



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

**LA IRRACIONALIDAD DE LAS SANCIONES PENALES APLICADAS A LA
PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA CANNABIS.**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

**P R E S E N T A
JORGE EDUARDO CARRILLO VELÁZQUEZ.**

TUTOR PRINCIPAL
DR. ELÍAS POLANCO BRAGA

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

COMITÉ TUTOR
DR. PEDRO UGALDE SEGUNDO
MTRO. JOSÉ GREGORIO VÁZQUEZ PÉREZ.

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

MÉXICO, D. F. MARZO DE 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

**LA IRRACIONALIDAD DE LAS SANCIONES PENALES APLICADAS A LA
PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA CANNABIS.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

**P R E S E N T A
JORGE EDUARDO CARRILLO VELÁZQUEZ.**

TUTOR PRINCIPAL
DR. ELÍAS POLANCO BRAGA
ENTIDAD 400, FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

COMITÉ TUTOR
DR. PEDRO UGALDE SEGUNDO
MTRO. JOSÉ GREGORIO VÁZQUEZ PÉREZ.
ENTIDAD 400, FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL MARZO DE 2014

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....4

1.- CONTEXTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA MARIJUANA.

1.1.- La prohibición alcohólica en Estados Unidos.....5
1.2.- Los años de la Ley seca en Estados Unidos.....10
1.3.- Derogación de la Ley seca.....15
1.4.- Ataque a la industria del cáñamo.....21
1.5.- Política espejo de la prohibición de la cannabis en México.....28

2.-ESTUDIO GENERAL DE LOS TIPOS PENALES QUE SANCIONAN LA CANNABIS.

2.1.- Estudio de los tipos penales de la Ley General de Salud
y del Código Penal Federal aplicables a la cannabis39
2.2.- El bien jurídico de la salud pública, determinación.....52
2.3.- El daño a la salud causado por la cannabis60
2.4.- Marco metodológico de tolerancia70
2.4.1.- afectación en el objeto de la salud pública
ocasionada por el alcohol y el tabaco.71

3.-ESTUDIO GENERAL DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA.

3.1 El artículo 22 constitucional primer párrafo
de acuerdo a la reforma de 2008.....81
3.2 Aspectos principales del garantismo penal.....92

3.3 Justificación de las sanciones penales aplicadas a la marihuana con la teoría del enemigo.....	109
3.4 Explicación sistémica de la sanción penal de la marihuana.	124
4 DAÑO DE LA POLÍTICA PÚBLICA CONTRA LA MARIHUANA A BIENES SOCIALES Y SU SOLUCIÓN.	
4.1 La guerra contra el narcotráfico 2006-2012.	
4.1.1 Umbral previo.....	132
4.1.2 Desarrollo del conflicto y consecuencias.....	150
4.1.3 violaciones a Derechos Humanos.	163
4.2 Rumbo a una solución jurídica y social del conflicto.	
4.2.1 Avances por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México... ..	174
4.2.2 Avances en la República Argentina.....	183
4.2.3 El caso holandés.....	186
4.2.4 Propuesta de una normatividad idónea con respecto al tratamiento de la marihuana.....	189
4.3 Comprobación de la hipótesis por parte de la República Oriental del Uruguay.....	205
CONCLUSIONES.....	219
FUENTES CONSULTADAS.....	220

INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva jurídica del realismo clásico analizaremos en esta investigación el tema de la marihuana y su tratamiento penal, profundizaremos en los orígenes de su prohibición partiendo de la Ley Seca en Estados Unidos, donde se justifica en apreciaciones morales que aun permaneces vigentes y que continúan influenciando al campo jurídico para sostener criterios irracionales.

Señalaremos la razón por la cual no se daña al bien jurídico tutelado de la Salud Pública al determinar un marco metodológico ceñido por sustancias lícitas que generan efectos adversos a la colectividad, nos apoyaremos en el Garantismo Penal que será confrontado por el Derecho Penal del Enemigo para explicar la prohibición intrínseca de la marihuana como un fenómeno sistémico de efectos económicos alentado por lo que denominamos Política Espejo, pues, al parecer, la política que al respecto sigue el Estado Mexicano es muy similar a la seguida por Estados Unidos.

Finalmente, analizaremos los efectos sociales que se han acarreado con la prohibición, y los confrontaremos con los supuestos efectos y daños reales que causa la marihuana, se estudiarán las implicaciones jurídicas y cambios paradigmáticos y avances emprendidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y vislumbraremos con el Derecho Comparado las posturas adoptadas por Argentina y Holanda para dar como resultado una propuesta de Ley que atienda el conflicto social que atraviesa la república y dé respuesta a la evolución social a la que debe atender el Derecho.

No se aborda esta investigación como un tema sociológico, sino, como la obligación del Derecho y del Legislador de atender la realidad social de una manera honesta y coherente con sus principios, dejando de lado los prejuicios morales y sociales, a la vez de explicar la aparente incoherencia del legislador combinando métodos históricos, jurídicos y sociológicos.

1.- CONTEXTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA MARIGUANA.

¿Cuál es la razón para estudiar la prohibición de la marihuana partiendo de la prohibición alcohólica? La respuesta no puede ser tan clara de primer momento, para ello debemos acudir a la historia, porque la etapa de la Ley Seca nos deja dos lecciones muy importantes, la primera que los prejuicios morales pueden hacer un gran daño a la sociedad máxime cuando esos prejuicios se convierten en normas jurídicas, la segunda que el ánimo derrotado del moralista es más feroz al buscar un nuevo blanco de sus ataques.

A lo largo de este capítulo se efectuará el análisis de la prohibición alcohólica como la fuente directa del ataque a las drogas hoy consideradas ilegales, sin dejar de lado que sustancias tan comunes en la vida diaria son de hecho sustancias adictivas que podrían ser catalogadas como drogas.

1.1 LA PROHIBICIÓN ALCOHÓLICA EN ESTADOS UNIDOS.

Los Estados Unidos desde su creación ha constituido un Estado con una gran diversidad étnica y cultural, poblándose con individuos procedentes de todas las partes del mundo, sin embargo, el grupo dominante en su sociedad era de caballeros de origen británico que habían dejado todo para vivir en el nuevo continente, todo a excepción de sus creencias religiosas, el protestantismo había evolucionado hacia la supresión de los vicios, fomentando el autocontrol, el trabajo duro, el ahorro y la castidad, virtudes morales que se enfatizaban en un ambiente nuevo y hostil en el que se necesitaba sobrevivir.

Cada entidad federativa se podía comportar como una nación auténticamente soberana; tal es el caso de Massachussets que en la época anterior a la primera guerra mundial, experimentó un avance significativo en su industrialización, por ello, los fabricantes prohibieron beber alcohol en la nave industrial, para fomentar el trabajo disciplinado y evitar accidentes de los operarios, además, de que hicieron una presión considerable en las autoridades locales para que se votara la suspensión de las licencias de licor, de paso se opusieron a los comerciantes, tenderos y taberneros que tenían intereses en el

comercio de licor afectando a los inmigrantes irlandeses y alemanes que procedían de comunidades preindustriales que acostumbraban la bebida de manera tradicional sin que jamás se hubieran presentado problemas en sus lugares de origen,¹ pero su tradición ahora era conflictiva al colisionar con las creencias puritanas de los pobladores de los Estados Unidos, a quien se les denominaba “los secos”.

Es entonces cuando en el último decenio del siglo XIX aparece en el escenario político un grupo que pugnaba por el fortalecimiento moral de la nación y por la debilitación de los actos de los ricos y poderosos, se autodenominaron “progresistas” sus acciones comenzaron siendo tan fuertes que muchos de sus postulados se convirtieron en leyes federales a tal punto que cuando proclamaron la moderación en el consumo del alcohol lograron la creación de la decimoctava enmienda constitucional, en la que se prohibía totalmente su consumo y producción, salvo, fines médicos.²

Es interesante, porque a la par que comenzó la batalla contra el alcohol, el mismo grupo progresista volcó sus odios contra los narcóticos, su postura consistía en que “no podía haber componenda contra las fuerzas del mal y que la moderación era un concepto falso cuando se aplica al alcohol: la prohibición era la única forma lógica y moral para hacer frente a este grave problema nacional”³ fue tanta su severidad moral que se impidió el programa de “fomento” para adictos al opio y a la vez, se permitió el uso constante de opio para los chinos residentes en Filipinas a efecto de que trabajaran mejor,⁴ lo cual, a la luz de la historia, podemos señalar el error en su pensamiento, pues una visión en la que todo ha de partir de extremos, solo se es blanco o negro, bueno o malo,

¹ Cfr. Courtwright, David T., *Las drogas y la formación del mundo moderno*, trad. de María Pino Moreno, España, Paidós, 2002, p. 255.

² Cfr. Musto, David F., *Pautas en el abuso de drogas y la respuesta de Estados Unidos*, en Smith, Peter H. (comp.), *El combate a las drogas en América*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 71.

³ *Idem*.

⁴ Cfr. *Idem*, p. 72.

no permite observar el momento en que mientras más se defiende aquello que consideramos justo o bueno, puede producirse lo contrario.

