción, es un estado de adaptación biológica que se manifiesta por trastornos fisiológicos más o menos intensos cuando se suspende bruscamente la droga" y la "dependencia psíquica o habituación es el uso compulsivo de una droga sin desarrollo de dependencia física, pero que implica también un grave peligro para el individuo" (12).

De la definición de "farmacodependencia" también se desprende que existen dos fenómenos estrechamente ligados al problema: el síndrome de abstinencia y la tolerancia.

El síndrome de abstinencia se presenta siempre que existe dependencia física a una droga y se caracteriza por la

(12). Ibid. págs. 15 y 16.

aparición de trastornos fisiológicos ocasionados por la suspensión del fármaco que se consume. Estas alteraciones en el metabolismo van desde cambios en la frecuencia cardíaca, en la presión arterial y en la respiración, hasta vómitos, delirios, convulsiones, pérdida de la conciencia y pueden llegar a provocar la muerte.

El fenómeno de la tolerancia puede presentarse tanto en casos de dependencia física como en los de dependencia psíquica, pues tiene que ver con los efectos de la droga que se consume. Consiste en la adaptación del organismo a los efectos de la droga, presentándose la necesidad de aumentar la dosis cada vez, para conseguir que sus efectos sean de igual magnitud, es decir, implica que la persona tiene que tomar en cada ocasión mayor cantidad de droga a fin de seguir sintiendo los mismos efectos; esta situación encierra un grave peligro en tanto que la dosis puede aumentarse hasta el grado de provocar intoxicación.

No toda persona que consume una droga puede ser catalogada como farmacodependiente, pues existen diferentes patrones de consumo o motivaciones para hacerlo. En general, se habla de cuatro tipos de consumidores: los experimentadores, los usuarios sociales u ocasionales, los farmacodependientes funcionales y los disfuncionales.

Los que consumen drogas en forma aislada o esporádica sólo con el fin de satisfacer su curiosidad,

pertenecen al grupo de los experimentadores. Los que lo hacen con el propósito de formar parte de determinado grupo social, en reuniones o cierto tipo de encuentros musicales o artísticos, son los usuarios sociales u ocasionales. Los farmacodependientes funcionales son aquellos que usan la droga como un medio para mantener su rendimiento social o para estar en posibilidad de desempeñar sus actividades diarias.

Distinto es el caso de los farmacodependientes disfuncionales; son individuos que han dejado de 'funcionar' normalmente en sociedad porque su vida se reduce a conseguir la droga y a consumirla. La farmacodependencia representa desadaptación, desperdicio de las potencialidades humanas, sumisión a la sustancia... es en todo caso una enfermedad.

No se considera que los usuarios experimentadores y los sociales sean farmacodependientes; en cambio se afirma que lo son los usuarios funcionales y, claro está, los disfuncionales.

La concepción de la farmacodependencia como enfermedad o anormalidad, depende desde luego del contexto cultural en el que el consumo de la droga se presente. Ya decíamos, en el Capítulo I de este trabajo, que su valoración como tal no ha sido regla general en todas las culturas ni en todos los tiempos. La postura 'oficial' en la medicina ha sido -y actualmente es- considerarla como una patología, como

una enfermedad.

Sin embargo, la terminología que el derecho ha usado para referirse a los usuarios de drogas no revela la misma tendencia, como tampoco la revela el trato que el derecho penal le ha dado al problema o ¿es que acaso existe alguna otra enfermedad que a lo largo de la historia punitiva del país haya sido castigada? Pensamos que no; que la única enfermedad que el derecho penal se ha ocupado de reprimir es la farmacodependencia y no está por demás apuntar, de una vez, que no creemos que la reciente reforma en materia de delitos Contra la Salud implique un cambio en esta tendencia, puesto que el abandono de la represión de la farmacodependencia -en el sentido de la no imposición efectiva de una pena-, no se ve acompañado de su exclusión total del derecho penal, y permanece en el actual Código Penal Federal como una conducta condenable que es conveniente perdonar.

II.4. EL CONSUMO DE NARCOTICOS COMO PROBLEMA DE SALUD PUBLICA.

Actualmente, el Título Séptimo del Código Penal Federal se denomina "Delitos contra la salud"; pero esta denominación no ha existido siempre.

En efecto, el Código Penal de 1871 en el título relativo a la materia, llevaba por nombre "Delitos contra la

Salud Pública", teniendo su antecedente en el Código Penal de Veracruz de 1835; después, inexplicablemente, esta denominación fue abandonada.

A juicio de muchos autores -y al nuestro-, la denominación anterior es la correcta pues alude al bien jurídico tutelado, en materia de delitos contra la salud, de manera expresa y no como lo hace su actual título, que sólo habla de delitos contra la salud sin precisar a la salud de qué o de quién se refiere.

De cualquier forma, la doctrina ha coincidido en que la salud que se protege en este título no es la individual de la persona (tutelada en el delito de lesiones) sino la pública, es decir, la que "abstractamente se adscribe a la colectividad como grupo social" (13).

El concepto de 'salud pública' es difícil de precisar, además de que no es exclusivo de los delitos relativos a narcóticos. Francisco Muñoz Conde nos dice que 'salud pública' se debe entender como el nivel de bienestar físico y psíquico relativo a la colectividad, es decir, a la generalidad de los ciudadanos; o bien, como el conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos (14).

(13). Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial; Tomo . Porrúa, México, 19 . pág. 147.

(14). Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial; Tirant lo blanch. Valencia, 1988.

En nuestro país, la protección de la salud está elevada a rango de garantía constitucional, en el cuarto párrafo del artículo 4º constitucional, que señala: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud...".

La Ley General de Salud reglamenta este derecho, y dispone, en la fracción XXI del artículo 2º, que una de las finalidades del derecho a la protección de la salud es el programa contra la farmacodependencia.

Así, el Título Décimo Primero de la Ley establece -en el marco de los Programas contra las adicciones-, la creación del Consejo Nacional Contra las Adicciones (CONADIC), que tiene por objeto promover y apoyar acciones para prevenir y combatir los problemas de salud pública que representan el alcoholismo y abuso de bebidas alcohólicas, el tabaquismo y la farmacodependencia.

En los Considerandos del Reglamento para la Organización y Funcionamiento del Consejo Nacional Contra las Adicciones, se establece que el derecho a la protección de la salud es una garantía social cuyas finalidades fundamentales son el bienestar físico y mental del hombre, la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana así como la protección y el incremento de valores que contribuyan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que incidan en el desarrollo social. Y se agrega que las adicciones "constituyen un grave problema

de salud pública en nuestro país, al ocasionar graves consecuencias físicas y psicológicas en el individuo y en el orden social, tales como delitos, accidentes, desintegración de la familia, ausentismo laboral, disminución en la productividad y suicidios, ..."

Otro documento importante es el Programa Nacional 1989-1994 sobre El Control de Drogas en México, el cual constituye el marco de acción del Gobierno en esta materia, y tiene como fines fundamentales -según dicen- la prevención del uso indebido y el tratamiento a los adictos, y la prevención y combate a la delincuencia asociada.

En el Diagnóstico que se incluye en dicho Programa, se afirma que la evolución en las tendencias de consumo y producción de drogas ilícitas a nivel internacional ha transformado a países considerados como netamente productores en importantes centros de consumo, situación que en los países subdesarrollados como el nuestro, implica un grave problema de salud como consecuencia de la escasa y deficiente infraestructura sanitaria. También se señala que el abuso de drogas en México plantea el riesgo de desarrollo endémico.

En el año de 1988 la Secretaría de Salud realizó la Encuesta Nacional de Adicciones, que tuvo por objeto investigar el uso de narcóticos, sedantes, estimulantes, alucinógenos y marihuana.

La Encuesta estuvo a cargo de la Dirección General

de Epidemiología de la propia dependencia en coordinación con el Instituto Mexicano de Psiquiatría. De esta Encuesta se obtuvieron datos que han sido fundamentales en el desarrollo de las políticas gubernamentales para la prevención del problema que el consumo de drogas representa.

Entre las conclusiones más importantes a las que se arriba a partir de las estadísticas proporcionadas por la Encuesta, encontramos que el 4.8 por ciento de la población urbana entre los 12 y los 65 años de edad ha consumido por lo menos una vez en su vida, alguna droga; que el 7.6 por ciento de los hombres encuestados y el 2 por ciento de las mujeres han consumido alguna vez en su vida drogas, por lo que la mayor parte de los pacientes que entre los años de 1976 y 1988 fueron atendidos en los Centros de Integración Juvenil, fueron del sexo masculino; que el uso de la marihuana fue mayor en los grupos de jóvenes de los 12 a los 34 años de edad; que las mujeres recurren más al uso de drogas médicas sin prescripción de un especialista.

La marihuana fue la droga que reveló mayor índice de consumo; en seguida estuvieron los inhalables y después los tranquilizantes. Las otras drogas que fueron incluidas en la Encuesta, tales como los estimulantes, la cocaína, los alucinógenos, los analgésicos narcóticos, la heroína, el opio y los sedantes, presentaron índices muy bajos de consumo.

Según las regiones en que cada tipo de droga es consumida, se concluyó que la marihuana es preferentemente usada en la región central y noroccidental del país; los inhalables y la cocaína, fundamentalmente en la Ciudad de México y también en los Estados de la región noroccidental; y la heronía en los Estados fronterizos del norte de la República. Por supuesto, los más importantes centros turísticos y en general, las zonas de grandes concentraciones urbanas, reportaron índices más altos de consumo que cualquier otra región.

Sin embargo, también de los datos arrojados por la Encuesta, advierten los especialistas que en México el consumo de drogas no es tan elevado como el que se presenta en otros países, aunque sí se observa una tendencia al incremento, sobre todo con relación a la cocaína, en tanto que el consumo de marihuana se ha mantenido estable.

En 1989, la Secretaría de Educación Pública, en coordinación con el Instituto Nacional de Psiquiatría, elaboró otra Encuesta con relación al consumo de drogas en la población estudiantil de educación media superior del Distrito Federal y zona conurbada, de la que resultó que el 12.3% de la población encuestada había consumido alguna droga; el 10.4% son usuarios leves; el 1.3% lo son moderados y el 0.5% son constantes; que las cinco drogas de mayor consumo son los inhalables, la marihuana, las anfetaminas, los tranquilizantes y la cocaína, en ese orden.

Recientemente, en los meses de mayo y junio de 1993, se llevó a cabo otra encuesta en las ciudades fronterizas de Matamoros, Juárez y Tijuana así como Monterrey, la cual arrojó, entre otros, los siguientes resultados: que Tijuana es la ciudad que presenta mayor consumo de marihuana y de cocaína; que el consumo de heroína sólo fue reportado en esta ciudad y en Juárez; que el consumo de alucinógenos es muy bajo; que las drogas 'médicas' son usadas sobre todo por mujeres y que el consumo de cocaína se ha extendido ya a los sectores económicamente bajos de la población.

De la simple observación de los datos que hemos proporcionado, no cabe duda que, efectivamente, el consumo de drogas en México es un problema de salud pública que, a pesar de lo que el gobierno -azuzado por el del país vecino- hace creer en sus campañas de lucha contra el narcotráfico, no alcanza las graves dimensiones que se presentan en otros países; quedando de manifiesto que en el interior del país, el consumo de drogas se ha mantenido estable y que su aumento se encuentra bien localizado en ciertos sectores de la población y sólo con relación a ciertas drogas.

C A P I T U L O I I I .

NUEVO REGIMEN VIGENTE EN RELACION A LA POSESION DE NARCOTICOS.

III.1. LAS OTRAS POSESIONES.

Hasta el 31 de enero de 1994 existieron seis tipos distintos de posesión de estupefacientes y psicotrópicos, cinco de los cuales estaban incluidos en el artículo 194 y uno más en el artículo 197, ambos del Código Penal Federal.

De estos seis, dos debían ser cometidos necesariamente por adictos o habituales, otro no debía serlo y para la configuración de los otros dos no se requería calidad especial en el sujeto activo, por lo que podría presentarse la conducta por parte de un toxicómano o por quien no lo fuera.

La fracción I del artículo 194 señalaba que el adicto o habitual que poseyera para su consumo personal e inmediato sustancias o vegetales de los previstos en el artículo 193, sólo sería puesto a disposición de las

autoridades sanitarias respectivas para que, bajo la responsabilidad de las mismas, fuera sometido al tratamiento correspondiente; esto es, la persona debía quedar en libertad bajo la imposición de una medida de seguridad que, desde luego, no era coercible.

A continuación, la fracción II del mismo artículo se refería a la posesión de estupefacientes y psicotrópicos por parte de quienes tuvieran el hábito o la necesidad de consumirlos, siempre que la cantidad de droga no excediera de la requerida para satisfacer las necesidades de la persona en el término de tres días; en este caso la pena aplicable era de 2 meses a 2 años de prisión o de 60 a 270 días multa.

Para el caso de que una persona, sin ser adicta, poseyera cierta droga y tal posesión fuera por una sola vez, para su uso personal y en cantidad que no excediera de la indispensable para su propio e inmediato consumo, la pena aplicable era de 6 meses a 3 años de prisión o de 180 a 360 días multa.

Otro caso más se presentaba cuando una persona poseía cannabis o marihuana en cantidad y circunstancias tales que no hicieran suponer que estaba destinada a la realización de alguno de los delitos de los artículos 197 y 198 del propio capítulo de delitos contra la salud, en cuyo caso la pena aplicable era de 2 a 8 años o de 190 a 360 días de multa.

Finalmente, el artículo 197 en su fracción V señalaba una pena de prisión de 7 a 25 años y multa de 100 a 500 días, a quien poseyera algún estupefaciente o psicotrópico sin la autorización correspondiente de la autoridad sanitaria. Este era el tipo básico; los anteriores eran todos privilegiados.

Además se decía, en el último párrafo del antes mencionado artículo 194, que la simple posesión de medicamentos cuya venta al público estuviera controlada, en cantidad necesaria para el tratamiento de la persona o de otras sujetas a la custodia o asistencia de quien las poseyera, quedaba excluida de aplicación de sanciones.

Ahora las cosas han cambiado. Con el Decreto publicado el 10 de enero de 1994 en el Diario Oficial de la Federación, entró en vigor el 12 de febrero del mismo año, la ya conocida y tan comentada 'Reforma Penal' que introdujo, entre los cambios más importantes, la modificación y reestructuración total del Capítulo I del Título Séptimo, relativo a Delitos Contra la Salud.

Para empezar, al nombre del título le fueron sustituidas las palabras 'estupefacientes y psicotrópicos' por la de narcóticos, quedando el nombre como sigue: "De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos".

Muchos delitos conservaron su antigua descripción

típica y penalidades, pero no quedaron ubicados en la misma forma. De entrada podemos afirmar que se intentó que los tipos fueran presentados al menos en un orden más lógico, aunque esto no se logró del todo. Veamos.

Primero, en el artículo 194, se establecen los tipos básicos correspondientes a conductas relacionadas sobre todo con el narcotráfico; después, en el artículo 195, se habla de la posesión como tipo básico y autónomo, y en seguida, en el mismo artículo, quedan dos excusas absolutorias relativas a la posesión; continuando con la posesión, el artículo 195 bis se refiere a ésta y a la transportación, pero en circunstancias atenuantes; el artículo 196 prevé las calificativas o agravantes aplicables a los delitos que se incluyen en el artículo 194, y en el 196 bis se establece otro tipo relacionado con las asociaciones delictuosas dedicadas al narcotráfico; el artículo 197 habla en términos generales del suministro, haciendo distinciones en cuanto a las penas, en caso de que el sujeto pasivo sea un menor de edad, de que se trate de un suministro gratuito para el consumo personal, etc.; el nuevo artículo 198 se refiere a las conductas en materia de narcóticos que se despliegan en torno a actividades propias del campo, disminuyendo la penalidad aplicable a los activos del delito que dedicándose a las labores de la tierra, presenten atraso cultural o económico. Finalmente, el artículo 199 establece la no

aplicación de pena alguna en favor de los farmacodependientes.

Como ha quedado asentado, en el régimen actual se distinguen cinco formas de posesión, equivalentes a las de la tipificación anterior, pero con trascendentes modificaciones.