Se cae en el ilógico que ya contemplaban los latinos, *summus ius, summa iniuria*, pues la función del derecho es sin duda la de preservar un orden social, no trastornarlo en *pro* de su conservación y mucho menos por la concepción particular de lo que es el bien; sin embargo, la consecución de lo que sería en el futuro la decimoctava enmienda a la Constitución estadounidense, fue paulatina, pues primero se aprobaron medidas prohibicionistas en las constituciones locales, dando como resultado el que existieran estados secos (principalmente los del sur) y estados libres, de modo que los industriales del alcohol tuvieron la idea de simplemente producir el alcohol en un estado libre para transportarlo y venderlo a un estado seco, sin que los gobernadores pudieran hacer nada, en virtud de que el comercio interestatal era controlado por el Gobierno Federal que en primer momento no era abstencionista.⁵

Esta era exactamente la misma situación que ocurría con los narcóticos que ya estaban siendo prohibidos en su totalidad, pero eran producidos y transportados de un estado libre a uno abstencionista, para contrarrestar este recurso, en 1913 se creó la Ley Webb-Kenyon para el comercio de alcohol y la Ley Harrison contra el comercio de narcóticos, las cuales en sus ámbitos de aplicación prohibían el comercio de sustancias de un estado libre a uno abstencionista que las tuviera por prohibidas.

La Ley Harrison tuvo su origen en la convención de la Haya de 1912, en la que para controlar la toxicomanía de países asiáticos, se regulaba el comercio del opio y otras sustancias que contenían alcaloides, de primer momento, se excluyó a la marihuana, debido a que ya se sabía que no causaba hábito;⁶ pero, es importante recordar, que a final de cuentas, la determinación de la Haya y de la Sociedad de Naciones, no eran más que la proyección internacional de las decisiones de los Estados Unidos, pues el sufragador principal de los gastos de

⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 74

⁶ Cfr. *Idem*.

estos organismos eran los propios estadounidenses, como señala Escohotado “le situaba en una posición de fuerza no solo moral sino técnica, pues el comité central apoyaría sus criterios incondicionalmente”.⁷ De manera que una concepción local de la moral se extendería a los bordes de todo el orbe.

El blanco de mayor ataque en ese momento fue el alcohol, debido a que era más accesible que otras sustancias que por lo regular tenían que importarse (como el opio que venía de Asia), los estados del norte con una población mayormente urbana, ya habían anulado leyes propuestas por los estados sureños, como fue la Ley de Esclavos Fugitivos, pero este tema era diferente, porque los encargados de las oficinas de prohibición entraron rápidamente en contubernio con los traficantes, de modo, que la prohibición para ellos no les daba beneficios morales, sino económicos,⁸ así que la prohibición era aplicada porque ofrecía un beneficio económico en la corrupción.

Políticamente el Partido Republicano era muy fuerte en las comunidades rurales del sur, por lo que decidió dar su apoyo a los secos, actitud que irritó a los estadounidenses del norte, pues para ellos, la actitud de los secos era insoportable, y es entendible, porque las condiciones campiranas de los sureños eran mucho más difíciles y requerían de un mayor trabajo y constancia que las vidas de los habitantes de las ciudades, dominadas por el *glamour* de principios de siglo y de la libertad que ofrecía la industrialización, estos hechos no solo implicaron una forma diferente de ver las cosas, sino un choque entre culturas y valores diametralmente opuestos que no eran posibles de conciliar fundiendo aspectos de cada parte, pues diferían tanto de moral, ética, religión, condiciones de vida y de tolerancia a los inmigrantes.

⁷ Escohotado Antonio, *Historia de las drogas*, 7a ed., España, Alianza editorial, 1998, vol. 2, p. 320.

⁸ Cfr. Morrison, Samuel Eliot, *et al.*, trad. de Duran D'Olon, *et al.*, *Breve historia de los Estados Unidos*, 3a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 714.

El alcohol era en realidad apenas la bandera, forzosamente alguno de los puntos de vista se habría de imponer, muestra de este conflicto eran las declaraciones del senador demócrata David L. Walsh de Massachussets quien dijo “si Cristo volviera a la tierra y volviera a realizar el milagro de caná, sería encarcelado y posiblemente crucificado de nuevo”⁹ esa frase, representó no solo una escisión con los republicanos con los progresistas, también fue el claro referente de la fractura en el Partido Demócrata (en el que existían miembros que simpatizaba con la prohibición) y en toda la sociedad estadounidense, porque era la pugna entre católicos y protestantes, así fue cuando por fin en 1917 se promulgó la Decimoctava enmienda a la constitución estadounidense que prohibía la fabricación y venta de alcohol, fue el resultado de esa pugna entre visiones religiosas y morales de la vida, en la que se impuso la opinión de los protestantes secos, esta postura se volvería más radical cuando en 1918 la *Volstead Act* que fungía como la parte adjetiva de la enmienda constitucional agregaba como delito la posesión de alcohol, entrando en vigor ambas normatividades hasta 1920.

A tal punto llegó el conflicto entre la sociedad que los demócratas postularon a Alfred E. Smith quien había sido gobernador de Nueva York e hijo de inmigrantes, lo cual debía ser impensable para los nacidos de padres netamente estadounidenses quienes sentían consolidado su nacionalismo y su religión, de tal suerte, que los pastores protestantes tomaron partido para atacarlo, hubo quien dijo “ si elegís a Al Smith a la presidencia, se abrirán las puertas de la inmigración, y nuestra civilización se volverá como la de Europa continental. Elegid a Al Smith, y le entregareis este país al dominio de una secta religiosa extranjera, a la que podría yo nombrar, y la Iglesia y el Estado volverán a quedar unidos.”¹⁰

Ideas que por sí mismas caen en la incoherencia, porque si en ese momento se estaba pugnando por la prohibición alcohólica, era por razones religiosas, de manera que el miedo de quedar unido el Estado y la Iglesia por la

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem*, p. 715

influencia de sectas europeas, era absurdo pues ya se estaba muy cerca de ello con las acciones de los republicanos secos, debido a que los prohibicionistas que pensaban de manera religiosa habían influido enormemente en el Estado logrando promulgar una norma jurídica con un trasfondo nada laico.

Era entonces la consumación de una falacia que influyó al punto que el candidato republicano Herbert Hoover fue quien ganó las elecciones presidenciales. Las consecuencias serían muy dolorosas al llevar a nivel jurídico una postura basada en una concepción netamente moral y religiosa.

1.2 LOS AÑOS DE LA LEY SECA EN ESTADOS UNIDOS.

La prohibición alcohólica se había convertido en algo irreal, y más que una forma para edificar la moral de la nación, paso a ser una fuente muy prospera de negocios ilegales que resultaban ser más rentables, ejemplo de ellos es que irónicamente, el congresista que redactó la decimoctava enmienda constitucional fue arrestado a las pocas semanas por haber instalado una destilería en su rancho,¹¹ a esta situación, se agregó otra mucho peor, el crack de la bolsa de valores de 1929, para la mayoría de las personas, el gobierno era bastante inútil en esos momentos para resolver la situación económica, aunado al problema de la violencia que se vivía desde 1920, pues la entrada en vigor de la decimoctava enmienda logró un paradigma en el mundo jurídico, sin embargo, no trascendió a la conciencia de los individuos que siguieron con los deseos de consumir alcohol.

Así que de inmediato se organizaron una serie de pandillas locales que tenían por misión la fabricación y entrega de licores a toda persona que deseara consumirlos, a menudo, estas bandas peleaban entre si por el control del mercado ilegal, llegando a aparecer los llamados “gángster” de los cuales el mas

¹¹ Adams, Willi Paul, *Los Estados Unidos de América*, 28a ed., trad. de Máximo Cajal, México, Siglo XXI, 2005, vol. 30, p. 284.

famoso ha sido Alphonse Capone¹² que había logrado controlar casi la totalidad de la ciudad de Chicago y era visto como una figura épica, aunado a que su negocio ilegal se diversificó al robo de bancos, fue visto por la colectividad como una especie de Robin Hood, porque muchos habían quebrado en la crisis y perdido todos sus ahorros, así que veían a Capone como una forma de justiciero que castigaba a los banqueros que les habían robado todo.

Hollywood también sacó provecho de la situación de descontento social, y realizó producciones cinematográficas que ayudaron a elevar la imagen mítica de los gánsters, pero esa imagen, un tanto romántica contrastaba con la realidad, pues la prohibición alcohólica no era respetada en ninguna parte de la Unión Americana, sólo había provocado una red compleja de sobornos y extorsión con los funcionarios que debían aplicar la Ley;¹³ ejemplo de esto fue que en la época se crearon los *Speakeasys* que eran una suerte de bares semi-clandestinos que fueron abastecidos por cervecerías y destilerías ilegales, ese abastecimiento tenía un costo; el que sus dueños debían ceder a toda pretensión que imponían los gánster debido a que no podían recurrir a la policía ni a los tribunales a reclamar la extorsión de la que eran víctimas, de modo que quedaban atrapados entre las luchas constantes de bandas de criminales que se tomaban los barrios para poner locales bajo la protección del crimen organizado.¹⁴

Los ajustes de cuentas se pusieron a la orden del día, e incluso los gánster mismos eran asesinados a plena luz del día mientras realizaban sus actividades cotidianas, como el caso de O'Banion que fue victimado en una florería.¹⁵ Es en este punto que se puede hacer una comparativa con el mundo

¹² Hanes, Sharon y Hanes, Richard C., *Great depression and New deal*, U.X.L. Thomson Gale, United States of America, 2003, p. 249.

¹³ *Cfr. Ibidem*, p. 254

¹⁴ Adams, *op. cit.*, nota 11, P. 284.