De estos cambios hablaremos en las páginas siguientes.

III.1.1. La posesión con el fin de realizar conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal. (ART. 195 PARRAFO PRIMERO).

El primer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal, dice así: "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".

De entrada advertimos cambios que son evidentes: la ubicación de este 'delito' -por el momento llamémosle así- en un artículo diferente e independiente; la disminución en la penalidad y la inclusión de un elemento típico de carácter subjetivo.

Esta conducta, antes de la reforma, se encontraba

incluida en la fracción V del artículo 197 del Código Penal Federal, en el que además se preveían otras modalidades del delito contra la salud, las cuales eran sancionadas con pena distinta a la posesión y que en términos generales coinciden con las que ahora se prevén en las cuatro fracciones del actual artículo 194. Ahora, la posesión queda tipificada en un artículo diferente.

Asimismo, la pena que correspondía a la persona que incurriera en posesión, iba de 7 a 25 años de prisión y de 100 a 500 días multa. Actualmente, la pena aplicable es de 5 a 15 años de prisión y de 100 a 350 días multa.

Finalmente, se introduce un elemento que varía sustancialmente el contenido de la anterior descripción, al incluir la necesidad de que la posesión de narcóticos sea con la finalidad de desplegar alguna otra conducta delictuosa de las previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal. Antes de la reforma, sólo se hablaba de posesión sin que ésta tuviera que presentarse para ciertos fines.

Existen dos corrientes contrarias para abordar el estudio del delito: una es la que pregona una concepción totalizadora, que ve al delito como un ente orgánico, como un todo inescindible y que, por tanto, debe ser estudiado en forma unitaria; la otra tendencia, es conocida como analítica o atomizadora y pretende analizar al delito a través de sus elementos constitutivos, sin que ello implique

perder de vista la unidad y relación entre los distintos elementos. Por ser la doctrina dominante, sin que tengamos conocimiento real de las ventajas o desventajas de una u otra tendencia, nos ceñimos a la segunda y procedemos a analizar brevemente el delito que nos ocupa, tomando en consideración los aspectos positivos y negativos que la dogmática establece, no sin antes confesaros casi ignaros en el tema.

En nuestro sistema jurídico se define al delito como "...el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (art. 7 del Código Penal Federal) y de esta simple definición es que se desprenden tanto la clasificación del mismo como los elementos que estudiaremos.

El delito -sigamos llamándolo así- de posesión de narcóticos previsto en el primer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal, es un delito que en función de la manifestación de voluntad del agente, es de acción, pues es necesaria la existencia de una conducta positiva que viole una ley prohibitiva, pues la conducta hipotética que se describe en el Código Penal está prohibida en tanto que es la condición de una sanción (1); es también un delito formal, de simple acción o de mera conducta, puesto que para su integración no es necesario que se produzca un resultado material o externo; de acuerdo con el daño que causa, es un delito de peligro, pues en esta situación se coloca el bien

(1). Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho; UNAM. México, 1986. pág. 128.

jurídico tutelado, derivándose la posibilidad de que un daño real sea causado; por su duración, es un delito que se consume en forma instantánea; necesariamente debe ser cometido en forma dolosa, dirigiéndose la voluntad consciente de la persona a la realización del hecho típico y antijurídico; por su estructura es un delito simple, pues la lesión jurídica es una sola; por el número de actos, es unisubsistente y por el de sujetos, es unisubjetivo; es un delito que se persigue de oficio y que por la materia de que se ocupa, es un delito de carácter federal.

Por otra parte, para que en el mundo exterior se verifique fácticamente un cambio, un resultado o potencialmente exista cualquiera de los dos, es necesaria la existencia de un hecho anterior que los provoque. Pero en derecho penal, como en otras ramas del derecho, se distingue entre los hechos naturales y los actos del hombre, los cuales necesariamente implican la existencia de una voluntad consciente encaminada a un fin determinado, y aunque para todos es clara la diferencia entre uno y otro, la doctrina se ha empeñado en nombrarlos de distintas formas. Así, para referirse a los actos del hombre, unos hablan de acción incluyendo la acción en estricto sensu y la omisión; otros de conducta, para englobar a la acción y a la omisión; otros más prefieren utilizar las palabras conducta y hecho para diferenciarlos. Las razones que unos y otros aducen en favor de su propia terminología no son

material importante para este trabajo.

Entendido pues, que la conducta o la acción u omisión es un mismo elemento del delito, que se manifiesta de distintas formas, veamos que en el delito de posesión de narcóticos el primer elemento se presenta en forma de acción, dado que se viola una ley prohibitiva -como ya apuntábamos-, es decir, y siendo más exactos, se hace lo que la norma prohíbe.

Por lo que respecta a los elementos de la acción, los autores asienten en que si el tipo en estudio no requiere la causación de un resultado material, carece de sentido estudiar la relación de causalidad.

A cada elemento del delito le corresponde su aspecto negativo, de lo que tenemos que si falta uno de los elementos esenciales, entonces el delito es inexistente; en consecuencia, si el elemento conducta no existe, se da una ausencia de la misma, que puede presentarse en diversas formas, siempre que, como lo dispone la fracción I del artículo 15 del Código Penal, "El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente".

Para la acción de poseer un narcótico, pensamos que habría una ausencia de conducta en caso de que la persona fuera determinada mediante violencia física o moral a realizar, en contra de su voluntad, la acción típica (aunque muchos consideren en realidad esto último como una verdadera

causa de inculpabilidad); igualmente, en caso de sonambulismo o hipnotismo, pero creemos francamente ridículo pensar que en realidad estas excluyentes pudieran verificarse (hay quienes piensan que nos encontramos ante causas de inimputabilidad).

Para que la conducta desplegada por un individuo pueda entrar al campo del derecho penal, es necesario que sea típica, es decir, que tenga una descripción legal. De ahí que la tipicidad sea un elemento esencial del delito que se traduce en que la conducta desplegada por el agente se ajuste al tipo, es decir, a la descripción hecha por el legislador.

Existen tipos cuya descripción es enteramente objetiva pues se presentan como una "mera descripción de la conducta humana" y otros que son mucho más elaborados y complejos, en los cuales se describen los efectos de la acción u omisión, se hace referencia a la calidad del sujeto, a los medios de comisión, fines, etc. (2). Entonces tenemos que en el tipo se pueden encontrar elementos objetivos, subjetivos y normativos.

El tipo que prevé el primer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal cuenta con un elemento objetivo que se identifica con las acción de 'poseer', la cual es susceptible de ser apreciada por medio del simple conocimiento; además, esta posesión debe recaer sobre un

(2). Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General; Porrúa. México, 1985. pág. 275.

objeto material determinado que, en la especie, es un narcótico. También este tipo requiere de la presencia de un elemento subjetivo que se refiere a la condición específica de que la posesión sea realizada con el fin de perpetrar alguna otra conducta delictuosa prevista en el artículo 194 del propio capítulo de delitos contra la salud. (Antes de la reciente reforma, el tipo relativo a la posesión, sólo establecía la existencia del elemento objetivo). Igualmente, en este tipo encontramos un elemento normativo incluido en la fórmula "sin la autorización a que se refiere la Ley General de Salud".

Los diferentes 'tipos' de tipos han sido clasificados; hacemos lo propio con el que estudiamos, guiándonos con la clasificación que Castellanos Tena adopta en su libro (3), por encontrarla de más fácil estudio que las demás pues, como el propio autor lo señala, sólo incluye las más comunes: se trata en principio de un tipo anormal porque presenta la necesidad de hacer valoraciones no sólo objetivas sino de carácter subjetivo y jurídico; es fundamental o básico, pues constituye el fundamento de otros tipos legales que más adelante veremos; es autónomo o independiente, pues no depende de un tipo diverso; es un tipo de formulación amplia o libre, dado que se describe la posesión como hipótesis exclusiva a la que

(3). Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Porrúa. México, 1989. pág. 170 y ss.

se ajustan todos los modos de ejecución, siempre y cuando estos sean idóneos para poner en peligro el bien jurídico tutelado; de esta última aseveración se advierte que se trata de un tipo de peligro, pues sólo se protege la salud pública contra la posibilidad de que resulte efectivamente dañada.

El aspecto negativo de la tipicidad no es la ausencia de tipo, pues ésta puede referirse a la deliberada decisión del legislador de no incluir como delito cierta conducta, sino la atipicidad, que de acuerdo con la fracción II del mencionado artículo 15, relativo a las causas de exclusión del delito, se presenta cuando "Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate". En el delito a estudio esta atipicidad puede recaer, por ejemplo, en la falta de objeto material o bien en la ausencia de un fin determinado que se refiera a la comisión de otra conducta delictiva de las contempladas en el artículo 194 del propio Código Penal.

Ya hemos dicho que el primer elemento constitutivo del delito es la conducta (el primero no porque se presente antes que los demás sino sólo porque para el estudio dogmático del delito se ha escogido este orden de prelación lógico) y que esta conducta, en nuestro caso esta acción, precisa estar descrita en la ley; pero además se requiere que esta conducta típica sea contraria al Derecho, esto es,

antijurídica en su manifestación externa (4).

La acción típica de poseer un narcótico será antijurídica siempre que no esté amparada en una causa de justificación (aspecto negativo de la antijuridicidad), o -dicho de otro modo- siempre que esa acción, aunque revista el aspecto de delito, haya sido realizada con apego a derecho.

Las causas de justificación o de licitud se resumen en las fracciones III, IV, V y VI del artículo 15 del Código Penal Federal que se refieren, respectivamente, a la ausencia de interés por parte del titular del derecho o a la presencia de su consentimiento, a la legítima defensa, al estado de necesidad por colisión de bienes jurídicos, al cumplimiento de un deber y al ejercicio de un derecho.

De las anteriores causas que anulan el carácter antijurídico de la acción típica de poseer narcóticos pudiéramos pensar que las únicas que podrían presentarse son las hipótesis que se refieren al ejercicio de un derecho, para el caso de que, digamos, se cuente con los permisos de la Secretaría de Salud para promocionar medicamentos que

(4). Al respecto resulta interesante confrontar el pensamiento de Kelsen, quien afirma que el acto ilícito, o sea, el delito, es una condición del derecho y no su negación, puesto que "Cuando un orden normativo ordena determinada conducta, sólo en cuanto enlaza a la contraria una sanción, la situación de hecho es esencialmente descrita, en forma completa, por una proposición hipotética

contengan sustancias psicotrópicas (pero suponiendo que se diera el caso, creemos que lo que se configuraría sería una atipicidad pues es elemento normativo del tipo que estudiamos, la no existencia de autorización alguna); o bien, un estado de necesidad, si se presentara una situación de extrema gravedad en la salud de una persona a quien fuera necesaria la administración de fármacos y un familiar los obtiene sin autorización (pero de igual forma, en todo caso se actualizaría otra conducta típica no punible).

Ahora, hablemos de la imputabilidad. Jiménez de Asúa nos dice que "imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle... responsable de él" y que "la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona..." (5).

Se reconocen como aspectos de la imputabilidad, el conocimiento de que la acción que se realiza es ilícita y la voluntad de llevarla a cabo; para ello, es necesaria la presencia de un mínimo discernimiento o una mínima aptitud intelectual del sujeto y, también por eso, la imputabilidad

(condicional) que enuncia que si se presenta determinada conducta, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo. En este enunciado aparece lo ilícito como el antecedente o condición, pero no como la negación del derecho; y además se muestra que lo ilícito no es algo exterior al derecho... sino que se trata de un hecho... determinado por éste...". Loc. Cit. pág. 128.

(5). Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito; Abeledo Perrot. Argentina, 1990. págs. 325 y 326.

puede entenderse como una 'capacidad' en el campo del derecho penal.

Nuestro Código Penal resume las causas de inimputabilidad en la fórmula que contiene el artículo 15 en la fracción VII, en la que se establece que el delito se excluye cuando "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado...". Las causas de inimputabilidad serían las mismas que corresponden a los incapaces que señala el artículo 450 del Código Civil, que son: los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes. Todas estas causas de incapacidad son análogas a las inimputabilidades del derecho penal, por lo que es factible que se presenten en el caso del delito de posesión narcóticos que hemos estudiado (como en el caso de la mayoría de los delitos del Código Penal). No obstante, resultaría discutible que en el caso de la posesión de narcóticos a que refiere el artículo 195 del Código Penal Federal, se presente como causa de inimputabilidad el que la persona se encuentre bajo la influencia de alguna droga, pues esto se entendería en el sentido de que el 'trastorno

mental' fue ocasionado en forma dolosa o culposa, a fin de perpetrar su conducta antijurídica, por lo que este caso sería excluido atendiendo a la regla que establece el propio artículo 15 que expresamente excluye las acciones libres en su causa como causas de inimputabilidad.

Al abordar el tema del siguiente elemento del delito, la culpabilidad, los autores coinciden en que este punto es el más delicado a tratar puesto que se refiere a una perspectiva ya no descriptiva u objetiva sino individual, que toma como punto de referencia al sujeto. Así, se define a la culpabilidad, en un sentido amplio, "como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (6), o bien, de manera más precisa, como el desprecio de la persona por el orden jurídico establecido, siendo que este desprecio puede ser expreso en el dolo o producto de la indolencia en la culpa (7).

Entonces tenemos que la culpabilidad reviste las formas de dolo y de culpa, dependiendo de que el agente dirija o no su voluntad consciente a la ejecución del hecho típico. En el caso de la posesión de narcóticos que estudiamos, y en general hablando de delitos contra la salud, es necesario que la acción típicamente antijurídica sea

(6). Ibid. pág. 352.

(7). Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano; Porrúa. México, 1975. pág. 283.

cometida en forma dolosa, pues debe existir la conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de llevar a cabo la acción y con la representación del resultado -en este caso formal- que se quiere (actualmente, a raíz de la reciente reforma penal, no es necesario recurrir a la doctrina para dilucidar si un delito puede ser cometido en forma dolosa o culposa, pues el segundo párrafo del artículo 60 enuncia, de manera limitativa, los delitos que pueden ser sancionados como culposos, excluyendo por supuesto, los delitos que ponen en peligro la salud pública, previstos en el Título Primero del Capítulo correspondiente).

La inculpabilidad, obviamente, es el aspecto negativo de la culpabilidad, y la constituyen las causas que "absuelven al sujeto en el juicio de reproche" (8) y, aunque existe gran polémica sobre cuáles son causas de inculpabilidad, en el artículo 15 de nuestro Código Penal se reconocen como tales el error invencible de tipo y de prohibición (fracción VIII, incisos a) y b) respectivamente), la coacción sobre la voluntad o no exhibibilidad de otra conducta (fracción IX) y el caso fortuito (fracción X).

De las anteriores excluyentes del delito, en el caso que analizamos podría presentarse un error invencible que recaiga sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, en cuyo caso, de acuerdo con la moderna teoría

(8). Jiménez de Asúa. Op. Cit.; pág. 389.

del delito (finalista), se daría lugar a una atipicidad (ya no a una inculpabilidad), así como un error de prohibición que eliminaría la culpabilidad; también claro, podría darse una no exigibilidad de otra conducta si se presentara la misma situación que referimos al hablar del estado de necesidad como causa de justificación.

Ahora bien, en caso de que el error de tipo sea vencible, no podría operar el error de tipo aplicando la pena como si se tratara de un delito culposo pues, como dijimos en párrafos anteriores, el delito de posesión de narcóticos no puede cometerse en esta forma (9). En cambio, si el error de prohibición es vencible, resultaría aplicable la regla que establece el artículo 66 del Código Penal, que dice que, en este caso, la pena que deberá ser impuesta será hasta una tercera parte del delito de que se trate.

En los Comentarios a las Reformas en Materia Penal y diversas disposiciones legales, publicados a raíz de las mesas rondadas celebradas con la presencia de Magistrados y Jueces de Distrito de la Suprema Corte de Justicia, se advierte que el error invencible a que se refiere el inciso B) del artículo 15 que hemos venido

(9) Londoño B. Hernando, en El error en la moderna teoría del delito; Temis. Bogotá, 1982, pág. 24, dice al respecto: "...el error de tipo es el que tiene como objeto las circunstancias objetivas -fácticas o normativas-, que integran el tipo penal. Todo error de tipo excluye el dolo y deja la posibilidad de la imputación a título de culpa, cuando es vencible y existe el respectivo tipo culposo".

mencionando, en el que se contempla el error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta, fue introducido como una forma de protección en favor de personas que por su aislamiento cultural ignoren el contenido de la ley, pero como es regla conocida que la ignorancia de la ley no puede ser alegada en favor de quien la incumple, fue necesario contemplar esta hipótesis como si se tratara de un error invencible (antes de la reforma, el artículo 59, que fue derogado, establecía el mismo contenido, sin constituir una causa de exclusión del delito, pues únicamente era una atenuante de la pena). Entonces, creemos que en este punto debe operar una causa de inculpabilidad en favor del poseedor de drogas que se encuentre en las condiciones que acabamos de mencionar, sobre todo si tomamos en consideración por una parte, el alarmante atraso cultural en que se encuentran amplios sectores de la población de nuestro país y, por otra, el hecho de que el consumo de ciertas drogas sea no sólo tolerado sino fomentado por las propias costumbres y tradiciones de las culturas autóctonas, casos en los que perfectamente se integraría esta causal de inculpabilidad.

Finalmente, llegamos a la punibilidad. Para muchos, ésta no es un elemento de existencia del delito sino sólo su consecuencia; para otros, el delito lo es en tanto que tiene

enlazada una sanción. Esto lo analizaremos en su momento oportuno. Por ahora, nos basta señalar que la penalidad o punibilidad es la asignación o atribución de una pena a cierta conducta típica, antijurídica y culpable, y que su aspecto negativo lo constituyen las excusas absolutorias o causas de impunidad, que en el caso al que nos referimos, no operan, por lo que resulta intrascendente su inclusión.

Así pues, en resumen, en el delito de posesión de narcóticos que prevé el primer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal, sólo pueden presentarse las causas de exclusión del delito previstas en las fracciones I, II, V, VI, VII, VIII y IX del artículo 15 del Código Penal Federal.

Hecho el brevísimo y seguramente incompleto estudio dogmático que antecede, corresponde ahora formular algunas consideraciones.

Decíamos al iniciar este punto, que uno de los cambios que a simple vista se observan de las modificaciones introducidas por la reciente Reforma Penal, es el haber extraído la modalidad de posesión del anterior artículo 197, para ser llevada al artículo 195 y quedar tipificada de manera independiente. Sin embargo, como se hace notar en los Comentarios... citados, no existe uniformidad de criterios para considerar que el hecho de que la posesión se encuentre en un artículo diferente implique que se trata de un tipo básico y autónomo.

En efecto, algunos se inclinan por considerarlo como, de hecho, nosotros lo hemos considerado al clasificar el delito a estudio en orden al tipo, pero es verdad que este juicio no puede hacerse a la ligera por las consecuencias jurídicas que entraña cada una de las diversas posturas.

Así, de considerar la posesión como un tipo básico y autónomo, aun cuando esta posesión tenga por finalidad la realización de alguna de las modalidades del artículo 197, se estaría en el caso de aplicar las reglas del concurso al imponer las sanciones, lo cual tal vez resulte ilógico.

Por el contrario, si se estima que la posesión de narcóticos, independientemente de su ubicación en diverso artículo, sigue siendo una modalidad del delito Contra la Salud, el cual es susceptible de cometerse por todas y cada una de las conductas que en el capítulo se señalan, entonces esta posesión -en tanto que modalidad- deberá ser sancionada cuando sólo ella exista, sin que pueda coexistir con otras modalidades que necesariamente la impliquen.

Imaginemos un ejemplo: una persona es detenida en posesión de media tonelada de cocaína, a bordo de una camioneta que se dirige a la frontera norte del país. Ahora apliquemos las dos hipótesis anteriores y veamos las diferencias:

Primer caso: la posesión es un tipo básico y autónomo, luego,

la pena aplicable -hablemos de culpabilidad mínima- será de 5 años de prisión, sólo por la posesión. Además, en el ejemplo resulta claro que esa posesión tenía como finalidad sacar del país la droga, por lo que, comprobada la posesión también se integraría la descripción que hace el segundo párrafo de la fracción II del artículo 194, que nos dice que si la extracción de la droga del país no se consuma, desprendiéndose de los actos que esa era la finalidad, corresponderá aplicar una pena de 6 años 6 meses. Entonces, se estará ante un concurso ideal de delitos, pues de una sola conducta se derivó la comisión de diversas figuras típicas y, conforme al artículo 64 del Código Penal, deberá imponerse la pena mayor -seis años y medio- y ésta podrá ser aumentada hasta una mitad más del máximo de duración, es decir, podrá ser aumentada en 3 años y 3 meses, haciendo un total de 9 años y 9 meses de prisión.

Segundo caso: la posesión es una modalidad del delito contra la salud, entonces, en el ejemplo que seguimos, no se podrá desligar la posesión de su finalidad que efectivamente quedó demostrada, de ahí que la única sanción aplicable será la correspondiente al delito previsto en el segundo párrafo de la fracción II del artículo 194, que es de 6 años y 6 meses de prisión.

Podrá alegarse que, en este orden de ideas, no será posible la comprobación de la posesión del primer párrafo del artículo 195, pues al verificarse la existencia de la

finalidad, se configurará otra modalidad de las previstas en el artículo 194; pero este razonamiento no sería acertado, ya que el tipo en estudio lo que requiere es la existencia de una finalidad subjetiva y no así que la finalidad materialmente se presente, en cuyo caso, insistimos, sólo se verificará la modalidad que materialmente se haya cometido.

Expuesto lo anterior, nos adherimos a la corriente de opinión que se inclina por la unidad del delito contra la salud, considerando tanto la posesión como las demás conductas tipificadas, como simples modalidades del mismo ilícito. Cerrando con este comentario lo relativo a la -ahora sí- modalidad en estudio.

III.1.2. La simple posesión de narcóticos (ARTICULO 195 BIS).

Siguiendo el mismo camino recorrido para el estudio de la anterior figura delictiva, hemos de decir que el nuevo artículo 195 bis del Código Penal Federal corresponde, en términos generales, a las descripciones típicas que antes de la Reforma contenían los artículos 194 en su párrafo cuarto, y 196, con las importantes modificaciones que en este punto habremos de comentar.

El mencionado artículo establece: "Cuando la posesión o transporte, por la cantidad como por las demás circunstancias del hecho, no pueda considerarse destinada a realizar alguna de las conductas a que se refiere el artículo

194 de este Código y no se trate de un miembro de una asociación delictuosa, se aplicarán las penas previstas en las tablas contenidas en el apéndice 1 de este ordenamiento, si el narcótico no se encuentra comprendido en las mismas, se aplicará hasta la mitad de las penas señaladas en el artículo anterior".

Los dos artículos aludidos, vigentes antes de la Reforma, se referían, respectivamente, a la posesión de marihuana cuando por la cantidad y circunstancias de ejecución no pudiera considerarse que se cometería algún otro delito contra la salud, y a la transportación -también de marihuana- siempre que no se perteneciera a alguna asociación delictuosa y la cantidad no excediera de 100 gramos.

Como vemos, el nuevo artículo 195 bis es una especie de conjunción de los artículos anteriores, a la que se agregan aspectos interesantes: en primer lugar, el objeto material de este delito ya no queda restringido a la cannabis o marihuana sino que se hace extensivo a cualquier otro narcótico y, en segundo lugar, las penas aplicables se establecen de acuerdo con la tabla denominada apéndice 1, o de acuerdo a la regla general para el caso de que la sustancia no se encuentre comprendida en el mismo.

El estudio relativo a la clasificación de este delito y a sus elementos correspondería básicamente a lo que

ya quedó asentado con relación a la figura delictiva que abordamos en el capítulo que antecede, resultando relevante hacer sólo algunas consideraciones.

Al nombrar este punto, hablamos de 'simple posesión' de narcóticos aludiendo fundamentalmente al elemento típico de carácter subjetivo que se incluye en el citado artículo 195 bis, cuando se afirma que este tipo de posesión debe verificarse sin que la cantidad y las circunstancias del hecho hagan creer que tal posesión tiene por objeto la realización de alguna otra conducta delictiva, es decir, la posesión debe presentarse como un hecho aislado o simple, que no pueda ser relacionado con condiciones que hagan suponer que se configura la modalidad de posesión del artículo 195 del Código Penal Federal. También se agrega la necesidad de una calidad negativa específica en el sujeto activo: no tiene que ser miembro de una asociación delictuosa.

En caso de que efectivamente la conducta desplegada se ajuste a la descripción típica anterior, entonces corresponderá imponer las penas que se incluyen en el apéndice 1 (o tabla) del Código Penal Federal, que contiene las penas aplicables atendiendo a los siguientes criterios: a) el tipo de narcótico, b) la cantidad que sea poseída, y c) los antecedentes penales del sujeto activo; además, se agrega una regla general que establece la imposición de hasta la mitad de las penas señaladas en el

artículo 195, v. gr., hasta la mitad de 5 a 15 años de prisión, en caso de que el narcótico objeto material de la posesión no esté contenido en la tablita anexa.

Hemos de afirmar que, respecto al régimen anterior, esta nueva disposición significa un importante avance en el tratamiento de la problemática de las drogas; sin embargo algunos aspectos fueron descuidados y se prestan a dudas y confusiones. Analicemos.

No es necesario hacer comentario alguno con relación la conducta positiva de poseer narcóticos (ya sabemos que la posesión implica que el narcótico se encuentre dentro del radio de acción y disponibilidad del agente). Por cuanto hace a la condición de que la cantidad y las demás circunstancias del hecho no hagan pensar que la posesión tiene por fin la comisión de otro delito contra la salud, debemos advertir que para que se presente esta modalidad, la cantidad de droga que posea el agente no puede ser superior a las cantidades que se señalan en las tablas del apéndice 1 para cada droga en específico, pues de exceder de esta cantidad la pena aplicable ya no estaría prevista en dicho anexo. Esto resulta contradictorio tomando en consideración que si la posesión recae sobre algún narcótico no incluido en la tablita, no se precisa un límite en cuanto a la cantidad de la droga, de lo que resulta que en el primer caso el arbitrio judicial -con respecto a la cantidad- queda anulado y en el segundo es necesario ponerlo en práctica. Así, por

ejemplo, la posesión de más 100 gramos de secobarbital tendrá que ser ubicada siempre en el artículo 195, mientras que respecto a la posesión de la misma cantidad de nalbufina (psicotrópico incluido en el mismo grupo que el secobarbital), quedará al arbitrio judicial ubicarla en el artículo 195 bis o bien en el 195.

En los Comentarios... se dice que la aplicación mecánica de las penas conforme al apéndice en cuestión podría implicar una restricción al arbitrio judicial, con lo cual estamos totalmente de acuerdo. Sin embargo, se debe reconocer que -a veces- los jueces y magistrados en uso de su ahora aforado arbitrio judicial imponían sanciones mucho más 'arbitrarias' de las que actualmente se pueden llegar a imponer al estar constreñidos a la multicitada tabla (digamos entonces que para los administradores de justicia que han cumplido con su función aplicando de manera justa y equitativa las penas, este mandato resulta afrentoso, 'pero en los demás casos podría constituir una mínima garantía de equidad para los sentenciados).

Para la configuración de esta modalidad se requiere que la persona no sea miembro de alguna asociación delictuosa. Al respecto creemos oportuno considerar que en todo caso será el Ministerio Público el encargado de aportar pruebas para acreditar esta calidad en el agente y de no ser así se deberá presumir que la persona no pertenece a organización delictiva alguna.

Ahora, ya entrando en el terreno de las penas aplicables conforme a las tablas del apéndice 1, veíamos que se atiende a tres criterios: el primero, relativo al tipo de narcótico de que se trate. ¿En qué se basó el legislador para incluir sólo ciertas sustancias? ¿Por qué no se contemplan en las tablas todos los estupefacientes a los que se refiere el artículo 237 de la Ley General de Salud? ¿Por qué algunos tipos de psicotrópicos fueron excluidos de las tablas aun teniendo las mismas propiedades que los que sí están y perteneciendo a los grupos I, II y III del artículo 245 de la ley sanitaria? ¿Con qué base legal se incluyen en la tabla sustancias tales como la meperidina, clorhidrato de metanfetamina o rafetamina? Hasta el momento no encontramos las respuestas a estas interrogantes cuyas implicaciones legales no son intrascendentes. He aquí un ejemplo: en caso de que una persona posea 100 miligramos de flunitrazepam -reuniendo los demás requisitos para la integración del tipo- si se trata de un primodelincuente, la pena máxima que se le podrá aplicar será de 1 año y 4 meses de prisión. Pero ¿qué pasa si en lugar de esta sustancia posee la misma cantidad de lorazepam? ¡Ah! Entonces la pena aplicable será de 2 años y 6 meses de prisión (hasta la mitad de 5 años de prisión, pena mínima prevista para la modalidad del artículo 195) porque -inexplicablemente- el lorazepam no se encuentra en la tablita, no obstante que está clasificado dentro del mismo grupo de psicotrópicos al que pertenece el flunitrazepam, y que la Ley General de Salud califica estas

dos sustancias como aquellas que "tienen valor terapéutico, pero constituyen un problema para la salud pública".

El otro criterio para establecer las penas fue la cantidad poseída. Aquí cabría afirmar, como lo hicimos más arriba, que las cantidades que como máximo se señalan en el apéndice -por ejemplo: 80 kilos de marihuana, 70 gramos de heroína, 10 gramos de diazepam- son la condición de que estemos ante cantidad tal que pueda considerarse que no se tiene como fin realizar otra conducta delictuosa; si la cantidad de droga poseída es mayor a la establecida para cada sustancia, entonces estaremos ante la imposibilidad de individualizar la pena y por lo tanto, tendremos que tener por configurada la modalidad de posesión del artículo 195. ¿Por qué se "privilegia" la posesión de -por ejemplo- 80 kilos de marihuana, 5 gramos de morfina o 100 gramos de mecalona como máximo y no así la posesión de una mínima cantidad más de cada una de esas sustancias, es decir, 81 kilos de marihuana, 6 gramos de morfina o 101 gramos de mecalona? La respuesta puede ser tan elemental como decir que siempre es necesario establecer ciertos límites, pero esta afirmación en nada contribuye a esclarecer la razón en que se fundan estos mismos límites.

Otro punto más de referencia para aplicar la pena, son los antecedentes del procesado, es decir, si se trata de un primodelincuente, si es reincidente por vez primera o segunda o bien si es multirreincidente. Nos preguntábamos si

en este renglón la reincidencia debe ser solicitada fundada y motivadamente por el órgano acusador, pero creemos que al establecerse esta condición particular como presupuesto para individualizar la pena, su aplicación debe ser oficiosa por parte del juzgador. Por otra parte, pensamos que no debe considerarse la reincidencia en perjuicio del responsable del delito cuando sus antecedentes correspondan a ilícitos de diversa naturaleza; con esto queremos decir que una persona puede ser multirreincidente por haber cometido delitos de robo, de lesiones, de fraude y de portación de arma de fuego, pero dado que con estas conductas atentó en contra de bienes jurídicos distintos a la salud pública, no deben tomarse en cuenta los mismos si probablemente es la primera vez que comete un delito contra la salud. Al margen de lo anterior, es pertinente señalar que este último criterio -el de agravar la pena en función de la reincidencia- es contrario al espíritu de la propia Reforma que -felizmente- modificó el contenido del artículo 65 del Código Penal para dejar a la reincidencia sólo como un aspecto más a ser tomado en cuenta al momento de individualizar la sanción.

Falta analizar el caso en que la posesión recaiga sobre un narcótico no previsto en las listas del apéndice 1. De entrada hemos de sostener -porque de ello estamos convencidos- que, como señalamos en el capítulo que antecede, para que la posesión de cualquier otro narcótico no

incluido sea punible es necesario que se encuentre contemplado dentro de los artículos 237 y 245 fracciones I, II y III, de la Ley General de Salud. Prueba de ello es el hecho de que en el primer párrafo del artículo 193 del Código Penal Federal se defina a los narcóticos como los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la ley sanitaria en mención, los convenios y tratados internacionales suscritos por nuestro país y los demás que señalen las otras disposiciones legales aplicables en la materia y que en seguida, en el segundo párrafo, se diga que son punibles las conductas relacionadas con los narcóticos previstos en los artículos que ya mencionamos. A nosotros nos queda claro que, entonces, sólo se puede cometer un delito contra la salud con relación a estas sustancias.