¹⁵ Vázquez Montalbán, Manuel, *Imágenes y recuerdos*, siglo XX, 1920-1930, La Rebelión de las masas, 7a. ed., España, Difusora Internacional. 1969, p. 152.

actual, siendo el caso del casino royal en el actual Michoacán, el ejemplo más claro que puso de manifiesto la red de corrupción que impera en el país, pues grupos paramilitares como los zetas han acumulado el poder suficiente para solicitar “uso de suelo” a los comerciantes que se encuentren en su zona de influencia, tomando feroces represalias contra aquellos establecimientos que no paguen sus cuotas, la ola de violencia como se verá en capítulos siguientes cuando se hable de México, en su proporción debida, es igual a la vivida en la época de la Ley Seca, la diferencia, es que en aquel tiempo estaba prohibido el alcohol, y en la actualidad la mariguana, es dado decir, que esto, ya se ha visto.

Hoover, apenas fue electo presidente, cuando le preocupó la fama del que parecía el invencible Al Capone, así que decidió asignar a Eliot Ness para que combatiera la mafia del licor, pero al parecer, el espectáculo de la guerra entre bandas contrarias servía de diversión para los ciudadanos como a las mismas autoridades que se encargaban de combatirlos, Ness declaró “si se mataran entre ellos, nos evitarían buena parte de nuestro trabajo”¹⁶ lo cual en parte ocurrió, pues durante los años 20 en Chicago se había cometido la cantidad escandalosa (para la época) de 500 homicidios,¹⁷ la mayoría fueron ejecuciones ordenadas por Capone, la más recordada de todas fue la masacre de San Valentín, en la que sicarios de Capone se disfrazaron de policías para amagar al grupo rival de la familia Moran, los cuales lo permitieron pues a menudo eran molestados por la autoridad para simular detenciones, pero al momento de ser puestos contra la pared, fueron acribillados con metralla asesinando a siete gánsters.

Fue tal el impacto causado por esa ejecución que en 1926 fue celebrada la cumbre gansteril, en la cual, Capone señaló a sus grupos rivales las reglas necesarias para evitar futuros enfrentamientos y preservar el orden, El poder alcanzado en esa cumbre fue tan grande que era abiertamente conocido que los poderes establecidos como las demás pandillas de gánsters preferían negociar

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 148.

con Capone, pues tenía controlado el mercado ilegal y era mejor que el enfrentarse a los delincuentes uno a uno.¹⁸

La balanza se rompió al momento que Hoover en 1929 obsesionado con la prohibición, e imposibilitado para demostrar los vínculos de Capone con el crimen, decidió fabricar un caso por evasión fiscal y así detener a Capone, quien declaró en su momento “que no sabía que sus actividades ilegales devengaban impuestos”,¹⁹ fue encarcelado por un año, a su regreso en 1930, Capone encontró una ciudad arrasada por el hambre, el desempleo causado por la gran depresión y azotada por la violencia generada por las peleas de gánsters locales.

Por ese año, el nombre de Capone había sido incluido en la lista de los delincuentes más peligrosos de Estados Unidos, así que se sintió irritado, pues él mismo no se consideraba un peligro ni un delincuente común, así que vio la posibilidad de limpiar su nombre ayudando a la población desafortunada de Chicago, e instaló un comedor comunitario donde se daban tres comidas diarias a todo aquel que lo requiriera, públicamente argumentó que “era muy triste que el gobierno se preocupara más de enjuiciarlo que de resolver los problemas que realmente importaban.”²⁰

Efectivamente, de un modo muy subjetivo Capone tenía razón, el gobierno estaba más ocupado en enjuiciarlo, pues en ese mismo año fue condenado a once años de prisión por evasión de impuestos, había sido tan grande su poder que las consecuencias ocasionadas al desaparecerlo del escenario de Chicago fueron que su encarcelamiento dejó un vacío que de inmediato fue aprovechado por los que se llamaron la “nueva mafia americana” surgida de gánsters menores que habían obtenido beneficios en Nueva York, aunado a que el azote de la crisis del 29 seguía haciendo estragos, miles de jóvenes habían quedado sin ninguna oportunidad de empleo ni de educación y

¹⁸ *Ibidem*, p. 150.

¹⁹ Hanes, Sharon, *op. cit.*, nota 12, p. 255.

²⁰ *Ibidem*, p. 256.

los que pensaban retirarse del crimen quedaron inmersos de nuevo en la única oportunidad de una vida digna que tenían, la de ejercer la venta y producción de alcohol.

El choque de poderes entre pequeños gánsters fue increíble, a fin de que en 1931 en Nueva York estallara la *Castellammarese*, una guerra entre todas las bandas rivales, de la cual surgieron como vencedores Charles Luciano y Meyer Lansky.

Decían los romanos, *Histora magistra vitae est*, y no era en vano, en los pasillos del tiempo, se observa como fue pretexto o motivo el que una crisis económica o la falta de oportunidades de educación obligó a jóvenes a incluirse en las listas del crimen organizado, ya sea como asesinos a sueldo o traficantes, tal el caso de *babyface* Nelson que por accidente a temprana edad disparó a uno de sus compañeros de juegos, fue detenido por la policía y estigmatizado como un delincuente, así que fue reclutado por bandas de gánsters para robar bancos y traficar alcohol, lo cual no deja de recordarnos a jóvenes mexicanos que en la actualidad son tomados de los campos áridos para desempeñarse como vendedores de droga o sicarios, hay algunos casos de niños de 14 años que han sido detenidos por cometer múltiples homicidios, situación que no debe dejar de analizarse, y que lo será en un próximo capítulo.

Pese a la situación, Capone seguía siendo recordado como un héroe, basta citar las palabras de un profesor de la universidad de Chicago “Capone fue uno de los bienhechores de nuestra ciudad, esto no lo digo por admiración hacia él, solo es posible el crimen organizado en el caso de que la sociedad lo pida. La empresa de Capone coincidía con los conceptos morales y legales de la población...”²¹ es decir, simplemente la gente quería beber y estaba bien, Capone casi al final de su vida se defendió diciendo “todo el país quería aguardiente, y yo organice el suministro... yo sirvo a los intereses de la comunidad... y procuro que los daños sean tan pequeños como sea posible...”²²

²¹ Vazquez Montalban, *op. cit.*, nota 15, p. 151

²² *Idem.*

Se reconocía a principios de los años 30 que la prohibición había sido un experimento social que había fracasado, los daños causados fueron muy superiores a sus beneficios, se perdieron todos los empleos de las personas que laboraban en las destilerías y cervecerías, se había generalizado el violar la ley, el crimen organizado logro hacer increíblemente ricos a sólo algunas personas y a algunos promotores de la prohibición, muchos ciudadanos inocentes habían muerto cuando quedaron encerrados en el fuego cruzado de policías y gánsters, más de diez mil personas murieron al consumir licores que habían sido elaborados con químicos dañinos y muchos más perdieron la vista, aunado a que la mayoría de las personas creía entonces que la decimoctava enmienda violaba la libertad personal.²³

Esta situación fue aprovechada por organizaciones antiprohibicionistas que se habían organizado desde 1930 y que aglutinaba a los círculos intelectuales de la época, cuando los efectos de la crisis del 29 se hacían cada vez más evidentes, comenzaron a argumentar que la implantación de nueva cuenta de la industria alcohólica traería como consecuencia la creación de nuevas fuentes de empleo así como la obtención de recursos económicos que en aquel momento requería el gobierno, por lo menos, esto estaba dando una nueva perspectiva de por qué se debía retornar a la legalización del licor. Importaba más solucionar de alguna manera los efectos de la crisis económica que mantener una absurda cuestión moral.

1.3 DEROGACIÓN DE LA LEY SECA.

La nueva posibilidad de implantar una industria alcohólica que contribuyera a remediar los efectos de la crisis fue la puerta de entrada para analizar la cuestión sobre la conveniencia de mantener la Ley Seca, la cual de una u otra forma era una respuesta agresiva de los estados rurales del sur por perder la guerra de secesión en el siglo XIX, tal vez perdieron una guerra y a los

²³ Hanes, Sharon, *op. cit.*, nota 12, p. 258

esclavos, pero habían implantado un sistema moral “fuerte en toda la Unión” era un triunfo resonante, por lo menos eso era lo que pensaban los progresistas, al punto que algunos de los partidarios de la prohibición decían “nuestra nación sólo puede salvarse volviendo a la pura corriente del sentimiento de los campos y la moral de las aldeas para inundar las letrinas de las ciudades y salvar a la civilización de la contaminación...”²⁴

Sin embargo, periodistas como H. L. Mencken afirmaban “que la prohibición había causado sufrimientos sólo comparables a los de la muerte negra y a la guerra de los treinta años”²⁵ lo que demuestra que en la ideología pública existía un terrible descontento con la medida adoptada, en el principio de la prohibición se pensó que al elaborar políticas contra el alcohol, se disminuiría la delincuencia, pues se imaginaba que éste era un factor Criminógeno, es decir, se utilizó el pretexto de que la gente consumía alcohol para robar o cometer cualquier delito, curiosamente se trata del mismo pretexto que se llega a utilizar actualmente contra la legalización de la marihuana atribuyéndole factores criminógenos.