Respetables especialistas no están de acuerdo con estas aseveraciones; tan es así que en los Comentarios... se dice que el párrafo segundo del artículo 193 resulta innecesario al precisar que son punibles las conductas relativas a los narcóticos que refiere, haciendo ver que para los efectos del capítulo, narcóticos son los que describe el primer párrafo del propio artículo. Nosotros entendemos que el legislador quiso, en el primer párrafo, dar una definición amplia de narcóticos y que en el segundo párrafo precisó cuáles de los miles de narcóticos podían ser objeto de una posesión -o cualquier otra modalidad- ilícita y sancionable en el ámbito del derecho penal. De no ser

ésta la interpretación que se dé al precepto, se caería en el absurdo de imponer una pena privativa de libertad a la persona que sea detenida con una bolsa de café sin descafeinar porque la cafeína está contenida como sustancia psicotrópica en el grupo IV del artículo 245 de la ley de salud.

Asentado lo anterior, resta decir que encontramos poco razonable que se hayan incluido en la lista de narcóticos compuestos químicos tan específicos como el sulfato de cocaína, clorhidrato de cocaína o clorhidrato de metanfetamina, por nombrar algunos, sin precisar su nombre vulgar o común, puesto que con esta terminología se hace, en los hechos, indispensable la intervención de peritos químicos para clasificar las propiedades de las sustancias, quedando el juzgador al margen de toda posibilidad de valorar el dictamen correspondiente. Mejor hubiera sido que se incluyeran los nombres de las sustancias en general, como lo establece el artículo 237 de la Ley General de Salud al referirse al erythroxilón o coca, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones, y a la cannabis sativa, indica y americana o mariguana. Así estas disposiciones habrían quedado mucho más cerca del conocimiento de sus destinatarios: el órgano juzgador y el gobernado.

Las interrogantes que hemos planteado son las que ahora nos hacen dudar que, en la práctica, la tan mencionada e innovadora tablita constituya realmente una buena solución

ERROR DE No. ___ DE PAGINA

en aras de unificar criterios en la aplicación de las penas, para evitar que dentro del mismo órgano administrador de justicia se impongan sanciones tan distintas en casos tan semejantes, pues si remotamente esto se lograra, ya hemos visto que la tabla en sí es contradictoria y fuente de innumerables injusticias. Ante ello, cabría reflexionar sobre la conveniencia de derogar el Apéndice 1 del Código Penal Federal, conservando, sí, el tipo previsto en el artículo 195 bis e introduciendo como pena una regla general aplicable para todos los casos, que permita a jueces y magistrados individualizar las sanciones de acuerdo a criterios menos planos y más generales. Sin embargo, creemos que en la solución de los casos concretos es donde mejor encontraremos los pros y contras de este sistema y en función de ello habrá de reconsiderarse lo que proponemos aun cuando, de momento, se vislumbren más problemas que soluciones.

III.1.3. La posesión de narcóticos para el consumo personal de quien no sea farmacodependiente (ARTICULO 195 PARRAFO SEGUNDO).

El segundo párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal a la letra dice: "No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal".

Esta nueva disposición corresponde a la que

antes de la Reforma se encontraba en el segundo párrafo del artículo 194, con las siguientes diferencias: se hablaba de que la persona no fuera adicta, ahora no debe ser farmacodependiente; se decía que la cantidad no excediera de la destinada para su propio e inmediato consumo y hoy se dice que sólo sea para su consumo personal; y lo más importante: se establecía una sanción de 6 meses a 3 años de prisión o de 180 a 360 días multa y ahora no se procederá en estos casos, quedando suprimida la aplicación de cualquier pena. Comentemos estos aspectos.

Este nuevo precepto es aplicable a cualquier persona siempre que no sea farmacodependiente, lo cual significa que se ven beneficiados con esta disposición los consumidores de drogas experimentadores y los usuarios sociales u ocasionales.

En el Capítulo II de este trabajo dijimos que existen diversos patrones de consumo de drogas y que no todo consumidor podía reputarse como farmacodependiente. Así, hicimos la distinción en cuatro grupos de usuarios, dentro de los cuales los experimentadores - aquellos que consumen las drogas en forma eventual sólo para satisfacer una curiosidad- y los sociales u ocasionales -los que lo hacen en cierto tipo de reuniones de tipo social, musical o artístico- no son considerados farmacodependientes. De ahí que sólo las personas que usan las drogas en forma regular ya sea con el fin de mantener su rendimiento, de estar en posibilidad de

realizar cierto tipo de actividades o bien por la dependencia que han desarrollado, quedan excluidas de esta regla.

También es necesario que la persona sea encontrada en posesión de algún narcótico por una sola vez. Este punto no es muy claro: 'por una sola vez' puede entenderse que la persona nunca antes haya sido encontrada en posesión de alguna droga o bien que nunca haya sido declarada penalmente responsable de posesión de drogas por sentencia ejecutoriada. Si es el caso de la primera hipótesis, entonces se entiende que el usuario puede usar una sola vez drogas sin que sea castigado pero si lo hace en una segunda ocasión se configuraría la descripción típica del artículo 195 bis. Ahora cabe preguntarse a qué criterios se atenderá para decidir si se trata de la primera, segunda, tercera o cuarta vez que la misma persona se encuentra en posesión de un narcótico.

Al respecto encontramos los siguientes tres criterios: 1) que se determine mediante testimoniales ya sea de policías preventivos o judiciales, vecinos, etc.; 2) que la persona, en otra ocasión, haya estado implicada en una Averiguación Previa en la que se haya decidido el no ejercicio de la acción penal ya sea por insuficientes elementos probatorios o porque la conducta en cuestión se encuentre ajustada a la hipótesis normativa de la excusa absolutoria que estudiamos; y 3) que la persona haya sido declarada penalmente responsable de la comisión de un delito

contra la salud, que necesariamente implique la posesión de un narcótico, por sentencia ejecutoriada.

El primer supuesto es descartable a todas luces, pues ya podemos imaginar el sinnúmero de atropellos que podrían cometerse al otorgar semejante poder a los cuerpos de seguridad pública, quienes no renunciarían a la tentación de ubicar al usuario, molestarlo y aun extorsionarlo a fin de manifestar que es la primera vez que se le encuentra en similar situación.

El segundo criterio es atendible pero no del todo confiable, pues existe la posibilidad -entre muchas otras- de que se hagan falsas imputaciones en contra de la persona y que por ello se haya visto en otra ocasión implicada en alguna Averiguación Previa, sin haber tenido la oportunidad de defenderse.

Entonces el criterio que encontramos más justo es el que atendería a la única instancia en que la persona haya tenido la oportunidad de defenderse: un proceso terminado por sentencia ejecutoriada, con lo que la interpretación del precepto se ajustaría a lineamientos más objetivos.

Sin embargo, hay que aceptar que el segundo punto de vista o bien el caso de un auto de libertad, podrían ser tomados como puntos de referencia para determinar si es o no por una sola vez que la droga se posee, cuando conste en autos que el inculpado estaba confeso.

La importancia de esta discusión no es menospreciable, pues de acuerdo a lo que se entienda 'por una sola vez' la persona se verá beneficiada por esta excusa absolutoria o bien perjudicada, ubicando su conducta dentro del artículo 195 bis del Código Penal Federal.

Por otra parte, la cantidad de droga que se posea debe ser tal que pueda considerarse que está destinada al consumo personal. Esta situación queda abierta al más amplio arbitrio judicial para determinar si se está en presencia de este caso de posesión o del caso del artículo 195 bis, puesto que las tablas de este último comprenden desde la mínima cantidad que pueda ser poseída.

Se dice en los Comentarios... que para determinar lo anterior será indispensable el dictamen médico. Nosotros no estamos de acuerdo con esta aseveración porque no puede considerarse indispensable algo que la ley no dispone y porque si la persona que posee el narcótico no es farmacodependiente, no existe posibilidad de determinar si la cantidad corresponde o no para su consumo personal con rigor científico, pues primero habría que aclarar lo que se entiende por consumo personal (se pueden poseer varios gramos de marihuana o de cocaína con el fin único de consumirlos durante el fin de semana) y después hacer la valoración correspondiente. Entonces pensamos que, en todo caso, el dictamen pericial sólo debe ser orientador del criterio del Juez pues de no ser así otra vez volveremos a

ver que son los peritos los que terminan juzgando.

Para terminar, hemos de advertir que de acuerdo con el precepto en cuestión, no se procederá en contra de quien posea drogas para su consumo personal, por una sola vez, sin ser farmacodependiente. De la redacción del artículo resulta lógico pensar que casos como el que nos ocupa no llegarán nunca a ser consignados pues el 'no se procederá' significa que deja de existir razón legal alguna para que el usuario de drogas sea siquiera interrogado o detenido; este 'no se procederá' debe implementarse para ser aplicado desde los más bajos mandos de las policías preventiva y judicial, hasta los Ministerios Públicos, quienes tendrán la responsabilidad última de no proceder en contra de quienes así sean encontrados. De todos modos, para el usuario de drogas sigue existiendo el riesgo de ser confundido con un traficante o simplemente con un poseedor con tal cantidad de narcóticos que sea ubicado en la hipótesis normativa del artículo 195 bis del Código Penal Federal.

De cualquier forma, este precepto encierra grandes posibilidades o grandes limitaciones; unas u otras quedarán en manos del prudente criterio de Ministerios Públicos, Jueces y Magistrados, quienes -esperamos- no se olviden del espíritu del legislador y comprendan que la tendencia general de las modificaciones introducidas en la reciente Reforma Penal es excluir de toda represión a los usuarios de droga en pequeña escala y no buscarle recovecos a la ley para

encontrar la forma de castigarlos.

III.1.4. Las dos posesiones que restan.

Antes de dar por terminado este capítulo, no queremos dejar inadvertido el tercero y último párrafo del artículo 195 del código sustantivo de la materia, en el que se establece una excusa absolutoria más: "No se procederá por la simple posesión de medicamentos, previstos entre los narcóticos señalados en el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder".

Y por cuanto hace a la posesión de narcóticos por parte de un farmacodependiente, para su consumo personal, que prevé el artículo 199 del Código Penal Federal, posponemos su análisis para el capítulo que sigue.

C A P I T U L O I V .

LA POSESION DE NARCOTICOS PARA EL CONSUMO PERSONAL DEL FARMACODEPENDIENTE.

IV.1. EL ARTICULO 199 DEL CODIGO PENAL FEDERAL.

Hemos llegado finalmente al punto al que ha sido nuestro interés arribar: el estudio del artículo 199 del Código Penal Federal, su naturaleza, sus alcances, sus limitaciones.

Como veíamos en el primer capítulo de este trabajo, con la reforma al Código Penal publicada el 8 de mayo de 1968, se estableció el artículo 195 que, entonces, tajantemente decía que no era delito la posesión por parte de un toxicómano de tal cantidad de estupefacientes que racionalmente fuera la necesaria para su propio consumo.

También, en la reforma publicada el 31 de diciembre de 1974, bajo distintos artículo y redacción, se conservó el carácter no delictivo de la adquisición de estupefacientes y psicotrópicos por parte de quien tuviera la necesidad o el

hábito de consumirlos, siempre que la cantidad no excediera de la necesaria para su propio consumo.

Es hasta el año de 1978 en que se introdujo la regulación y por tanto, la tipificación como delito, de la posesión de drogas en manos de un toxicómano, estableciéndose la regla general que atendía al tiempo en que la sustancia poseída pudiera ser consumida.

Y, como antecedente más próximo al nuevo artículo 199, encontramos el propuesto por los autores del anteproyecto de Código Penal elaborado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, en el año de 1984. Entonces se propuso: "Al farmacodependiente que posea para su consumo personal algunas de las sustancias señaladas en el artículo 192, no se le aplicará pena. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que alguna persona relacionada es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda..."

El contenido del nuevo artículo 199 del Código Penal Federal es prácticamente idéntico al del artículo que hemos transcrito; las diferencias -mínimas- son: en la nueva redacción que se le da, se habla de 'estricto consumo personal' y de 'algún narcótico de los señalados en el artículo 193'; también se agrega que no se le aplicará pena

'alguna'. La medida de seguridad a imponer queda exactamente en los mismos términos, salvo un agregado ("... de que alguna persona relacionada 'con él'..."), que sólo mejora la redacción del proyecto.

El régimen aplicable a los farmacodependientes - durante la niñez de más de 15 años-, antes de la reciente Reforma Penal, puede ser resumido en los siguientes tres supuestos: el primero: que el adicto poseyera para su propio e inmediato consumo personal algún estupefaciente o psicotrópico, en cuyo caso sólo era puesto a disposición de la autoridad sanitaria para el tratamiento correspondiente; segundo: que la persona poseyera para consumo personal droga, sin que la cantidad excediera de la necesaria para su consumo en el término de tres días pero sí para la satisfacción de sus necesidades de consumo inmediato, correspondiéndole una sanción bien privativa de libertad de 2 meses a 2 años o una pecuniaria de 60 a 270 días (la alternatividad de las penas fue incluida en la reforma que se publicó el 30 de diciembre de 1991; antes de ésta, las pena de prisión aplicable era la misma, además de multa de 500 a 15000 pesos -de los viejos-); tercero: que la cantidad poseída por el farmacodependiente excediera de los límites fijados en los casos anteriores, correspondiendo, entonces, la imposición de 7 a 25 años de prisión y de 100 a 500 días multa. Este era básicamente el contenido de las disposiciones aplicables al poseedor de drogas que era farmacodependiente.

Sobra decir que en la aplicación de tales disposiciones las injusticias no eran pocas: llegamos a ver muchos casos en que la posesión de cantidades menores de droga (9 pastillas psicotrópicas, 20 gramos de marihuana, 6 gramos de cocaína, etc.), acarrearba para el farmacodependiente penas hasta de siete años de prisión o más. No faltaban los casos en que la libertad de la persona dependía de la fecha de consignación o de cómo se distribuían los asuntos en la oficialía de partes común de los Tribunales Unitarios. Así es, el farmacodependiente corría con suerte si su expediente era consignado ante ciertos Juzgados de Distrito o bien turnado a ciertos Tribunales Unitarios, pues la diferencia de criterios aplicados era francamente inverosímil: podía darse el caso de que el Juez de Distrito dictara una sentencia condenatoria imponiendo, a un adicto, la pena 60 días multa, por la posesión de diez comprimidos de flunitrazepam; en apelación podían suceder dos cosas: que le tocara a cierto Tribunal Unitario y resolviera la confirmación de la sentencia o incluso su revocación por considerar que tal cantidad de psicotrópico no excedía de la necesaria para el consumo inmediato de la persona, o que le tocara a cierto otro Tribunal Unitario y argumentara que esa cantidad era excesiva, que con su conducta el adicto puso en peligro el bien jurídico tutelado y, potencialmente, pudo causar un daño irreversible a la sociedad al haber podido suministrar o vender dicha sustancia para propagar un vicio que degenera al

individuo y a la raza humana, terminando por modificar la sentencia, imponiendo la "módica" pena de siete años de prisión. No era difícil encontrar también que la persona era condenada a sufrir una pena excesiva porque su situación económica no le permitía objetar, mediante dictamen pericial, el diverso rendido en averiguación previa, privilegio de quienes sí tenían recursos para hacerlo. En ocasiones, la falta de profesionalismo del abogado defensor era la causa de injustas condenas.

Esta situación se encuentra ampliamente documentada en los expedientes instruidos en Juzgados de Distrito durante la vigencia del régimen anterior al actual.

A raíz de que fuera aprobada la última reforma a los artículos 16, 19 y 20 -entre otros- de nuestra Constitución, relativos a garantías individuales en materia penal, se contempló la necesidad de adecuar la ley secundaria, es decir, el Código Penal y de Procedimientos Penales, a las nuevas disposiciones constitucionales.