A finales de los años 20, se notó por la población estadounidense que lejos de evitar la comisión de delitos, estos se habían elevado de manera exponencial, pues como decía Gregory F. Treverton “ya es hora de preguntarse si los costos de estas políticas superan los beneficios que se obtienen”²⁶ por lo menos, en este punto es plausible el señalar que con respecto a la Ley Seca, fue mucho más caro el de la política prohibicionista, esto, porque la norma jurídica no constituye una fórmula mágica que sea capaz de transformar la realidad cuando se pronuncia, aunque ésta exista, si todas las personas se decidieran a violarla, no habrá policía suficiente para hacer cumplir la norma,

²⁴ Morrison, Samuel Eliot, *et. al. Breve historia de los Estados Unidos*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 713.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Treverton, Gregory F., *Los narcóticos en la relación de México y Estados Unidos*, en Roett, Riordan (comp.), México y Estados Unidos, México, Siglo XXI, 1989, p. 294.

exactamente paso en su época, pues se asignaron a 1500 agentes que se encargaban de resguardar a 120 millones de personas del alcohol,²⁷ lo cual es ilógico, pues el deseo por la bebida se mantuvo sin cambio.

Existían estudios que demostraban el factor criminógeno del alcohol pues es un motivante para cometer delitos violentos, aunque en realidad, es mínimo el número de personas que lo consumieron para delinquir, además, desde siempre han existido accidentes de tránsito y muertes por sobredosis, y la gente lo siguió consumiendo pese a la prohibición, pero hubo quienes se inclinaron a otras drogas²⁸ que para ese tiempo las más comunes eran la marihuana y el opio, que de cierta forma, eran más fáciles de conseguir y más seguras que el alcohol, pues, al estar prohibido el licor, su calidad era muy dudosa, a veces fue producido con químicos industriales que causaban envenenamiento y la ceguera.

Los gánsters no sólo ya traficaban con alcohol, también con barbitúricos, cocaína, marihuana, morfina y heroína que eran transportadas al igual que hoy por las mismas rutas de contrabando.

Es evidente que el alcohol afecta la salud, pero si la prohibición fue impulsada por cuestiones morales, ahora su despenalización se haría por cuestiones políticas,²⁹ la gente quería seguir bebiendo, no por ello querían ir a la prisión, a mas que la gran mayoría no cometía delitos violentos, ésta es una situación muy similar a la que ocurre en la actualidad con la marihuana, pues la mayoría de los que la consumen no realizan delitos violentos, además un buen número de especialistas han catalogado a la marihuana como una sustancia

²⁷ Subirats, Josep, *La Ley Seca en Norte América 1920-1933*, (en línea) (consulta 11, octubre, 2012), Mundo Historia Magazine, disponible en http://www.mundohistoria.org/blog/articulos_web/la-ley-seca-norteamerica-1920-1933.

²⁸ García Ramírez Efraín, *Las drogas, análisis jurídico del delito contra la salud*, 5a ed., México, Sista, 2006, p. 107.

²⁹ *Idem*.

menos adictiva y con menos daños a la salud de lo que causa el alcohol,³⁰ es posible considerar que esta misma ruta de presión política que efectuaron los ciudadanos para lograr la relegalización del alcohol se estaba repitiendo para lograr la despenalización de la marihuana, al punto que en época del presidente Carter se comenzó a despenalizar la posesión de pequeñas cantidades de marihuana para uso personal.

Por si fuera poco, a las presiones políticas y a las económicas causadas por la gran crisis, se sumaron las cuestiones relativas a la entrada de Estados Unidos en la primera guerra mundial y la posibilidad de una nueva guerra en Europa, así que el gobierno desesperadamente comenzó a buscar financiamiento, vio las grandes fortunas amasadas por los gánsters y olvidó sus fundamentos morales, así que autorizó la libre destilación de alcohol en 1933, eso si, con el gravamen de un dólar por galón destilado, pronto aumentó a 3 dólares en 1940 y llegó hasta 9 dólares durante la segunda guerra mundial.³¹

La relegalización del alcohol fue un golpe brutal para los progresistas, pues en los años 30 sólo existía la posibilidad de ver las cosas de dos maneras, desde el punto de los prohibicionistas que veían la legalización como una catástrofe digna de Sodoma y Gomorra, y con la perspectiva liberal, de que la gente quería beber y el Estado necesitaba recursos, personas como el comisionado del Buró de la Prohibición Harry J. Anslinger, sugería la posibilidad de no desmoralizarse y de mantener una defensa activa, trasladando de inmediato la prohibición a la represión contra estupefacientes, entre ellos la marihuana, que en los años 30, aun se podía conseguir en las farmacias³², así que Anslinger fue enviado como comisionado al nuevo Buró Federal de Narcóticos (FBN por sus siglas en inglés) preocupándole que se usara la marihuana como un sustituto para el alcohol y el opio, aunque no la veía como una sustancia dañina, comenzó a redactar proyectos de ley para que el Congreso los discutiera y decretara como totalmente prohibido el uso de la

³⁰ *Idem.*

³¹ Courtwright, *op. cit.*, nota 1, p. 257.

³² Escotado, *op. cit.*, nota 7, P. 307.

mariguana, simultáneamente dirigía una campaña radiofónica para aterrorizar a la gente con los efectos negativos de la mariguana.

¿Cuál fue la razón para el rechazo contundente a la mariguana? La principal seguía siendo cuestiones morales, pero ahora se sumaban cuestiones anti-étnicas (incluso racistas), pues así como el alcohol era asociado a los “sucios inmigrantes” alemanes e irlandeses que contaminaban la civilización norteamericana, la mariguana fue asociada a los “sucios inmigrantes” mexicanos, pues ésta llegó a Estados Unidos transportada por campesinos mexicanos que buscaban empleo y que a menudo la sembraban para su uso personal, esto fue una molestia para los habitantes estadounidenses, pues de inmediato establecieron el vínculo entre la mariguana y lo mexicano,³³ entre la pobreza y la droga, como si la droga misma fuera la causante de la miseria.

En 1937, se estableció un impuesto de transferencia para la mariguana, sin embargo, el encargado de cobrar los impuestos, el Buró Federal de Narcóticos, no recibió el presupuesto suficiente ni personal para lograr su cometido, por lo que decidió como dice Smith, inventar “descripciones sobrecogedoras de la mariguana para combatir su difusión, se dijo al público que la sustancia constituía un peligro al menos igual al de la cocaína o la morfina”³⁴ a final de cuentas, durante los años 60 en que cobró auge el consumo de cannabis, se demostró que sus efectos distaban mucho de lo que por años se había dicho, entonces se convirtió en la bandera que representaba la mentira del orden establecido, y sin embargo, esta campaña de difusión ha sido tan grande que pese a la época en que se realizó, aún existen personas que sostienen la leyenda de los efectos devastadores de la mariguana, efectos que serán estudiados con rigor científico en el siguiente capítulo.

Estas breves palabras sobre la historia, nos han señalado como la prohibición de la mariguana surgió para mantener la moral de los que creyeron en otra absurda prohibición, la alcohólica, pero nos deja mayores enseñanzas,

³³ *Cfr. Musto, op. cit.*, nota 2, P. 80

³⁴ *Idem.*

como que es en vano esperar que las drogas (incluyendo al alcohol) desaparezcan algún día, como dice Andrew Weil “todo esfuerzo para erradicarlas está condenado al fracaso, las leyes antidrogas han creado, como efecto directo, siniestras redes de criminalidad que crecen constantemente, corrompen a la sociedad y causan mucho más daño por su propia existencia por la distribución de drogas en sí.”³⁵

La prohibición es la causa y fundamento de un negocio terrible, así que para desbaratarlo no es necesario el lanzar a toda la Policía y al Ejército contra los traficantes y consumidores, pues no son los instrumentos válidos para un cambio en los patrones de una cultura de masas, la prohibición alcohólica ya lo demostró³⁶, se requiere simplemente eliminar la prohibición y educar a la ciudadanía sobre los efectos de cada una de las drogas sin que estas se generalicen, en especial, de la marihuana, pues sus efectos conocidos tienen más de mito que de realidad científica, como señala Manuel Castell “la legalización de las drogas probablemente sea la mayor amenaza a la que el crimen organizado tendría que enfrentarse.”³⁷

A final de cuentas, el abuso del alcohol y de las drogas se traduce en la libertad de elección individual, a pesar del daño que el individuo pueda causarse a sí mismo y a quienes lo rodean.³⁸ Sin embargo, la ceguera, o la colusión de los dirigentes políticos, mantienen posturas dañosas contra la ciudadanía, la problemática se agrava cuando se agrega el servilismo del Gobierno Mexicano a los intereses de otro país, por ello, es que, como se verá en el siguiente apartado, las drogas han sido prohibidas en nuestro país sin tomar en cuenta la realidad social.

³⁵ Weil, Andrew y Rosen, Winifred, *Del café a la morfina*, trad. de Francisco Gonzáles Aguilar, España, punto de lectura, 2002, p. 15.

³⁶ Cfr. Villar, Samuel del, *op. cit.*, nota 36, P. 258.

³⁷ Castell, Manuel, *La conexión perversa: La economía criminal global*, en *La era de la información, economía y cultura*, España, Fin de milenio, 2002, p. 180

³⁸ Villar, Samuel, *op. cit.*, nota 36, P. 258.

1.4 ATAQUE A LA INDUSTRIA DEL CÁÑAMO.

El ánimo prohibicionista contra la mariguana, a la que se le denominaba a principios del siglo XX como “cáñamo indio” comenzó casi al mismo tiempo que con la prohibición alcohólica, pero de una manera muy leve comparándola con los ataques al alcohol y sobre todo con las otras drogas como el opio, sin embargo, fue hasta el momento en que aconteció el final de la Ley Seca en Estado Unidos cuando la actitud a la mariguana fue cada vez más agresiva.