En este marco, e instrumentando la "base operativa" del Programa Nacional para el Control de Drogas 1989-1994, que recomendaba -dentro de las líneas de acción a seguir- que la privación de libertad sólo debería aplicarse cuando se pusiera en peligro la seguridad de la sociedad y que en el futuro se promovería la aplicación de penas no privativas de libertad cuando no se pusiera en riesgo la seguridad de la

sociedad (nótese que se habla de seguridad de la sociedad y no de salud pública) (1), es que se promueve la Reforma Penal.

Así, el 23 de noviembre de 1993 se presentó en la Cámara de Diputados la iniciativa del Ejecutivo Federal para reformar, adicionar y derogar diversas disposiciones en la materia. La Iniciativa fue turnada por el Pleno de la Cámara, para su estudio y dictamen, a las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales a las que posteriormente se sumó la de Derechos Humanos de la propia legislatura.

Entre fuertes debates y severas críticas por parte de Organismos no Gubernamentales de Derechos Humanos así como por el propio titular de la recién creada Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, quienes argumentaban que en la Iniciativa se incluían diversas disposiciones que implicaban la violación o, en el mejor de los casos, la restricción de ciertas garantías individuales y cuestionaban la celeridad con que se pretendía aprobar una reforma de tan graves consecuencias ante la proximidad del proceso electoral de este año, la Reforma fue discutida y aprobada en la cámara baja el 20 de diciembre del año pasado y lo mismo sucedió en la Cámara de Senadores al día siguiente.

(1). Poder Ejecutivo Federal. El Control de Drogas en México. Programa Nacional 1989-1994. Evaluación y Seguimiento; México, 1992. págs. 51 y 52.

En los dictámenes emitidos por las comisiones de ambas cámaras se afirma que la Reforma obedecía a la necesidad de adecuar la ley secundaria a los cambios constitucionales, y que las modificaciones, por cuanto hace a la materia penal, tenían como punto central de interés combatir con mayor eficacia el narcotráfico y la delincuencia organizada, haciendo hincapié en que con el artículo 199 del Código Penal Federal se ampliaba la hipótesis de prevención con relación a la cantidad de droga para el estricto consumo personal del farmacodependiente, quien quedaba excluido de la pena.

Fue así como, finalmente, el actual artículo 199 del Código Penal Federal fue aprobado en los siguientes términos: "Al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará pena alguna. El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que alguna persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda".

A todas luces esta nueva hipótesis normativa resulta superior al régimen que la antecedió en cuanto al tratamiento de la farmacodependencia se refiere. Sin embargo, existen algunos puntos que resulta necesario discutir con respecto al problema que plantea la redacción que se le dio al artículo,

pues no se sabe, a ciencia cierta, si estamos frente a una simple despenalización o a una destipificación o descriminalización. Este es el interés del punto que desarrollamos.

IV.1.1. ¿Es la punibilidad elemento de existencia del delito?

Lo que comúnmente llamamos 'delito' -palabra que a simple vista pareciera de simple definición-, a lo largo de la historia de la dogmática del derecho penal ha sido fuente de interminables discusiones que pretenden aclarar su sentido, habiendo resultado hasta la fecha, inútil tratar de proporcionar una definición de validez universal, dado que lo que cada sociedad entiende por 'delito' varía en función de factores temporales estrictamente relacionados con otros de carácter cultural; esto es, lo que en un país y en un tiempo determinado puede ser 'perjudicial' para la sociedad, en algún otro lugar y tiempo puede no serlo.

No obstante, los estudiosos del derecho han conseguido proporcionar al menos ciertas notas características que, desde un punto de vista puramente formal, hacen afirmar que ciertas conductas son delictuosas.

Los que se han inclinado por estudiar el delito desde un punto de vista analítico o atomizador, lo han definido -en términos generales- como la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, aunque la existencia de

este último elemento no es contemplada en todas las definiciones.

Así tenemos que, por citar solo algunos ejemplos, para Carrara, delito "es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"; o para Maggiore, "todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena". Para Beling, se trata de "una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad" (2).

Por su parte Cuello Calón señala que delito es "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible" y no así Mezger, quien admite la existencia de los mismos elementos salvo la punibilidad (3).

El maestro Luis Jiménez de Asúa considera que el delito es "el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (4). Y

(2). Citados por Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General; Porrúa. México, 1986, pág. 221.

(3). Citados por Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Porrúa. México, 1993. págs. 128 y 129.

(4). Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito; Abeledo Perrot. Argentina, 1990. pág.207.

Carrancá y Trujillo afirma que "La acción antijurídica, típica y culpable para ser incriminable ha de estar conminada con la amenaza de una pena... de donde resulta que la punibilidad no es un elemento esencial de la noción jurídica de delito" (5).

Ahora bien, no se trata de mayoría o minoría de votos. En realidad existen grandes discusiones para determinar a la punibilidad como elemento de existencia del delito o para no determinarla así.

Quienes consideran que la punibilidad no es elemento del delito, sino consecuencia de él, señalan que existen delitos no punibles, cuando por razones de conveniencia se otorga una excusa absolutoria; que la pena es sólo la reacción de la sociedad o el medio por el cual se intenta reprimir el delito; que la penalidad es algo externo. Ignacio Villalobos lo resume así: "Un acto es punible porque es delito; pero no es delito porque es punible" (6).

Esta misma corriente de opinión expresa que la consecuencia fundamental del delito es la coerción penal pero que ésta, en ocasiones, carece de operatividad por razones que pueden encontrarse dentro o fuera del derecho penal.

(5). Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. págs. 424 y 425.

(6). Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano; Porrúa. México, 1990. pág. 212.

La tipicidad no era considerada como un elemento esencial, por lo que el rasgo característico del delito lo daba, sin lugar a dudas, la punibilidad, ya que la simple nota de lo antijurídico y culpable no daba el carácter de criminoso a la conducta. Beling fue quien por vez primera expresó que la antijuridicidad y la culpabilidad eran las condiciones bajo las cuales tenía lugar la conminación penal, por lo que incluir la punibilidad como elemento del delito era una tautología; le siguió Mayer afirmando que los demás caracteres del delito eran siempre presupuestos de la punibilidad (7).

De igual forma, argumentan que la punibilidad puede ser entendida en dos sentidos: como merecimiento o dignidad de pena o como la posibilidad jurídica de aplicarla. Teniendo en cuenta esta doble vertiente, el delito por ser una conducta típica, antijurídica y culpable, es un hecho merecedor de una pena, esto es, es un hecho punible, independientemente de que en ocasiones no lo sea, es decir, de que a veces no haya posibilidad jurídica de aplicar la pena, sin que ello impida que la conducta siga siendo digna de una sanción.

En contra de tales consideraciones, está la opinión de otros, igualmente, distinguidos autores, quienes hablan de

(7). Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General; Tomo V. Ediar, Sociedad Anónima Editora. Argentina, 1983. pág. 13.

la punibilidad como elemento definitorio del delito.

Ranieri enriquece el debate afirmando que el ilícito penal se encuentra inmerso en el campo de los ilícitos en general y que, entonces, la nota que distingue a uno de los otros es precisamente la característica específica de la punibilidad (8). Esta última postura es suscrita por Jiménez de Asúa (9).

Nadie negaría la existencia de un injusto en general no exclusivo del derecho penal; luego, las consecuencias de lo antijurídico pueden presentarse en todas las ramas del derecho, siendo que, en el caso del ilícito penal, la verificación de la hipótesis acarrea la imposición de una pena. Entonces, lo que caracteriza al delito penal es precisamente la punibilidad. La tipicidad puede verificarse en todo precepto legal cuya hipótesis sea una condición de sanción; lo antijurídico puede ser perfectamente observable en el incumplimiento de un contrato así como lo reprochable o culpable de tal comportamiento; también este último proceder se hace acreedor a una pena pero no en sentido estricto, pues la sanción civil (nulidad, rescisión, reparación, etc.), por ejemplo, no es igual ni en su naturaleza ni en sus fines a la sanción de carácter específicamente criminal.

(8). Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte General. El Derecho Penal objetivo. El Delito; Tomo I. Temis. Bogotá, 1975. pág. 146.

(9). Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. pág. 426.

La tipicidad también es nota distintiva del ilícito penal y muchos la consideran en verdad como la única nota exclusiva del delito en el derecho penal liberal. Esta postura se encuentra lógica. Pero surge la duda al respecto cuando se introduce la analogía como fuente para determinar los delitos, caso en el que siempre será distintiva la conminación penal como elemento de existencia del delito. Ampliamente llevado a colación por los autores, es el caso de Mezger quien en un principio proclamó a la tipicidad como elemento de definición del delito y más tarde tuvo que aceptar que lo era la punibilidad, cuando en el año de 1935, en Alemania, fue suprimida la condición de la tipicidad.

A pesar de que la discusión no ha sido superada, nosotros nos unimos a la opinión que hace de la punibilidad elemento de existencia del delito y a lo ya dicho agregamos que carece de sustento lógico considerar que una conducta típica, antijurídica y culpable a la que el legislador no atribuye la aplicación obligatoria de una pena, puede ser relevante para el derecho penal, puesto que, si atendemos a la naturaleza sancionadora y a los fines de éste- combatir por medio de penas aquellas conductas que ponen o peligro o dañan el orden social-, el hecho de que la pena sea prescindible hace que la conducta cuyo carácter delictivo se cuestione quede desde luego fuera del derecho penal.

Sostener lo contrario nos llevaría al absurdo de considerar que las conductas delictuosas existen

extralegalmente, y no sólo porque el legislador las define y les atribuye una pena. Cuando Kelsen habla de lo ilícito como condición del derecho y no como su negación, asienta que la relación entre el acto ilícito y su consecuencia, no consiste en que cierta acción u omisión, al ser ilícitas, tengan conectado un acto coactivo como consecuencia de tal ilicitud sino que, más bien, la acción u omisión tienen el carácter delictivo en tanto que se les ha ligado una sanción como su consecuencia (10).

Entonces, a la pregunta que en este punto se plantea, contestamos que la punibilidad es una condición sine qua non del delito penal.

IV.1.2. El artículo 199 del Código Penal Federal como excusa absoluta o como conducta fuera del ámbito del derecho penal.

Hecha la afirmación de que la punibilidad es un requisito de existencia del delito, lo que corresponde decir es que, al estar prevista una excusa absoluta, el delito se excluye.

La expresión de 'excusa absoluta' para nosotros o 'causa que excluye la pena' para los alemanes, o 'causa de impunidad' para los franceses, hace referencia a caracteres o circunstancias de diversos hechos, por los que a pesar de

(10). Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho; UNAM. México, 1986. pág. 126.

estar integrados los demás elementos del delito, la sanción no se impone por razones de justicia o de conveniencia política; es el aspecto negativo de la punibilidad.

Para los dogmáticos que consideran la punibilidad como simple consecuencia del delito, no hay duda al afirmar que en las excusas absolutorias se presentan causas que dejan subsistir el carácter delictivo de la acción, causas personales que excluyen únicamente la pena en atención a las circunstancias específicas que concurren en la persona; que la remisión de la pena se hace por cuestiones de orden práctico (11), puesto que para quien no revela una tendencia al mal resulta mejor el estímulo del perdón que la imposición de una sanción que le atribuya la idea de ser un delincuente sometido a un tratamiento que lo aísla de la sociedad (12). Para ellos, las excusas absolutorias simplemente eliminan la operatividad de la coerción penal.

Nosotros, insistimos, no estamos de acuerdo en que las excusas absolutorias dejen subsistir el carácter delictivo de la conducta y nos adherimos a la definición del maestro Luis Jiménez de Asúa, quien las explica como "las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública; es decir, que son motivos de impunidad utilitates causa" (13).

(11). Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. pág. 651.

(12). Villalobos, Ignacio. Op. Cit. pág. 429.

(13). Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. pág. 433.

A pesar de tales discusiones y aunque lo que hemos expuesto no resulte para algunos convincente, juntos hemos de aceptar que en nuestro ordenamiento jurídico la punibilidad es elemento del delito y por tanto, su ausencia, lo excluye. Lo anterior en virtud de que el artículo 7 del Código Penal señala claramente: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", y cuan deficiente y criticable sea esta definición, habrá de tomarse como punto de referencia en el caso que nos ocupa, quedando de manifiesto que si el artículo 199 del código sustantivo federal no obliga a la autoridad a imponer una pena al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico, esta simple definición de una conducta no puede ser reputada como delito.

Sin embargo, consideramos lamentable que el legislador haya utilizado la desafortunada frase de 'no se aplicará pena alguna' pues con ello deja subsistente la polémica de si es o no delictiva la conducta, con lo que algunos podrán pensar que al excluirse únicamente la pena, subsistirá la responsabilidad penal del farmacodependiente - con la consecuente situación de quedar "fichado"-, y para otros la existencia de una verdadera causa de exclusión del delito los hará descartar la sola posibilidad de echar a andar la maquinaria de procuración y administración de justicia en contra de quien se encuentre en la hipótesis que prevé el artículo que se comenta.

Desde nuestro punto de vista hubiera sido mejor regresar a la fórmula que ya una vez estuvo en el Código Penal (reforma publicada el 8 de mayo de 1968, artículo 195), diciendo, de una vez por todas, que no es delito la posesión de narcóticos por parte de un farmacodependiente en cantidad tal que sea para su estricto consumo personal.

De esta forma, se habría evitado la posibilidad de una doble y opuesta interpretación y sobre todo, se habría salvado al farmacodependiente de seguir siendo objeto de inquisición por parte de los encargados de la persecución del delito. Esto es, la conducta prevista por el artículo 199 habría quedado como algo totalmente extraño al derecho penal (lo cual no hubiera implicado su desregulación en la ley sanitaria) y más allá de haberse despenalizado se hubiera destipificado o descriminalizado, tornando lícita la conducta y renunciando a su sanción penal y extrapenal.

Sentado, pues, que estamos en presencia de una excusa absolutoria, toca ahora indagar un poco las razones que la hacen tener tal naturaleza.

Se estima desatinada la expresión de 'excusa absolutoria' en atención a que no se trata de causas que importen una absolución -concepto técnico de connotación procesal- sino que son circunstancias que de entrada descartan la posibilidad de la sanción penal al excluir la ocasión de, siquiera, ejercitar acción penal. Sin embargo, en

nuestro país el término ha sido acogido por la dogmática, por lo que seguiremos expresándonos de la misma manera.

Habíamos ya apuntado que el fundamento de la inhibición de la pena es siempre una razón de política criminal o de utilidad y como estas razones varían en función de cada pueblo, ha resultado poco fructífera su sistematización doctrinaria.

Así, algunos coinciden al señalar que la principal razón de existencia de la excusa absolutoria, es la escasa o nula temibilidad del sujeto activo; otros proponen los siguientes criterios: a) delincuencia mínima y primaria con falta de verdadera peligrosidad y probabilidad de enmienda, b) no exigibilidad de otra conducta por causas ajenas a la inculpabilidad u otras previstas como excluyentes y c) otros motivos de justicia, equidad o de conveniencia político-social. Igualmente, unos hablan de causas que en sentido estricto excluyen la penalidad -que siempre son personales, anteriores o concomitantes al hecho-, como el parentesco, y otras que la cancelan -se presentan con posterioridad al hecho-, como el indulto, la prescripción o el perdón.

Entre todas estas clasificaciones nos resulta difícil hallar la razón por la cual se considere la farmacodependencia como una excusa absolutoria. La única posibilidad se encuentra en que la despenalización de la

conducta haya atendido a criterios de justicia y utilidad en el ámbito de la Política Criminal.

La Política Criminal es una disciplina integrante de la ciencia del Derecho Penal (sin que entremos en la discusión del carácter científico o no de la dogmática penal), a la cual corresponde el estudio del alcance, influencia y efectos de las medidas de las que se vale el Estado para prevenir y reprimir el delito, ocupándose también de la construcción de los nuevos modelos que, teniendo como base un fundamento experimental, hayan de implementarse.

Tenemos entonces que tomando en consideración los aspectos que hemos mencionado, es lógico pensar que la reforma en el punto que nos ocupa obedece a la inoperante regulación anterior para los fines que con la pena se persiguen -los cuales en términos generales son la intimidación, la ejemplaridad y la corrección, lo cual a su vez implica que las penas deben ser aflictivas y públicas y deben contar con los medios aptos para lograr la 'curación', educación y 'readaptación' del delincuente-, pues lejos de ello, la imposición de penas a los toxicómanos se traducía en una agravación de su situación personal y familiar y en una contraproducente internación. Esto es, en el caso del toxicómano privado de su libertad o condenado al pago de una multa, la pena no cumplía con la característica de ser intimidatoria para los fines de prevención general y especial, puesto que para la persona adicta la amenaza de una

pena no podía ser suficiente para deshacerse de su enfermedad y por lo mismo la ejemplaridad se perdía; mucho menos resultaba correctiva puesto que la persona quedaba expuesta a un medio sumamente propicio para el desarrollo de su enfermedad, pues bien conocido es que en los reclusorios y penitenciarias uno de los principales 'negocios' es la venta de narcóticos. Ahora, si se pretendía eliminar -al menos en forma temporal- de la sociedad al individuo que representaba un peligro, peor aún, pues no encontramos que haya objetividad alguna en considerar que una persona es peligrosa por el solo hecho de consumir estupefacientes o psicotrópicos y, finalmente, si se pensaba que la sociedad, titular del bien jurídico protegido, v. gr. su salud, debía quedar satisfecha con la imposición de la pena al toxicómano por considerarse víctima del delito, pues, francamente, resultaba carente de sentido común llegar a razonar en ese extremo.

Entonces es posible deducir que por cuestiones evidentes de inutilidad de las penas impuestas al toxicómano poseedor de droga en pequeña escala, la reforma que las elimina pudo abrirse paso. Lo que también queda claro es que las razones de su despenalización no pueden buscarse en el hecho de que por fin se haya aceptado que la farmacodependencia es una enfermedad y que como tal debe ser tratada, pues de haber sido así se hubiera optado por excluirla definitivamente del ámbito del derecho penal.

No debe descartarse tampoco la posibilidad de que la farmacodependencia sea una excusa absolutoria en función de una no exigibilidad de otra conducta ajena a una causa de inculpabilidad, como lo señala el profesor Villalobos en su Derecho Penal Mexicano, pues lógico resulta pensar que una persona que tiene una necesidad ya sea física o psíquica de consumir una sustancia, no puede ser conminada penalmente a no adquirirla ni mucho menos puede serle reprochable que se conduzca en ese sentido.

IV.2. LA PALABRA "FARMACODEPENDIENTE".

Ya hemos apuntado que uno de los cambios más notables que se introdujeron con la entrada en vigor el pasado 1º de febrero de la reforma al Código Penal Federal, fue el de la terminología. Si durante años se llamó "adicto" a la persona que consumía drogas por padecer una dependencia física o psíquica, ahora la palabra utilizada para nombrarlo es la de "farmacodependiente".

Hay que señalar que, en principio, el uso del término "farmacodependiente" es mucho más adecuado; esto es así en virtud de que tal palabra denota seguramente un trato más técnico del problema, lo cual hace ya tiempo -desde el año de 1969- fue sugerido por la Organización Mundial de la Salud, órgano que propuso la definición de "farmacodependencia", considerándola como "el estado psíquico

y a veces físico causado por la interacción entre un organismo vivo y un fármaco, caracterizado por modificaciones del comportamiento y por otras reacciones que comprenden siempre un impulso irreprimible por tomar el fármaco en forma continua o periódica a fin de experimentar sus efectos psíquicos, y a veces, para evitar el malestar producido por la privación".

A pesar de la existencia de esta definición precisa, el problema que el empleo de la voz trae consigo es que no existe la certeza de que esta acepción sea la que prevalecerá al aplicar la ley al caso concreto.

En el Capítulo II de este trabajo nos pronunciamos por aceptar el concepto que la OMS adopta y por olvidarnos de su definición literal, pues ello implicaría truncar el alcance del nuevo artículo 199. Con esto queremos decir que, a nuestro modo de ver, la excusa absolutoria prevista en este caso deberá beneficiar tanto a usuarios que padezcan una dependencia física como a aquéllos cuya necesidad de consumir narcóticos -cualquiera de los que señala el artículo 193-, sea sólo psíquica (para los usuarios ocasionales es aplicable la excusa absolutoria prevista en el segundo párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal), y en ningún caso deberá pensarse que esta disposición beneficia sólo a los adictos a los fármacos en sentido estricto.

Aclarado lo anterior, queremos exponer una inquietud

más. Es evidente que la utilización de terminología ajena al Derecho Penal y propia de las ciencias de la salud, hace indispensable la intervención de especialistas en la materia y -a reserva de verlo más adelante- ello conlleva el riesgo -ya mencionado en otro lugar- de que los peritos sean los que decidan la suerte del farmacodependiente. Además, sabemos que cuando la farmacodependencia se presenta en forma más o menos grave en el usuario, detectar signos que así lo indiquen es sencillo, pero en tanto que la farmacodependencia se encuentre en sus etapas iniciales o sea sólo de carácter psicológico, existen pocas posibilidades de diagnosticarla certeramente, con lo que subsiste el riesgo de que la persona enferma no sea considerada como tal.

Es, nuevamente, el criterio de Ministerios Públicos y jueces el que deberá irse afinando y abriendo para que los beneficios de esta excusa absolutoria se extiendan a mayor número de usuarios.

IV.3. EL SENTIDO DE "ESTRICTO CONSUMO PERSONAL".

Al incluirse en el texto del artículo 199 del Código Penal Federal la exigencia de que la cantidad de narcóticos poseída por el farmacodependiente sea para su estricto consumo personal, el legislador elimina los criterios temporales que el régimen anterior imponía.

Antes, la droga que se tuviera no debía exceder de

"la necesaria para su propio e inmediato consumo" para que pudiera ser aplicada la excusa absolutoria prevista en la fracción I del artículo 194; si la cantidad excedía de esos términos pero no para cubrir "las necesidades del adicto o habitual durante el término máximo de tres días", se aplicaba la hipótesis contenida en la segunda fracción de dicho artículo.

Fue en la aplicación de este régimen como se llegó a establecer que en el primer caso la droga poseída no debía exceder para el consumo de la persona en el término de veinticuatro horas, quedando así diferenciadas las dos situaciones, finalmente, atendiendo a un criterio temporal que en el régimen vigente ha sido felizmente suprimido.

Ahora el problema radica en cuáles son los parámetros que se emplearán para decidir si la cantidad de cierto narcótico que es poseída por el farmacodependiente es o no para su "estricto consumo personal".

En algunos casos la situación será fácilmente resuelta: si la cantidad es tan pequeña (5 pastillas de diazepam, 8 carrujos de marihuana, 4 gramos de cocaína) que no se pueda pensar que no sea para el "estricto consumo personal" del farmacodependiente. En otros casos, la situación será complicada y es posible -esperamos que no- que se sigan cometiendo injusticias y que prevalezca una total anarquía en la interpretación de este concepto.

IV.3.1. Diferencias con "uso personal e inmediato" y "consumo personal".

El mismo legislador es quien hace difícil unificar criterios o al menos encontrarlos, para saber qué se entiende por "estricto consumo personal", al incluir, en el mismo capítulo de Delitos Contra la Salud, expresiones tales como "uso personal e inmediato" o simplemente "consumo personal".

En efecto, en el segundo párrafo del artículo 197 se señala que "Al que indebidamente suministre gratis o prescriba a un tercero, mayor de edad, algún narcótico mencionado en el artículo 193, para su uso personal e inmediato, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de cuarenta a ciento veinte días multa" (14); y por su parte, en el segundo párrafo del artículo 195, se establece: "No se procederá en contra de quien no siendo farmacodependiente se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse que está destinada a su consumo personal".

El uso de estas tres expresiones genera la incertidumbre de estar o no frente a lo mismo o, dicho en otra forma, no sabemos si "estricto consumo personal", "uso personal e inmediato" y "consumo personal" estén empleadas en

(14). Al margen de lo que en este capítulo interesa comentar, cuestionamos el hecho de que el legislador haya eliminado la pena alternativa aplicable a este delito.

el mismo sentido y por lo tanto tengan el mismo alcance. Veamos.

De las tres, la expresión más general es "consumo personal" o bien "uso personal", con lo que se hace referencia a que la droga poseída esté destinada a ser consumida por la persona que la tiene, sin que exista diferencia alguna entre ambas expresiones. Ahora bien, a esta simple fórmula, se agregan los adjetivos "estricto" e "inmediato". ¿Cuál es, entonces, la diferencia? Con los medios que el sentido común nos proporciona, diremos que por "estricto" habrá de entenderse que, rigurosamente, la droga que se posea ha de estar destinada única y exclusivamente al consumo personal del farmacodependiente, con lo que sólo se hace énfasis en que sea para su propio consumo. Sin embargo, el caso de "inmediato" es distinto, pues esta voz restringe la expresión y por tanto, el alcance de la excusa absolutoria, ya que no sólo se requiere que la droga sea para el uso de la persona a quien le es suministrada sino que, en este caso sí, se incluye un criterio vago de temporalidad, pues claro es que "inmediato" es un adjetivo que se refiere al hecho de que tal consumo pueda darse en forma contigua o muy cercana a la posesión del narcótico.

Entonces, hemos de advertir que con la expresión "estricto consumo personal" a diferencia que con la de "uso personal e inmediato", el legislador sólo quiso hacer hincapié en la condición relativa a que el narcótico poseído

necesariamente esté destinado al consumo del farmacodependiente, sin que esto implique una restricción al arbitrio judicial para determinarlo.

De cualquier forma, pensamos que se habrían evitado confusiones si hubiera existido unidad en el uso de tales expresiones, habiendo resultado aceptable, en su caso, por incluir a las otras dos expresiones, la utilización de "consumo personal" simplemente.

IV.3.2. La intervención de peritos.

Motivo de discusión será también la intervención de peritos para determinar tres aspectos: el primero, si la persona que es encontrada en posesión de un narcótico es o no farmacodependiente; el segundo, si la sustancia que es poseída es un narcótico y, en su caso, a qué clase pertenece; y tercero, si la cantidad de droga que se tenga está destinada para el estricto consumo personal del farmacodependiente.

A diferencia del régimen anterior, que imponía a Ministerios Públicos y jueces la obligación de actuar con el auxilio de peritos, ahora su intervención ya no puede reputarse como indispensable u obligada desde un punto de vista estrictamente formal. Sin embargo, habremos de aceptar la necesidad de la opinión de expertos para orientar el criterio de los encargados de procurar y administrar

justicia, puesto que la apreciación de los tres aspectos que hemos mencionado requiere de conocimientos especiales.

Manuel Rivera Silva nos enseña que el peritaje "Nace para facilitar el conocimiento de objetos que, para su entrega al intelecto, presentan dificultades" y, explica, que el perito lo único que hace es proporcionar al juez los medios con los cuales le sea posible obtener e interpretar el dato buscado, pues de otra forma el perito ejercería la función jurisdiccional (15).

Se discute si el peritaje es o no un medio de prueba, pero independientemente de las razones que en uno u otro sentido se aleguen, nuestro código procesal federal es claro que no lo considera como tal puesto que al hablar del valor probatorio que se le asigna, señala, en el artículo 288, que "Los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso".

De ello resulta, como es por todos conocido, que aun cuando en la práctica se haya de recurrir a la opinión pericial, ésta sólo ha de ser orientadora del criterio del Juez.

Los dictámenes periciales que habrán de rendirse serán en materia de medicina para determinar si la persona es

(15). Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Porrúa, México, 1993. págs. 238 y 239.

o no farmacodependiente y en materia de química para que los expertos expliquen el tipo de narcótico de que se trata, la concentración de sustancia activa que contenga, etc.

Dijimos que se necesitará la intervención de peritos también para indicar si la cantidad de narcótico que es poseída por el farmacodependiente es o no la que corresponde a su estricto consumo personal, pero, sobre todo en este punto, es que creemos que la determinación del perito puede ser tan relativa como la de la propia autoridad que esté conociendo del asunto, puesto que si por un lado determinar que una persona es farmacodependiente puede obedecer a cuestiones enteramente científicas al igual que la descripción del narcótico, por el otro, decir que cierta cantidad de droga es o no para el consumo personal de quien la posee, deberá obedecer a cuestiones subjetivas, tales como las características de la persona, su modo de vida, las circunstancias en que haya sido detenida, etc.

No podemos sino esperar que en adelante, y en atención a la importancia de los intereses que se ponen en juego, los peritos oficiales -los que rinden sus peritajes durante la etapa de averiguación previa- sean algo más serios de lo que hasta ahora han sido; esperamos que sus dictámenes se basen en argumentaciones consistentes que en verdad sirvan para esclarecer ciertos hechos al juzgador y no que sus afirmaciones se hagan en forma dogmática sin previa explicación del problema y sin la presentación lógica de las

circunstancias que hayan tomado en cuenta para arribar a sus conclusiones. Esto, que debería ser la regla general de actuación de los expertos, desgraciadamente es la excepción.

IV.3.3. Los límites que fija la tabla del Apéndice 1 del Código Penal Federal.

Hasta aquí hemos intentado proporcionar algunos aspectos que deberán ser tomados en consideración a la hora de aplicar la hipótesis del artículo 199 del Código Penal Federal al caso en particular. Y, continuando con esta búsqueda, encontramos otro punto más de referencia: las cantidades que establece el apéndice 1 de nuestro código sustantivo.

Al analizar la simple posesión de narcóticos que prevé el artículo 195 bis, hablamos de que para cada sustancia se preveía la posibilidad de que la hipótesis se verificara siempre que la cantidad poseída de narcótico no excediera de los máximos fijados en la "tablita".

En este caso es al revés. El comentado apéndice señala para cada sustancia el máximo que de ésta puede tenerse para que se aplique una pena mínima. Por ejemplo, la cantidad límite que puede poseerse de marihuana para estar en el supuesto de pena mínima, es de 250 gramos; de clohidrato de cocaína es de 25 gramos y de diazepam es de 150 miligramos. Entonces, aunque esta no puede ser una regla de carácter obligatorio para los jueces, puede constituir un

punto de referencia atendible, en el sentido de que siempre que se confirme que la persona es farmacodependiente, podrá considerarse que la cantidad del narcótico que posee es para su estricto consumo personal, si dicha cantidad se encuentra entre la mínima y la máxima correspondiente a la hipótesis de pena mínima de la tabla anexa al Código Penal Federal.

Este criterio puede ser ventajoso si tomamos conciencia de que en la práctica los jueces (o los Ministerios Públicos y los magistrados) tienden a ser muy drásticos con las personas afectas al consumo de drogas, pero también sabemos que tomar siempre tal punto de interpretación sería muy rígido, pues los márgenes de interpretación deben ser mucho más flexibles para estar en posibilidad de aplicar la excusa absolutoria cuando por justicia y equidad así corresponda.

De cualquier forma -no quitamos el dedo del renglón- hacemos énfasis en que la redacción del artículo 199 otorga grandes posibilidades o grandes limitaciones para el farmacodependiente, las cuales dependerán del criterio -amplio o cerrado- de cada juzgador. Cada situación deberá ser analizada aisladamente para evitar generalizaciones que casi siempre resultan inconsecuentes.

El farmacodependiente sigue estando a merced de las decisiones judiciales (o ministeriales), y éstas, si pretenden aplicar justamente la ley, deberán ser flexibles en

la consideración de la cantidad de narcótico que sea poseída, relacionando siempre esta circunstancia con otras que puedan llevar a aplicar la excusa absolutoria, pues como ya lo hacíamos notar, el espíritu del legislador es dejar fuera de la represión a los farmacodependientes.