Existen diversos puntos que deben ser analizados, ya que, en realidad muy poca gente utilizaba la mariguana como droga, de hecho, su valor industrial era muy alto, los chinos desde la antigüedad la habían usado comercialmente como fuente de fibra textil y sus semillas como una fuente alimenticia importante, con ella se fabricaban cuerdas, redes de pesca y gran variedad de artículos textiles,³⁹ a estas fibras, son a las que propiamente dicho se les denomina cáñamo y su resina, es la que se extraía para ser fumada o ingerida porque causaba una embriaguez semejante a la alcohólica,⁴⁰ pero era cultivada y se fomentaba su producción no por sus efectos psicoactivos, ya que las potencias mundiales contaban para ello con el opio que se les daba a los trabajadores o agricultores para que no disminuyera su rendimiento y pudieran ser mantenidos en condiciones esclavistas.

Las potencias producían textil a base de mariguana por su resistencia en los uniformes de guerra, sólo algunos campesinos y esclavos la llegaron a consumir con fines recreativos, a esto se llamó efecto ganja⁴¹, aunque se debe señalar, que ahora, las potencias mundiales parecen ser las más preocupadas en el combate a las drogas, y parece que tienen algún tipo de amnesia temporal, pues, fueron ellas las que en el siglo XIX y principios del XX, fomentaron la producción de drogas, esto debido a que implicaba un gran negocio y poder, de

³⁹ Courtwright, *op. cit.*, nota 1, p. 70.

⁴⁰ Solórzano Niño, Roberto, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*, 6a ed., Colombia, Temis, 2009, p. 566.

⁴¹ Courtwright, *op. cit.*, nota 1, p. 224.

tal suerte que el tabaco fue lo que financió la revolución estadounidense y respaldó los conflictos dinámicos europeos, el azúcar y el ron sostuvieron la esclavitud y el opio contribuyó al imperialismo asiático.⁴²

La verdad es que a nadie le importaba el consumo abusivo de drogas, que era y aún es un negocio muy rentable, pero había alguna preocupación con fines mercantiles, pues el opio era producido en América y no era muy prudente que se importara opio asiático, así que el primer paso en esta historia se dio en 1848, cuando se reguló el narcotráfico mediante *la Federal Drug Law*, cuyo efecto era evitar que se introdujeran drogas procedentes del exterior, pero en la época de 1885 a 1889, resurgió el contrabando de opio, teniendo las aduanas un papel sobresaliente en esta cuestión.⁴³

El consumo de opio seguía siendo de uso común en todo el mundo por cualquier persona, algunas drogas como la morfina o la heroína causaban efectos adversos, así que el problema fue atendido mediante una legislación sencilla con la *Pure Food and Drug Act* (Ley de Alimentos y Drogas Puras) la cual sólo consistía en una cuestión, la de etiquetado, pues las medicinas de patente que contenían morfina, marihuana, cocaína e hidrato cloral debían hacerlo notar en sus etiquetas, sin que esto estableciera una limitante para comprar o vender ni mucho menos en la cantidad máxima que debía contener,⁴⁴ al efecto, según informes de la época indican una reducción de la mitad a un tercio en el consumo de estas sustancias,⁴⁵ lo cual obedecía a que la población si tenía una preocupación por el consumo de drogas, aunado a la suficiente capacidad de decisión para evitar su consumo.

Revistas como *Colliers* y *Ladyes Home Journal* se unieron a las manifestaciones contra la morfina y la cocaína. Pues en este tipo de medios de

⁴² *Idem.*

⁴³ Ramos, José María, *Las políticas antidrogas y comercial de Estados Unidos en la frontera con México*, México, Colegio de la frontera norte, 1995, p. 19

⁴⁴ Musto, *op. cit.*, nota 2, p. 70.

⁴⁵ *Idem.*

comunicación hace su aparición grupos religiosos con una ideología moral definida, es decir, se estaba gestando una reacción de grupos puritanos que veían con malos ojos el consumo de narcóticos, no por sus efectos en el organismo, sino porque estas sustancias eran asociadas con las historias tenebrosas de los grupos sociales que las consumían, estos grupos eran bien definidos por su clase social, religión o raza, así que, las primeras reacciones contra el opio fueron porque era consumida por chinos a quien se les atribuía la corrupción infantil, a la cocaína se le asoció a los negros que cometían supuestamente ultrajes sexuales, al alcohol se asoció a los judíos, alemanes e irlandeses que se les señaló como paganos y verdugos de Cristo.

La mariguana se asoció a los mexicanos que irrumpían en la frontera sur, todos estos grupos se señalaban con una constante, la característica de una inferioridad moral y económica,⁴⁶ que de cierta forma si existía, pues la mayoría de los irlandeses o alemanes que llegaban a Estados Unidos huían de las guerras constantes en las que se hundía Europa, además de que en la época, México estaba en una inestabilidad social nacida de la revolución mexicana, era evidente que los más desprotegidos escapaban al único lugar que representaba una estabilidad social, por ello es su condición económica, pero en cuanto a la deficiencia moral, esto solo se explica por un choque en las costumbres religiosas, pues los estadounidenses son en su mayoría protestantes con ciertos grupos radicales llamados puritanos, mientras que la mayoría de los inmigrantes eran católicos.

Esta serie de prejuicios que se tenían con los grupos étnicos se suman a ciertos símbolos, como es el caso de la mariguana asociada a los mexicanos, por tal motivo, se pensó que la mariguana era una droga narcótica, muy en especial lo pensaba Anslinger que fue el impulsor de la prohibición de la marihuana en los años 30.⁴⁷ Estas eran las razones de los estadounidenses que se convirtieron en los principios con los que se celebró la convención de la Haya

⁴⁶ Escohotado, Antonio, *Historia elemental de las drogas*, 2ª ed., España, Anagrama, 2003, compactos anagrama, p. p. 97-98.

⁴⁷ Cfr. García Ramírez, *op. cit.*, nota 28, p.p. 106-107

de 1912, en la que las creencias estadounidenses cobraban una proyección internacional.

También los ingleses tenían razones propias para impulsar la prohibición, aunque eran muy parecidas, no se basaban tanto en una cuestión moral-religiosa, sino en una cuestión moral de dominación en su imperio, esto quedó de manifiesto en la convención de Ginebra de 1925, en la que los británicos decidieron incluir a la lista de sustancias prohibidas el cáñamo en su variedad de haschisch, lo que parecía algo incongruente, pues era ampliamente socorrido por los médicos y farmacólogos ingleses, además de que se había preparado un informe por el ejército británico el cual señalaba la falta de toxicidad y la multiplicidad de usos del fármaco, la razón para impulsar su prohibición fue que el haschisch se había convertido en un símbolo de la cultura hindú, un símbolo que los ingleses asociaban a la subversión de la colonia, que cobraba mayor fuerza en Egipto, pues los musulmanes que tenían prohibido el alcohol, y enarbolaban el haschisch como un símbolo nacional en contra de los vicios y perdición que les representaba el *whisky* inglés, debido, a que en las colonias, los contratistas no pagaban con dinero a los peones, sino con *whisky*, ginebra, tabaco y hasta con heroína, así que la resina de la marihuana se convirtió en un poderoso símbolo que representaba la resistencia contra la potencia colonial.⁴⁸

Por esto es que los ingleses urgían al mundo para que se prohibiera la marihuana, porque desapareciendo el símbolo subversivo su imperio contaría con mayor estabilidad, así que retoman los principios establecidos en la convención de la Haya de 1912, pero agregan que los opiáceos y drogas en general sólo serán permitidos con usos médicos y científicos, para asegurarse del cumplimiento de estos objetivos, se creó un comité central permanente, integrado de ocho personas que supuestamente serían de altas capacidades técnicas e imparciales, aunque es de dudarse las mismas, ya que eran nombrados por Estados Unidos, Alemania y por la Sociedad de Naciones que era manejada por Estados Unidos, lo más novedoso aún, es que sin razón

⁴⁸ Escohotado, *Op. cit.*, nota 7, p.p. 317-318.

técnica aparente, se prohíbe el cáñamo, y los países que no lo prohibieran debían abstenerse de enviarlo a aquéllas naciones que no la tenían permitida.⁴⁹

No había transcurrido mucho tiempo, cuando Anslinger reunió una gran cantidad de asociaciones vecinales antimexicanos que sostenían que la marihuana producía “irrefrenables inclinaciones a la violencia y a la lujuria,”⁵⁰ efectivamente, lo que más fomentaba los recelos de los grupos vecinales era la lujuria que supuestamente se atribuye a los mexicanos, por lo que surge la *Marihuana Tax Act* de 1937, que no necesitaba de una reforma constitucional como la alcohólica, pero ya tipificaba como delitos la producción, dispensación y posesión de marihuana. De inmediato fue rechazada por la comunidad científica, ejemplo de ellos fue el doctor W. I. Treadway, quien era representante de la División de Higiene mental y el doctor W. Woodward quien era representante de la Asociación Médica Americana, los cuales alegaron tradiciones milenarias pacíficas y moderadas en el uso de la marihuana, todo ello era respaldado por la literatura médica disponible así como por el informe de la alcaldía de Nueva York que negaba el carácter adictivo y su tendencia a la comisión de actos criminales, sin embargo, no fueron tomados en cuenta y en condiciones muy extrañas desapareció el informe de la alcaldía de Nueva York por 30 años.⁵¹

La situación era que la marihuana había sido utilizada con fines textiles, pero en la época ya no constituía una industria tan fuerte como la farmacéutica, que había encontrado fuentes económicas más poderosas que la marihuana que solo era usada por el pueblo raso, esta situación es narrada por Lester Grinspoon, un médico que explicó el uso terapéutico de la marihuana ante el *Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs* quien se percató de la Pentazocina que era producida por la *Winthrop Pharmaceuticals* y era defendida ferozmente por seis abogados que con cartera en mano evitaron la clasificación de la pentazocina en la casilla más estricta de la prohibición,⁵² esto nos da el ejemplo

⁴⁹ *Cfr. Ibidem*, p.p. 316-318.