Por lo expuesto, decimos que por "estricto consumo personal" no deberá entenderse el tiempo en que la cantidad de droga puede ser consumida, pues se puede tener cierta cantidad que exceda incluso los límites que corresponden a las diversas hipótesis de pena mínima del apéndice 1 y, atendiendo a las circunstancias personales, se puede llegar a sostener, fundadamente, que la persona sólo la posee para su consumo, aunque sea para su consumo durante un mes. Al respecto, cabe recordar, en lo que resulta conducente, lo que hace tiempo dijera el maestro Mariano Jiménez Huerta: "Censuramos en el precepto contenido en la fracción anterior la frase "para su inmediato consumo" dada su fática poquedad, pues lo que exclusivamente debe trascender a la consideración jurídica es que las sustancias vegetales sean, ... "para su propio consumo", esto es, el del adicto o habitual, lo cual es fácilmente comprobable, si se tiene presente el mundo circundante de la persona habitual o adicta. Exigir, además, el "inmediato consumo" es un despropósito... (que) se magnifica si se tiene presente las dificultades grandes que los adictos o habituales no traficantes... tienen para adquirir la droga en el momento

preciso, debido al rigor de la ley" (16). Así es, debido a la clandestinidad en la que el farmacodependiente adquiere su droga, éste se ve obligado a comprar cantidades que - generalmente- rebasan lo que podría consumir en pocos días, pues ante el peligro al que se expone en cada compra, le resulta menos riesgoso proveerse de su narcótico para todo un mes que estar buscando todos los días la dosis que necesita.

IV.4. LA MEDIDA DE SEGURIDAD.

La segunda parte del artículo 199 del Código Penal Federal, señala: "... El Ministerio Público o la autoridad judicial del conocimiento, tan pronto como se enteren en algún procedimiento de que una persona relacionada con él es farmacodependiente, deberán informar de inmediato a las autoridades sanitarias, para los efectos del tratamiento que corresponda.", y agrega en el segundo párrafo que "... Todo procesado o sentenciado que sea farmacodependiente, quedará sujeto a tratamiento."

El artículo 24 del Código Penal Federal enlista las penas y medidas de seguridad, sin hacer distinción entre unas y otras, estableciendo en el número 3 el internamiento o tratamiento en libertad de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes y psicotrópicos.

(16). Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial; Tomo V. Porrúa, México, 1989. págs. 158 y 159.

El Código Federal de Procedimientos Penales contiene un capítulo denominado "De los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos". En este capítulo, aun antes de la reforma, las disposiciones a seguir en caso de que el inculpado tenga el hábito o la necesidad de consumir dichas sustancias son muy claras: a) cuando el Ministerio Público Federal se entere de que la persona es, de acuerdo a la nueva terminología, farmacodependiente, inmediatamente debe hacerlo saber a la autoridad sanitaria para determinar la intervención que a ésta le corresponda; b) si la averiguación previa se ha iniciado por posesión o adquisición de drogas, la autoridad ministerial asistida de la sanitaria, debe determinar si tales conductas tienen como fin exclusivo el uso personal de quien los tenga; si es así, y además la persona es farmacodependiente, no se deberá ejercitar acción penal; c) si una vez hecha la consignación y durante el término constitucional que el Juez tiene para resolver la situación jurídica del inculpado, el dictamen correspondiente es modificado en el sentido de que la persona sí es farmacodependiente y la cantidad de droga asegurada es para su propio consumo, el Ministerio Público deberá desistirse de la acción penal sin necesidad de consultar al Procurador y solicitará a la autoridad judicial que la persona sea puesta a disposición de la autoridad sanitaria por el tiempo necesario para su curación, y d) la intervención de las autoridades de salud se dará independientemente de que el

proceso se continúe por la comisión de diversos delitos contra la salud.

La distinción entre penas y medidas de seguridad no es algo que hasta la fecha se encuentre aclarado; por el contrario, subsiste la controversia entre lo que son unas y otras y, como ha sido repetido hasta el cansancio, nuestro Código Penal no aporta nada al debate, puesto que agrupa unas y otras en una misma lista que no las diferencia.

Sin embargo, es opinión generalizada que la medida de seguridad se distingue de la pena en sentido estricto, porque la primera carece del carácter represivo, expiatorio y de retribución que caracterizan a la segunda, además de que a la medida de seguridad se le considera de índole fundamentalmente preventiva. Así, Villalobos define a las medidas de seguridad como "...aquellas que, sin valerse de la intimidación y por tanto sin tener carácter definitivo, buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados de parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellos; así, en tanto que la multa y la prisión son verdaderas penas, todas las demás que menciona el artículo 24 de nuestro Código, pueden tomarse como simples medidas de seguridad..." (17). Lo que el maestro Carrancá y Trujillo advierte al respecto, parafraseando a Mezger, es también ilustrador: "... la medida de seguridad también supone acción delictiva,

(17). Villalobos, Ignacio. Op. Cit. pág. 530.

pero mira solamente a la prevención de los delitos futuros y puede no corresponder precisamente a esa acción delictiva pues solo mira a asegurar la conducta futura" (18).

Siguiendo la opinión generalizada estaremos de acuerdo al afirmar que lo que la segunda parte del artículo 199 del Código Penal Federal establece, es una medida de seguridad aplicable a quien sea farmacodependiente. Pero ¿acaso el tratamiento aplicable a quien padezca dependencia física o psíquica a un narcótico es una medida de seguridad en el sentido en que éstas son consideradas por la doctrina dominante? Creemos que no.

En principio hemos dejado claro que la simple tenencia de narcóticos para el consumo del farmacodependiente no es una conducta delictiva, luego, no encontramos la razón por la cual se tenga que aplicar una medida de seguridad dentro del campo del derecho penal para prevenir la comisión de futuros delitos. No negamos que la aplicación de tratamiento curativo al farmacodependiente sea una medida de prevención general, pero lo es sólo de manera indirecta pues lo que es fundamental objetivo de tal disposición es la curación de la persona, es decir, reestablecer la salud del farmacodependiente. Ahora, que además de esto con la medida se logre prevenir sólo indirectamente la comisión de futuros delitos, es algo que

(18). Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. pág. 714.

depende de la concepción que se tenga de que la tenencia de narcóticos para el consumo del farmacodependiente incide o no de manera significativa en los factores delictivos. Nosotros creemos que, finalmente, la medida de seguridad que dispone el artículo 199 del Código Penal Federal corresponde a una medida de prevención general ajena al derecho penal, que más bien queda inmersa en un fin amplio de desarrollo social como lo son muchas otras medidas que existen para ser aplicadas en la esfera administrativa, cuyo marco legal es la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 49 constitucional.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, vamos a apuntar que la nueva disposición de que hablamos, supera con mucho a la que se contenía antes de la Reforma en la fracción IV del artículo 194 del Código Penal Federal pues, ahora, desde el momento en que la autoridad se entere de que la persona relacionada con un procedimiento es farmacodependiente, deberá dar aviso a las autoridades sanitarias para la aplicación del tratamiento que corresponda y también, aunque resulte redundante, señala que todos los procesados o sentenciados quedarán sujetos al tratamiento. Sin embargo, es cuestionable -desde un punto de vista formal- que esta medida no sea aplicable de manera obligatoria, pues si bien impone al Ministerio Público o al Juez del conocimiento el deber de poner a disposición de la autoridad sanitaria a todo farmacodependiente, tal obligación

no se hace extensiva a las propias autoridades de salud, con lo que la aplicación efectiva de un tratamiento que culmine con la curación del farmacodependiente sigue siendo únicamente un buen deseo del legislador.

C A P I T U L O V .

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROBLEMA DE LAS DROGAS Y SU LEGALIZACION.

Para terminar este trabajo, independientemente de la cuestión jurídica ya tratada, hemos de hablar un poco sobre lo que actualmente se discute en torno al "problema de las drogas": su legalización.

Cuando al abordar el estudio de la excusa absolutoria, contenida en el artículo 199 del Código Penal Federal, dijimos que probablemente la Reforma -en este aspecto- obedeció a la inoperante regulación antes vigente en relación a los fines que con la pena se persiguen, no hicimos más que adelantar uno de los muchos argumentos que hoy en favor de la legalización de las drogas, argumento que se inscribe, como ya dijimos, en el ámbito de la política criminal; otras razones de orden económico, sociológico, estrictamente político y filosófico son el actual sustento de tales corrientes.

No pretendemos dar una explicación exhaustiva de la

situación. Sin embargo, una breve revisión de estas ideas despierta el interés por abordarlas ahora para profundizar posteriormente en su análisis.

La cuestión de las drogas es un problema sumamente complejo en virtud de los múltiples factores que intervienen en su producción, tráfico y consumo. Se han diseñado diversas estrategias de lucha al interior de los países y a nivel de cooperación internacional, se han invertido grandes recursos -económicos y humanos-, se han violado soberanías, se han cometido verdaderos crímenes y, sin embargo, los resultados han sido inútiles en la erradicación del "mal del siglo". Lejos de ello, al control de ciertas rutas de tráfico ha seguido la apertura de nuevos caminos; a la erradicación de zonas de cultivo ha seguido la sustitución de la droga; encarcelados los grandes "capos", sus mandos inferiores han continuado el negocio; a la limpia de zonas de tráfico y de consumo en las calles, ha sucedido la apertura de nuevos espacios, etc. Bien se dice: "se aprieta aquí y surge allá".

Sólo en nuestro país, se estima que el valor de la droga confiscada -anualmente- durante los últimos tres años, equivale al 25 por ciento del Producto Interno Bruto, cantidad equiparable al total de la producción industrial en un año y que supera las ganancias obtenidas en el mismo período por la Bolsa Mexicana de Valores. Extraoficialmente se advierte que el negocio de la droga es fuente de empleo para un millón de mexicanos; según los datos del Sistema

Penitenciario Nacional al menos el 50 por ciento de los internos en cárceles mexicanas está relacionado con delitos contra la salud (1).

En el mismo Programa Nacional Contra las Drogas 1989-1994 se plantea la cuestión de las drogas como una situación que pone en peligro la seguridad social y nacional, relegando a un segundo plano el problema de salud pública que representa.

Todo esto ha llevado a que diversos sectores de intelectuales y políticos, vean en la legalización de la droga el remedio menos costoso -no sólo en términos económicos- del problema, econtrando que la problemática social y económica producida, más que ligada al consumo de drogas lo está a la política que las prohíbe.

El objetivo principal de la política prohibicionista se centra en crear una sociedad sin drogas, pero sólo sin drogas ilícitas -no se cuestiona el uso del alcohol, del tabaco o del café-, objetivo que resulta contrario a la propia historia que nos enseña que en todas las sociedades la droga ha sido usada no sólo con fines medicinales sino también rituales, religiosos y recreativos.

Más bien, se considera que los objetivos de las políticas estatales debían enfocarse a la reducción del abuso

(1). Hernández R., Edgar. "Drogas: el dilema de la legalización"; Gente. México, junio de 1992. págs. 16 y 17.

de las drogas y no a su erradicación como tampoco a la prohibición de su uso corriente. Sin embargo, entre una y otra postura existen diferencias fundamentales que las hacen irreconciliables, diferencias que descansan en sustentos teóricos y morales contrapuestos.

Para los prohibicionistas el consumo de drogas ilícitas debe reprimirse porque es algo "malo" e "inmoral"; porque las drogas envenenan al individuo y degeneran la raza; porque las drogas matan; porque su despenalización aumentaría el número de drogadictos; porque la legalización implicaría que su comercio continuara por medio de grandes emporios farmacéuticos; porque hay que disuadir a las personas para que -por su propio bien- se abstengan de consumir drogas; porque hay que proteger al resto de la población no usuaria del riesgo de contraer una enfermedad que presenta características endémicas; porque es necesario que el Estado vele porque los gobernados observen formas de vida más puras y moralmente valiosas; porque legalizar las drogas sería legalizar el crimen; porque la drogadicción está en estrecha conexión con el delito; porque se tiene que luchar en contra del costo social que el consumo de drogas representa en términos de horas de trabajo perdidas, gastos del erario en la rehabilitación de farmacodependientes... etc.

Por su parte, los que promueven la legalización de las drogas, no afirman que ésta sea la panacea, pero sostienen que los riesgos que tal legalización acarrearía no

son tan grandes como se hace creer.

El problema fundamental radica en que no se ha podido -o no se ha querido- hacer una diferenciación entre los problemas que directamente ocasiona el mal uso de las drogas y los que están ligados sólo a su proscripción. Es decir, no se niega que el abuso de drogas tenga en sí mismo efectos nocivos pero se intenta aclarar que la delincuencia organizada, la violencia, la corrupción, las grandes ganancias financieras, las drogas adulteradas y fenómenos del estilo, están, más bien, relacionadas con la existencia de leyes prohibitivas. En otras palabras, se plantea la pregunta ¿qué es consecuencia de qué?, ¿qué fue primero, el huevo o la gallina? Evidentemente, antes que narcotráfico existió el uso de diversas drogas. Durante siglos tal uso se prolongó sin que los problemas con que se le relaciona aparecieran. Fue precisamente la prohibición de ese uso la que dio origen a todo lo que ahora se combate.

Lo anterior no requiere de gran explicación; sólo pensemos en un mundo en el que cada quien hace, dice o consume lo que quiere, aun afectándose a sí mismo, sin perjudicar a terceros. No hay problema alguno. Ahora veamos nuestro mundo en el que no se puede hacer, decir o consumir lo que se quiere, porque viene el Estado a "protegernos" de nuestras propias decisiones, estableciendo leyes prohibitivas por donde quiera y reprimiéndonos en caso de no acatarlas. En este último caso se inscriben las penas por el auxilio al

suicida, la prohibición de la eutanasia, la satanización del consumo de drogas.

¿Por qué hablamos del consumo de drogas y no del narcotráfico? Porque pensamos: permítase el libre consumo de drogas, permítase su venta y distribución -controladas sanitariamente- y habrase acabado con el problema del narcotráfico.

Ahora, estas cuestiones están profundamente relacionadas con la "moral" que se pretenda profesar o difundir. Fernando Savater habla de la existencia de un "Estado Clínico" que se arroga la obligación no de garantizar la salud pública sino de imponerla, esto es, de un Estado que determina lo que es "mejor" para la salud de los individuos, con el fin de impedir que los ciudadanos disminuyan su capacidad productiva..., y agrega que, si en verdad lo que comúnmente llamamos derecho a la salud fuera otra cosa y no lo que en dicho Estado se pretende imponer, la garantía implicaría el compromiso del Estado de asistir a las personas que soliciten su ayuda para disminuir sus padecimientos físicos o psíquicos y de colaborar, mediante la información y la educación, a prevenir consecuencias negativas para los gobernados por la toma de decisiones propias (2). Se habla de que los adultos tienen derecho a ejercer su libertad en todos los aspectos (siempre se hace hincapié en que esta

(2). Savater, Fernando. Humanismo Impenitente. Anagrama. Barcelona, 1990. págs. 130 y 131.

libertad no debe traer como consecuencia el daño a terceros) y a estar en condiciones de tomar sus propias decisiones, aun cuando éstas resulten estúpidas para el resto de la sociedad. "La soberanía privada de los individuos debe ser respetada, no por razones utilitarias nada más, sino ... (como un) valor que es, en sí mismo... un bien moral" (3).

La drogadicción es juzgada independientemente de sus efectos nocivos como algo con carácter moral defectuoso en función de un ideal de excelencia humana. En este enunciado se resume el argumento perfeccionista en que se funda la violación del principio de autonomía personal en el caso del consumo de drogas: la mera degradación moral que su consumo implica, justifica la intervención del Estado para inducir a la población a adoptar modelos de conducta considerados "dignos". Pero debe cuestionarse hasta qué punto es objetivo legítimo del sistema jurídico el promover ciertas formas de vida aun a costa de entrar en pugna con la libertad que el individuo posee para desarrollar sus propios planes de vida, dado que -desde el punto de vista liberal en que se basa toda democracia moderna-, el bien de la persona equivale a la satisfacción de los objetivos que ella misma se traza, por lo que la única relación que debe sostenerse entre el derecho y la moral es con aquellas normas que se refieran al bienestar de terceros y no al del individuo (4).

(3). Nadelmann, Ethan A. "¿Legalizar las drogas?"; Vuelta. Número 203. México, 1993. pág. 37.

(4). Nino, Carlos Santiago. Ética y Derechos Humanos; Paidós. Barcelona, 1984. págs. 257-260.

El derecho a esta libertad fundamental -de autonomía de la persona-, se encuentra consagrado en los artículos 4 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en los que se establece que "la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás" y que "la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad".