⁵⁰ Escohotado, *op. cit.*, nota 46, P. 112.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Cfr. Courtwright, op. cit.*, nota 1, p.p. 281.

de cómo se han manejado las cosas desde entonces, ninguna compañía farmacéutica ha defendido el uso industrial de la marihuana, de manera que continúa prohibida, aún y cuando otras drogas que han causado muertes por sobredosis siguen siendo explotadas.

Sin embargo, en más de cuatro mil años documentados, no existe el reporte de una sola muerte asociada a la sobredosis de marihuana⁵³ incluso, se investigó sobre la dosis letal de esta hierba, llegándose a realizar el experimento de suministrar 57 gramos de extracto líquido de marihuana en la yugular de un perro de 12 kilos, logrando tan solo que el perro durmiera por día y medio sin ninguna consecuencia,⁵⁴ y sin que hasta el momento se tenga certeza sobre su dosis letal, sin embargo, la combinación de marihuana con alcohol produce lipotimia (desmayos) y las veces en que el fumarla produjo náuseas y vómitos, se trataron siempre de hipocondrías o somatizaciones.⁵⁵

Debemos recordar que en la convención de la Haya de 1912 se habla de drogas opiáceas y heroicas, señalando genéricamente a las demás drogas, pues en este caso, la mayoría de ellas tenían por sustancia activa a los alcaloides, así que se pensó que la sustancia activa de la marihuana era un alcaloide, el problema estuvo en que no se había podido aislar la sustancia activa, sino hasta los años 60 en que se descubrió el Tetrahidrocannabinol (THC) el cual no es un alcaloide debido a que falta el Nitrógeno en su molécula, pero igual se prohibió.

Sin embargo, no existe un estudio serio sobre la toxicología de la marihuana, si acaso los realizados por el Instituto Nacional para el abuso de Drogas en Estados Unidos, que como señala Escohotado, “carece de

⁵³ Aggarwal, Sunil K. *et. al. Medicinal use of cannabis in the United States: Historical perspectives, current trends, and future directions*, en *Journal of Opioid Management*, May-June, Estados Unidos, 2009, p.162.

⁵⁴ Escohotado, Antonio, *Aprendiendo de drogas, uso y abusos, prejuicios y desafíos*, 12a ed., España, Anagrama, 2005, compactos anagrama, p. 181.

⁵⁵ *Idem.*

objetividad; intentando probar que la marihuana resulta adictiva y productora de demencia, los investigadores usaron THC en dosis muy altas –equivalentes en algunos casos a cincuenta o cien cigarrillos de una sola vez-, con sujetos no preparados para la magnitud del efecto. Las consecuencias incluyeron efectos de pánico, e intoxicaciones de diversa consideración, sin embargo, juzgar los efectos de la marihuana fumada por los efectos del THC administrado oralmente equivale a juzgar los efectos de un tinto riojano por los efectos del éter etílico.”⁵⁶ Lo cual constituye toda la razón posible, incluso, el hecho de suministrar un concentrado de leche evaporada en grandes cantidades puede afectar la salud, o el solo hecho de beber demasiada agua al día conduce a una eventual deshidratación que puede conducir a la muerte, por lo que en realidad, si no acontece desde hace cuatro mil años una muerte por sobredosis de cáñamo es evidente que se trata de una sustancia más segura de consumir que el alcohol.

Pero ¿qué pasa con los supuestos efectos al sistema respiratorio y la demencia? Trataré de abordar este tema haciendo alusión a lo que aconteció en la época de la Ley Seca, pues uno de los resultados que dejó la prohibición, es que el beber se convirtió en algo inseguro, pues se fabricaba alcohol con compuestos químicos que resultaron mortales e incluso dejaron ciegas a gran cantidad de personas, algo similar pasa con la marihuana, pues el Gobierno Mexicano y Estadounidense en su obsesión por erradicar la planta, han utilizado una sustancia llamada *Paraquat* que es un herbicida muy tóxico que causa daños severos a la salud, y se utiliza para eliminar plantas parásitas.

Desde 1975, Estados Unidos promovió el uso de *Paraquat* en México mediante la fumigación en aeronaves de campos de cultivo. Los cultivadores de marihuana observaron que si inmediatamente después de la fumigación cosechaban la planta, ésta parecía aún sana y podía ser vendida a los traficantes, de esa forma, es que se introdujo la marihuana contaminada con *paraquat* al mercado⁵⁷, y ésta, al ser consumida causa todos los efectos nocivos que se le atribuyen a la marihuana, aunque no existe tampoco un estudio claro

⁵⁶ *Ibidem*, p. 197.

⁵⁷ Weil, Andrew, *op. cit.*, nota 35, p. 200.

que señale los efectos del *paraquat*, de modo, que si la mariguana no esta contaminada, su uso no es más peligroso que el del uso ocasional del alcohol, a veces se suelen escuchar estudios científicos que advierten de consecuencias terribles del uso de la cannabis, pero se basan en una deficiente investigación científica y a menudo están guiados por apasionados enemigos de la droga; de un estudio de poblaciones que han fumado cannabis durante muchos años no se revela enfermedades que puedan estar obviamente relacionadas con la mariguana.⁵⁸

El rechazo entonces a esta planta se debe en la actualidad ya no tanto a los símbolos étnicos, sino al uso que han dado ciertas tribus urbanas, como los *hippies*, así que la principal constante sigue siendo el asociar a la planta con un determinado grupo social, ya no los extranjeros, pero si los miserables o los subversivos que no están conformes con el actual orden social por ello, es que la prohibición está basada más en mitos y políticas acomodadas que de realidad y sobre todo, se aparta del campo de lo legal, pues la norma jurídica no debe elevar a la obligatoriedad coercitiva los prejuicios morales.

1.5 POLÍTICA ESPEJO DE LA PROHIBICIÓN DE LA CANNABIS EN MÉXICO

Por alguna razón las personas piensan que la mariguana es originaria de México, e incluso es común escuchar a personas señalar que en la época prehispánica era usada por los pueblos originarios de México, sin embargo, esto es falso, la mariguana es procedente de Asia, e incluso llegó a México transportada por las tropas de Hernán Cortés, que si bien, no era un vegetal que contara con una reputación excelente, tampoco era vista con malos ojos, pues se utilizaba con fines terapéuticos, Pedro Cuadrado es el responsable de haberla introducido al país en la época de la conquista,⁵⁹ pero, ¿cuándo fue el momento en que esta droga fue conocida por la población en los Estados Unidos? Esta

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *Delitos contra la salud*, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 33.

llegó al vecino del norte en 1920⁶⁰ cuando los inmigrantes mexicanos que salían huyendo por la inestabilidad creada por la revolución mexicana la llevaron en su equipaje al igual que el chile y otras especias.

Lo anterior podría explicar el que la marihuana haya sido prohibida en los Estados Unidos, pero no explica suficientemente la prohibición en México, para ello debemos remitirnos al contexto de la prohibición alcohólica, pues ambos casos son análogos.

Durante los años 20 se estableció la Ley Seca en Estados Unidos, esto dio pie a que ocurrieran acontecimientos un tanto graciosos en la frontera con México, pues, como no era posible en teoría producir licor en la Unión Americana, se producía en México y era transportado por perros amaestrados que pasaban libremente la frontera con ánforas llenas de tequila escondidas en su panza, lo cual fue muy exitoso, solamente fue descubierta esta táctica porque a los oficiales fronterizos se les figuraba muy extraño ver al mismo perro pasar innumerables veces a través de la frontera, así que alguien lo reviso y encontró las ánforas alcohólicas.⁶¹ ésta fue solo una de muchas tácticas más, pues hasta se descubrieron tuberías que atravesaban el río bravo en las cuales fluían diversos licores que eran llevados a Texas, además, de que hasta esos momentos, el Gobierno Mexicano era omiso o incluso permisivo, al punto, de que permitía que se alojaran en las aduanas de México las reservas de licores de las destilerías estadounidenses haciéndoles un 50% de descuento en el pago de sus derechos fiscales, a condición de que debía ser retirada en menos de un mes,⁶² sumándose que en la época en México había alguna indignación debido a que llegaban noticias que informaban sobre la ceguera y muertes causadas

⁶⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁶¹ Palavicini, Félix Fulgencio, *El Universal*, 1 de enero de 1920, año V, Tomo XIV, p. 3.

⁶² Palavicini, Félix Fulgencio, *El Universal*, 2 de enero de 1920, año V, Tomo XIV, p. 3.

por la venta de alcohol adulterado en Texas,⁶³ así que en realidad, la prohibición alcohólica no era muy bien vista por la sociedad en general, a excepción de los grupos cristianos protestantes, que al igual que en Estados Unidos, comenzaron a levantar sus voces contra el alcohol.

De una u otra forma la historia de la Ley Seca en Estados Unidos se hacía paralela en nuestro país, incluso los protestantes hacían absurdas afirmaciones sobre el alcohol que más tenían de mitos que de objetividad, por ejemplo, se decía que las medicinas alcohólicas eran responsables de que el 89% de los enfermos de tuberculosis murieran e incluso el 75% de los enfermos de cáncer murieran por ese motivo,⁶⁴ o decir que es un veneno igual al opio, causa de desmembraciones de familias y naciones enteras, atrofiaba los sentidos y se causaba pérdida de oído, es tan altamente adictivo que apenas un vaso de licor podía lograr dependencia siendo fuente de demencia y de delito.⁶⁵

Curiosamente, estos argumentos carentes de todo rigor científico, son muy similares a los que se utilizan hoy contra la marihuana, como lo dicho sobre que el consumir marihuana conduce a otras adicciones,⁶⁶ sin embargo, como se analizara adelante, es más recurrente que las personas adictas al opio en la actualidad hayan consumido tabaco común previamente al opio. Pero era lo que en la época pensaban los cristianos.

El gobierno de los Estados Unidos veía con molestia los incidentes fronterizos, así que comenzó a presionar a México para que adoptara medidas represivas contra el alcohol, pues, dejando de lado las creencias morales estadounidenses sobre llevar el orden al mundo entero, se veía seriamente vulnerada la Ley Seca a través de la frontera con México, tal fue la presión en

⁶³ Palavicini, Félix Fulgencio, *El Universal*, 6 de enero de 1920, año V, Tomo XIV, p. 7.

⁶⁴ Osorio, J. A., *Temperancia: las víctimas del alcohol*, el abogado cristiano ilustrado, septiembre, 1912, p. 603.

⁶⁵ El Faro, marzo 28 de 1909, p. 170.

⁶⁶ Osorio y Nieto, *op. cit.*, nota 59, P. 34.

América que en todo el continente estaba en progreso la aplicación de la Ley Seca, al punto que en 1922 la Secretaria de Salud en México recopilaba la información necesaria para generar una normatividad que prohibiera el alcohol, y esta la encontró en Chile, a quien solicito modelos de su legislación⁶⁷ con el fin de implantar zonas secas; debido a la situación especial de inestabilidad social en México, el proyecto fue aún más lento de lo que fue en el vecino del norte.

La intención era clara, muestra de ello es que el presidente Emilio Portes Gil declaró que sería implantada la Ley Seca en nuestro país, la Casa Blanca por medio del Washington post elogió esta determinación,⁶⁸ sin embargo Portes Gil entendía que el asunto debía tratarse también a nivel social y no solo en lo jurídico, así que estimuló la creación de ligas antialcohólicas en el país, como las establecidas en Durango en 1929,⁶⁹ que de cierta forma no prosperaron, y así como aparecieron, se desvanecieron en el tiempo, debido a que la realidad social en México no admitía esa prohibición.

La presión internacional no sólo se circunscribía al alcohol, pues el objetivo siguiente era el opio y las demás drogas narcóticas, así, se enviaban constantes misivas por parte de la Liga Internacional Anti-Narcótica al gobierno mexicano para que este cooperara con la prohibición a los vicios,⁷⁰ prohibición que llegó de la misma manera que en Estados Unidos, implantando impuestos a las sustancias que se querían prohibir, incluyendo al alcohol y al opio, medida que en nada agradó a los droguistas los cuales rechazaron del todo los

⁶⁷ Secretario de Salud, *oficio dirigido al secretario particular del presidente*, Archivo General de la Nación, fondo Obregón-Calles, vol. 51, exp. 121-d2-V, años de 1921-1928, 12 de agosto de 1922.

⁶⁸ Lanz Duret, Miguel, *El Universal*, año XIII, Tomo 1, 7 de enero de 1929, p.5.

⁶⁹ Lanz Duret, Miguel, *El Universal*, año XIII, Tomo 1, 9 de diciembre de 1929, p.5.

⁷⁰ Oficial Mayor de la Secretaria de Salud, *oficio dirigido al secretario particular del presidente*, Archivo General de la Nación, Fondo Obregón-Calles, vol. 51, exp. 121-a-t-121-d2-V, años 1921-1928, 12 de junio de 1923.

impuestos a las medicinas de patente⁷¹ recurriendo entonces como se hace ahora a los medios de comunicación, principalmente ante el Excélsior en que se criticaba duramente al gobierno y se le exhortaba a que creara impuestos más creativos.

Estados Unidos se mantenía muy pendiente de lo que ocurría en México, al grado de que su gobierno por medio de la embajada, solicitaba informes al Gobierno Mexicano sobre las medidas que se habían tomado para prohibir o regular el embarque y tránsito de toda clase de drogas narcóticas, así como conocer si se había firmado la convención de la Haya de 1912 y si esta ya había sido ratificada, además, de que hace mención que la Sociedad de Naciones “llama la atención de todos los estados que aún no hayan ratificado la convención del opio de 1912”⁷² (México entre ellos) por lo que se ratificó hasta el 2 de abril de 1925, esto pone de manifiesto como influyó la presión extranjera y en especial del vecino del norte para que el gobierno siguiera sus políticas internas manteniendo siempre una supervisión por medio de su embajada.

Se puede colegir que en México se dan casi al mismo tiempo la prohibición alcohólica y la prohibición a la marihuana, pero ambas surgidas por la influencia de las políticas implantadas en Estados Unidos, en efecto, lo que se considera dañino del otro lado del río bravo, también debe considerarse dañino de este lado, sin importar tanto la razón, pues se llega a razonamientos que parecen absurdos en la actualidad, como los de Miguel Macedo, quien participó en la redacción del Código Penal de 1929, pues señalaba que “un individuo puede ser peligroso para la sociedad, aun antes de lesionar un derecho (alcohólicos, toxicómanos, vagos, mendigos, paranoicos, etc.) en estos casos se habla de

⁷¹ Herrera, *Carta enviada al presidente*, Archivo General de la Nación, Fondo Obregón-Calles, vol. 56, exp. 121-h-m-56, años 1921-1928, 24 de mayo de 1927, p. p. 173-175.

⁷² Jefe del Departamento de Salubridad, *Oficio dirigido al presidente de la república*, Archivo General de la Nación, Fondo Obregón-Calles, vol. 51, exp. 121-A-T-121-D2-V, años 1921-1928, 27 de noviembre de 1922.

individuos socialmente peligrosos”⁷³ ¡lo cual es una aberración! Pues el bien jurídico tutelado ya sea la paz social o la salud, por lo menos debe ponerse en un peligro efectivo, y no baste el que sea feo mirar a en la calle a vagos o alcohólicos para que estos deban ser puestos en prisión porque son sujetos peligrosos a la sociedad aún y cuando no hayan lesionado algún bien jurídico.

Así es visible que el derecho penal debiera ser usado sólo como la medida más drástica y excepcional para preservar dicho bienes, y no por cuestiones netamente morales como las que se contemplaron en el Código de 1929, como bien lo señala García Ramírez “en el régimen penal racional, no pretende considerar como delito todas las contravenciones a las normas existentes, ni sancionar con penas, por tanto, a quienes incurran en ellas. Solo las desviaciones más graves, las verdaderamente insoportables por la lesión que producen o el peligro que generan, deben ser miradas y tratadas como delitos.”⁷⁴

Por esa razón, es que en la actualidad, el ingerir bebidas alcohólicas en la vía pública es una falta administrativa, sin embargo se siguen manteniéndose las sanciones penales en lo relacionado con la marihuana, aún y cuando se verá más adelante, el alcohol lesiona de mayor manera el bien jurídico de la salud, pero, aun y cuando en la época se sabía “que la ley penal es incapaz de reprimir el vicio y que el papel que puede desempeñar en la campaña contra la embriaguez y el alcoholismo es muy secundario; pero cree sin embargo, es indispensable que sus preceptos estén orientados en el sentido de la represión.”⁷⁵

⁷³ Macedo, Miguel S., *Exposición de motivos*, en *Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, vol. III, p.15.

⁷⁴ García Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada*, 4ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2005, p. 11.

⁷⁵ Macedo, Miguel S., *Exposición de motivos*, en *Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, vol II, p.32.

Es entonces esta una labor digna del legendario Sísifo, pues no se puede pretender realizar un acto que de antemano se sabe que no va a generar resultado por el solo hecho de considerar peligroso a un grupo de personas aun y cuando no han lesionado ningún bien jurídico. El solo hecho de considerar dañosa una costumbre aún y cuando no genera ninguna lesión, es una concepción propia de la moral, ya no de la ética por implicar está el razonamiento humano.

En la misma comisión redactora se llegó a este acuerdo “las bases generales del sistema aceptado por la comisión fueron las de que la embriaguez y el alcoholismo deben ser combatidos por el poder público, por cuantos medios sea posible, pues nunca se hará demasiado en el sentido de la prevención y de la represión de este terrible vicio.”⁷⁶ Así pues, es necesario hacer notar que de las discusiones y de la exposición de motivos no se colige estudio científico alguno tendiente a señalar los daños médicos o sociales que causa el alcoholismo o las drogas, solo discernimientos morales, no existe un tratado o un marco teórico-médico que señale los efectos nocivos del alcohol, su tiempo o su duración, solo que debe ser combatido el vicio y a los viciosos por igual.