Por otro lado, se recurre a satanizar los efectos nocivos de la droga bajo el argumento simplista y erróneo de que las drogas matan, cuando está demostrado que lo que causa la muerte no es la droga sino el abuso que de ella se hace, al igual que la ingestión excesiva de cualquier otra sustancia -llámese alcohol, tabaco, aspirina o simplemente grasas, colesterol, azúcares...- la ocasionaría. Queda claro, entonces, que los casos de muerte por intoxicación con algún narcótico están ligados con el exceso en el consumo o con la impureza, adulteración y potencia desconocida de las sustancias, cuestión -una vez más- ligada a la clandestinidad en que son comercializadas. De establecerse rígidos controles sanitarios en cuanto al tipo, la cantidad y concentración de las drogas que estarían a la venta al público, se reducirían las probabilidades de intoxicación.

Asimismo, quienes afirman que la drogadicción se encuentra en estrecha relación con el delito en general y con el crimen organizado, no pueden negar que si bien es cierto que el farmacodependiente recurre a la comisión de ciertos

ilícitos que atentan contra el patrimonio, tales como el robo, esto se debe a que la manutención de su vicio resulta muy onerosa. Los cigarros son tan baratos que nadie se ve en la necesidad de asaltar a un transeúnte para satisfacer su vicio; es la prohibición de la droga la que eleva su precio en forma desproporcionada. Por otra parte, la conexión entre el consumo de drogas y la comisión de delitos violentos como el homicidio, no es real: muchos más atentados a la vida se cometen a causa de accidentes automovilísticos que por estar el sujeto activo bajo la influencia de alguna droga. Sin embargo, quién se atrevería a cuestionar que otras muertes, relacionadas con el problema de las drogas (traficantes que se matan unos a otros, enfrentamientos entre estos y policías, muertos por fuegos cruzados -véase en todo esto el caso del aeropuerto de la capital tapatía-), son consecuencia directa de la represión. Actualmente no sería posible que tal violencia se generara en torno al alcohol -droga lícita-, pero basta con recordar los tiempos de "ley seca" en el vecino país del norte para inferir que las conductas delictivas que se asocian a las drogas se deben, precisamente, a su criminalización.

Ahora, si se piensa que la legalización implicaría la propagación del consumo de drogas, puede que -hasta cierto punto- se tenga razón, pues sobre todo en los primeros momentos de la puesta en práctica de tal medida se vería un aumento en el número de usuarios y adictos, pero se explica

que tal aumento obedecería a la satisfacción de una simple curiosidad por conocer lo que tanto ha sido prohibido -como sucedió cuando en los puestos de revistas se empezó a exhibir libremente la pornografía-. Esta tendencia iría estabilizándose al paso del tiempo. Además, como ya se ha dicho, la legalización implicaría un mayor control sobre los productos y -seguramente- la introducción de nuevas sustancias, pero si efectivamente llegara a darse el caso de la existencia de más usuarios y más drogas, de cualquier forma éstas serían "mejores" pues se procuraría disminuir sus consecuencias nocivas para hacer prevalecer sólo sus efectos positivos.

De legalizarse las drogas, efectivamente, su control quedaría en manos de los grandes emporios comerciales quienes se enriquecerían de este negocio. Así es, ¿y? De hecho, el negocio del narcotráfico es uno de los más rentables a nivel mundial, solo que a costa de las ganancias económicas, se pierden vidas, se evaden impuestos, no hay control de precios, los gobiernos invierten cantidades estratosféricas en los intentos de represión..., etc. La legalización haría el negocio un poco menos rentable y en general el costo social sería disminuído.

Finalmente, no se pretende hacer una apología de las drogas y de su consumo; cualquiera que tenga un poco de sentido común estará de acuerdo en que lo fundamental es evitar que el uso de narcóticos degenera en

farmacodependencias y nadie pretenderá que prevalezca la impunidad: la legalización podrá existir sin perjuicio de castigar penalmente al simple usuario o al adicto cuando cometa otro delito estando o no bajo la influencia de alguna droga.

Pero tampoco nos podemos engañar. Actualmente el negocio del narcotráfico se sabe infiltrado en las altas esferas políticas, económicas, militares, de procuración y administración de justicia, a quienes, desde luego, la legalización de las drogas reportaría la pérdida de grandes ganancias y de buena parte de su poder. No se puede desdeñar el hecho de que al "fin del comunismo" se haya alzado la "lucha anti-droga" como el pretexto para que Estados Unidos intervenga en los asuntos internos de países latinoamericanos alegando cuestiones de seguridad nacional.

Insistimos: los esfuerzos deben centrarse en la educación para la salud de los gobernados, en la prevención de enfermedades como la farmacodependencia y en la rehabilitación de quienes la padezcan. La represión no es -ni ha sido nunca- la solución. Repetimos: la problemática de las drogas es resultado de estrategias fallidas, concretamente, su prohibición.

CONCLUSIONES.

1) El consumo de drogas es una conducta común a casi todas las culturas. En la antigüedad, su uso estaba relacionado, fundamentalmente, con prácticas rituales, religiosas y, desde luego, medicinales. Es en la historia reciente cuando se diversifican los fines del uso de drogas, alejándolas cada vez más de su originario sentido mágico-religioso.

2) El problema del abuso de drogas es observable sólo en el Siglo XX. La represión de su consumo se generaliza, también, a principios de esta centuria.

3) En México, en tiempos prehispánicos, el consumo de hierbas que producían efectos psicotrópicos constituía parte fundamental de los ritos y la religión. Durante la Colonia, estas prácticas fueron reprimidas para combatir la hechicería y el culto a los viejos dioses. La generalización del consumo de drogas, en nuestro país, se presenta tardíamente, a partir de la década de los sesenta.

4) En el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1929 se establece por primera vez como delito,

el uso de drogas o de sustancias preparadas para un vicio. Con la reforma al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, publicada el 8 de diciembre de 1978, se estableció como delito la posesión de estupefacientes y psicotrópicos por parte de un adicto o habitual.

5) La palabra "droga" es el término genérico bajo el cual se agrupa a toda sustancia que produzca en el organismo efectos estimulantes, deprimentes, narcóticos o alucinógenos. Los estupefacientes, psicotrópicos, fármacos y narcóticos son sólo especies de drogas.

6) Conforme al segundo párrafo del artículo 193 del Código Penal Federal, sólo pueden ser objeto material del delito contra la salud en cualquiera de sus modalidades de posesión, los estupefacientes y psicotrópicos que señalan los artículos 237, 245 fracciones I, II y III y 248 de la Ley General de Salud (aunque la inclusión de este último artículo resulte redundante).

7) El concepto de farmacodependencia deberá ceñirse al que es propuesto por la Organización Mundial de la Salud. Así, deberán ser considerados como farmacodependientes los usuarios -funcionales o disfuncionales- de drogas que padezcan de un impulso irreprimible por consumirlas en forma

continua o periódica, a fin de experimentar sus efectos o para evitar el malestar que les produce la privación. La farmacodependencia puede ser física o psicológica.

8) La posesión de narcóticos con el fin de realizar conductas tipificadas en el artículo 194, prevista a su vez en el primer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal, es una modalidad del delito Contra la Salud y, por lo tanto, deberá ser sancionada cuando sólo ella exista sin que pueda coexistir con otras modalidades que necesariamente la impliquen. De lo anterior también resulta que no se podrán aplicar las reglas del concurso ideal.

9) La simple posesión de narcóticos prevista en el artículo 195 bis del Código Penal Federal, sólo se verificará cuando la cantidad de droga que se posea no exceda de las cantidades máximas establecidas en el Apéndice 1 del propio código. Si el narcótico no se encuentra incluido en dicho apéndice, entonces es facultad del órgano jurisdiccional decir si se está frente a esta modalidad o a la que prevé el artículo 195.

10) La inclusión de algunas sustancias y la exclusión de muchas otras en el Apéndice 1 del Código Penal Federal así como de las cantidades mínimas y máximas que de las mismas pueden poseerse, no obedece a orden lógico alguno, es, en pocas palabras, arbitraria. Ante la problemática que esto

representa, es conveniente pensar en la derogación de esta tabla y dejar que la aplicación de sanciones por simple posesión de narcóticos quede al más amplio y flexible arbitrio judicial, bajo una sola regla general.

11) La excusa absolutoria prevista en el segundo párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal, favorece a los usuarios de drogas experimentadores y a los sociales u ocasionales. Para determinar si la posesión de narcóticos es por "una sola vez" deberá atenderse al único criterio que garantiza al inculpado la posibilidad de haberse defendido: un proceso terminado por sentencia ejecutoriada que lo haya declarado penalmente responsable de la comisión de un delito contra la salud en la modalidad de posesión. Otros criterios -tales como el hecho de que el inculpado se haya visto implicado en una averiguación previa o de que se haya dictado en su favor un auto de libertad- son atendibles sólo cuando conste en autos que la persona estaba confesa.

12) La posesión de narcóticos para el estricto consumo personal del farmacodependiente, que describe el artículo 199 del Código Penal Federal, no es un delito. La punibilidad es elemento de existencia del delito, por lo que la presencia de una excusa absolutoria -aspecto negativo de la punibilidad- lo excluye. El farmacodependiente es un enfermo y no un delincuente.

13) Para evitar -seguras- interpretaciones encontradas, es necesario que la redacción del mencionado artículo 199 sea modificada a fin de que el legislador precise que no es delito la posesión de narcóticos para el consumo del farmacodependiente y con ello, ahora sí, se excluya sin ambages esta conducta del derecho penal.

14) Con la expresión de "estricto consumo personal" sólo se hace énfasis en que el narcótico que posea el farmacodependiente -con independencia de la cantidad o el tiempo en que ésta pueda ser consumida-, esté rigurosamente destinado a su propio consumo. De cualquier forma, esta circunstancia queda al total arbitrio de la autoridad que esté conociendo del asunto.

15) Desde el punto de vista del Derecho Penal, no existe razón alguna para imponer al farmacodependiente la medida de seguridad que lo somete a tratamiento para curar su enfermedad. Esta medida sólo se justifica desde un enfoque estrictamente sanitario.

17) La legalización de las drogas -su consumo, venta, etc.- es el único camino que conduce a la erradicación de la violencia, la corrupción y toda la problemática que se ha generado en torno a ellas, la cual, más que ligada a la droga como un mal en sí mismo, es consecuencia única y directa de su prohibición.

18) Los recursos públicos que hoy se destinan al combate del narcotráfico deben ser aplicados en la educación con respecto a los distintos tipos de drogas y sus efectos, a la prevención del abuso de las mismas y a la rehabilitación de los farmacodependientes.

BIBLIOGRAFIA .

- Alvarez, Ana Josefina (compiladora). Tráfico y consumo de drogas: una visión alternativa; UNAM, Acatlán. México, 1991.
- Beristáin, Antonio - Neuman, Elías. Criminología y dignidad humana (diálogos); Depalma. Buenos Aires, 1991.
- Cárdenas de Ojeda, Olga. Toxicomanía y Narcotráfico. (Aspectos legales); FCE. México, 1976.
- Cardoso, Víctor y Salamueva, Pascual. "Creció el consumo de drogas en Matamoros, Cd. Juárez y Tijuana", en La Jornada. México, 3 de marzo de 1994.
- Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México; Porrúa. México, 1976.
- Carrancá y Trujillo, Raúl - Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General; Porrúa. México, 1991.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Porrúa. México, 1974.
- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; Porrúa. México, 1993.
- Comisión Andina de Juristas. Coca, cocaína y narcotráfico. Laberinto de los Andes; Diego García Sayán Editor. Perú, 1990.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Porrúa. México, 1993.

Copi, Irving M. Introducción a la Lógica; Alpa Corral. México, 1987.

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 10 de enero de 1994.

Diario de Debates de las cámaras de Diputados y Senadores, correspondientes a las sesiones del 20 y 21 de diciembre de 1993, respectivamente. .

Diccionario Básico Espasa; Espasa Calpe. Madrid, 1981.

Durán, Fray Diego. Historia de las Indias de Nueva España e Islas de la Tierra Firme; Porrúa. México, 1967.

Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales; Tomo IV. Aguilar. España, 1974.

Escotado, Antonio. Majestades, Crímenes y Víctimas; Anagrama. Crónicas. Barcelona, 1987.

Furst, Peter T. Alucinógenos y Cultura; FCE. México, 1992.

García-Pelayo y Gross, Ramón. Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado; Larousse. México, 1993.

García Ramírez, Sergio. Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas; Cuadernos del INACIPE. México, 1981.

García Ramírez, Sergio. Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos; Trillas. México, 1980.

Guy Delbrel y otros. Géopolitique de la drogue; La découverte/Campagne Européene d'information sur la drogue. Paris, 1991.

Hernández R., Edgar. "Drogas: el dilema de la legalización", en Gente. México, junio de 1992.

Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leves Penales Mexicanas; INACIPE. México, 1979.

Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito; Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1990.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Parte Especial; Tomo V. Porrúa. México, 1989.

Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho; UNAM. México, 1986.

Londoffo Berrió, Hernando. El error en la moderna teoría del delito; Temis. Bogotá, 1982.

Ley General de Salud; Porrúa. México, 1993.

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. El Delito, la Pena, Medidas de Seguridad y Sanciones Civiles; Tomos I y II. Temis. Bogotá, 1992.

Martínez Rizo, Felipe. Droga, Alcohol y Derechos Humanos; CNDH. México, 1991.

Mendieta y Núñez, Lucio. El Derecho Precolonial; Porrúa Hnos. y Cía. México, 1937.

Moras Mom, Jorge R. Toxicomanía y Delito; Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial; Tirant lo blanch. Valencia, 1988.

Nadelmann, Ethan A. "¿Legalizar las drogas?", en Vuelta, número 203. México, octubre de 1993.

Neuman, Elías. Los que viven del delito y los otros (la delincuencia como industria); Siglo XXI. Argentina, 1991.

Nino, Carlos S. Ética y Derechos Humanos; Paidós. Barcelona, 1984.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano; Porrúa. México, 1985.

Pérez, Santiago. "Narcotráfico: El remedio y la enfermedad", en Enfoque, suplemento del periódico Reforma, número 17. México, 3 de abril de 1994.

Poder Ejecutivo Federal. El Control de Drogas en México. Programa Nacional 1989-1994. Evaluación y Seguimiento; Poder Ejecutivo Federal. México, 1992.

Poder Judicial Federal. Comentarios a las Reformas en Materia Penal y a diversas disposiciones legales; Poder Judicial Federal. México, 1994.

Prieto Rodríguez, Javier Ignacio. El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español; BOSCH. Barcelona, 1986.

Procuraduría General de la República. Manual de Delitos Contra la Salud relacionados con estupefacientes y psicotrópicos; PGR. México, 1987.

Puig Peña, Federico. Derecho Penal. Parte Especial; Mateu Cromo Artes Gráficas. España; 1988.

Puricelli, José Luis. Estupefacientes y Drogadicción; Editorial Universidad. Buenos Aires, 1992.

Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal. Parte General; Tomo I. Temis, Bogotá, 1975.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal; Porrúa. México, 1993.

Salas, Juan Tomás de. "Manifiesto de los 60 juristas", en Cambio 16, número 1155. México, 10 de enero de 1994.

Savater, Fernando. A decir verdad; FCE. España, 1987.

Savater, Fernando. Ética como amor propio; Mondadori. España, 1988.

Savater, Fernando. Humanismo Impenitente; Anagrama. Barcelona, 1990.

Savater, Fernando. Instrucciones para olvidar el "Quijote" y otros ensayos generales; Taurus. España, 1985.

Secretaría de Salud. Fármacos de Abuso; SSA y CONADIC. México, 1992.

Secretaría de Salud. Las drogas y sus usuarios; SSA y CONADIC. México, 1992.

Secretaría de Salud. Programa Contra la Farmacodependencia 1992-1994; SSA y CONADIC. México, 1992.

Senado de la República y Secretaría de Relaciones Exteriores. Tratados Ratificados y Convenios Ejecutivos celebrados por México; Talleres Gráficos de la Nación, México, 1990.

Tenorio Tagle, Fernando. Ideas Contemporáneas en torno a las Drogas y sus Consecuencias en Materia Legislativa; INACIPE. México, 1992.

Tenorio Tagle, Fernando. El Control Social de las Drogas en México; INACIPE. México, 1991.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano; Porrúa. México, 1990.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas; Temis. Bogotá, 1990.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Tratado de Derecho Penal. Parte General; Tomo V. Ediar Editora. Argentina, 1983.