Lo que parece más extraño aún, es que no hay absolutamente ninguna mención acerca de la marihuana, se habla de que el alcohol es malo, pero ni una sola palabra de la marihuana en la exposición de motivos, sin embargo, se contemplan sanciones para los productores, vendedores y consumidores de marihuana, como si mágicamente hubieren sido escritos en el apartado de delitos contra la salud, no se podría bajo ninguna óptica el señalar las razones jurídicas o médicas que contempló la comisión redactora del código penal para tipificar como delitos los vicios del alcoholismo y de la marihuana en razón de que no existieron, a menos claro que por los indicios señalados en este capítulo se observe que el Lic. Emilio Portes Gil había cumplido sus compromisos internacionales de prohibir el alcohol y las drogas narcóticas, aun y cuando en la sociedad nacional no eran vistos como terribles y dañosos.

⁷⁶ Ibidem, p. 23

Es una gran sorpresa el señalar que en México existió la Ley Seca al igual que en Estados Unidos, aunque que no causó un impacto tan terrible como se causó en aquel país, quizás por eso no quedó guardado en la memoria colectiva de la ciudadanía; de observar el Código Penal de 1929 se puede entender una realidad escabrosa, pues su artículo 509 sancionaba con arresto por más de seis meses y multa de quince a treinta días de utilidad la fabricación de bebidas embriagantes y su venta,⁷⁷ además de que según el artículo 523, cuando se encuentre a alguien en estado de notoria embriaguez en un lugar público se le someterá a un examen médico que de arrojar que se trata de un ebrio habitual o alcohólico crónico se le recluirá en el manicomio especial para alcohólicos (que en aquella época era la Castañeda y de la cual existen historias dignas de películas de horror) hasta que el Consejo Supremo de Defensa y Prevención social declare que el detenido está completamente curado.⁷⁸

Lo anterior indica que al vicioso se le encerrara en el manicomio indefinidamente, por si esto no fuera lo suficientemente convincente para señalar el abuso que contenía el Código Penal derogado, basta leer el artículo 525, en que señala que si se encuentra a una persona intoxicada y resultare ser toxicómano será recluido en un lugar especial (que también era la Castañeda) hasta su completa curación,⁷⁹ esto se trata de una privación de la libertad por tiempo indefinido.

Ambas parecerían la misma sanción con la que cuenta el alcohólico y el mariguano, sin embargo, en el caso de la mariguana, es diferente, pues efectivamente se era capaz de diagnosticar la supuesta dependencia a la mariguana, pero la realidad indica que la cannabis no causa adicción,⁸⁰ entonces, podríamos haber estado ante la cadena perpetua por consumir mariguana, pues

⁷⁷ Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, vol. III, p.172.

⁷⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 174.

⁷⁹ *Cfr. Idem*.

⁸⁰ Solórzano, *op. cit.*, nota 40, P. 568.

es imposible curar algo que de lo que no se padece. Era pues, como lo señalaba la exposición de motivos del Código, la represión total.

México desde entonces cuenta con una política espejo, lo que ocurra en los Estados Unidos debe ocurrir aquí, por lo menos en el texto jurídico, debido a que incluso se han utilizado contra los mexicanos medidas represivas para forzar al Gobierno Nacional a efectuar la política estadounidense en nuestro territorio, esto es el caso de la “operación intercepción” de 1969 en la que a ciudadanos mexicanos se les inspeccionaba de marea descortés y arbitraria al momento de ingresar a los Estados Unidos, y los que lo hacían por medio de vehículos particulares sufrían una revisión que dilatada demasiado con el objeto intencional de causar molestia.

Cuando el Gobierno Mexicano protestó, Estados Unidos aprovecho la ocasión para que el 10 de octubre de 1969 México se comprometiera a intensificar sus programas de lucha contra las drogas a cambio de dejar de lado la “operación intercepción,” pese al compromiso los resultados no fueron los esperados, se puso en marcha la operación intercepción de nueva cuenta, hasta que por fin en agosto de 1970 se reunieron los presidentes Días Ordaz y Nixon, acordando combatir el tráfico de marihuana⁸¹, a partir de ese momento, se dejó de aplicar la operación intercepción, aunque en la actualidad son comunes las noticias de atropellos cometidos por guardias fronterizos contra mexicanos, así que de una u otra forma, tan solo se olvidó el nombre de la operación, pero sigue en práctica.

La actitud asumida por el gobierno del vecino del norte cambio cuando el presidente Carter en 1977 decide adoptar una actitud más flexible debido a que la marihuana ya no solo era consumida por los negros y los mexicanos sino por todos los sectores de la población, así que decide despenalizar la posesión, es entonces cuando en México se aminoran las sanciones establecidas a los consumidores de drogas y se despenalizó la posesión estrictamente usada para

⁸¹ Cfr. García Ramírez, *op. cit.*, nota 28, P.107-108.

el consumo personal,⁸² en ese momento se llegó a pensar que estaba a punto de ser legalizada en su totalidad, pues desde 1972 la Comisión Nacional sobre el Abuso de Marihuana y Drogas de Estados Unidos señalaba que la Cannabis es un compuesto trivial con una toxicidad bastante limitada.

Sin embargo la Comisión Presidencial sobre el Crimen Organizado de 1986, señaló que no debiera ser legalizada porque su toxicidad es superior a la del tabaco y que era inherentemente destructiva para el cuerpo y la mente,⁸³ aunque la causa de que siga penalizada puede ser más evidente, como señala el extinto Samuel del Villar “legalizar el uso de las mismas (drogas) eliminaría *a priori* las inmensas ganancias en la industria de los estupefacientes.”⁸⁴

La política espejo de México realza su sentido cuando se observa que se han firmado los 47 acuerdos bilaterales contra el tráfico de drogas en las que no se incluye ninguna enmienda o adición.⁸⁵ Pese a esto, ha sido imposible frenar el tráfico y consumo de marihuana, como escribe Treverton, “el congreso (de Estados Unidos) se ve tentado a darle salida a su frustración imponiendo sanciones a los países productores, se niega entonces todo tipo de ayuda a los países que no son certificados y se obliga a los representantes estadounidenses a votar contra los préstamos bancarios multilaterales a dichos países.”⁸⁶

Ahora es cuando podemos adivinar la suerte de México de no seguir una política espejo, pues es indudable que su economía este basada y sea dependiente de la de Estados Unidos, con constantes crisis financieras y necesitando apoyo en cada etapa histórica que aparece, así, la penalización de la marihuana, no es más que el precio que debe pagar México por tener el apoyo de Estados Unidos. Aún y cuando los daños generados sean muy superiores a los que se pretende evitar, pues el tráfico de drogas ni sellando las fronteras se

⁸² *Cfr. Ibidem*, P. 109.

⁸³ *Cfr. Villar, op. cit.*, nota 36, p. 271

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 253.

⁸⁶ Treverton. *Op. cit.*, nota 26, p.285.

lograría detener, pues al efecto, se evita el paso de mariguana, pero se fomenta la creación de drogas sintéticas que requieren menor espacio y menores cuidados para su fabricación y transportación, pero sus efectos si son nocivos.

Se ha pretendido erradicar la mariguana por dos razones, la primera, por una cuestión moralista que le atribuye efectos nocivos que no tiene, la segunda es solo posible de probar subjetivamente, pues los políticos y gobernantes jamás reconocerán que lucran con la prohibición, pero indiciariamente podemos conocer que así como en el pasado durante la Ley Seca se encontró que el redactor de la decimoctava enmienda fue detenido por establecer una destilería ilegal, podemos señalar inductivamente que en la actualidad existen políticos o gobernantes que tienen productoras ilegales de mariguana, desafortunadamente, no es posible probarlo como se prueban los hechos en un juicio, debido a que el narcotráfico no acostumbra emitir recibos fiscales.

Este ejemplo, no solo ha sucedido con el alcohol y la mariguana, también con el peyote, pues en 1928 el Consejo Superior de Salubridad de México declaró que no es una planta enervante ni alucinógena, pero por presiones estadounidenses ha sido clasificada como una sustancia psicotrópica⁸⁷, por el solo hecho de que al igual que en la mariguana fue asociada a los inmigrantes mexicanos, el peyote es asociado a los tarahumara pobres.

De todo lo anterior basta señalar que en las ciencias sociales no puede existir la experimentación, para ello contamos con la enseñanza del pasado en la que han ocurrido hechos análogos, en este caso, la mariguana al ser próxima en su situación al alcohol puede ser estudiada en sus efectos sociales comparándolos con los ocurridos en la Ley Seca.

2.- ESTUDIO GENERAL DE LOS TIPOS PENALES QUE SANCIONAN LA CANNABIS.

⁸⁷ Cfr. Hollander, Kurt, *Batalla en el desierto, la lucha entre la plata y el peyote*, en Letras libres, febrero, 2012.

ADVERTENCIA.

A lo largo de este capítulo que constituye la piedra angular de la investigación, por efectos de practicidad me referiré genéricamente como “las sanciones a la marihuana o la prohibición de la marihuana” con respecto a las diversas hipótesis que contempla el Código Penal Federal y la Ley General de Salud (posesión, transporte, producción), salvo que en la explicación del tema sea absolutamente necesaria la individual mención de la hipótesis que se comenta.

2.1 ESTUDIO DE LOS TIPOS PENALES DE LA LEY GENERAL DE SALUD Y DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL APLICABLES A LA CANNABIS.

Para estar en posibilidad de estudiar con precisión los elementos y presupuestos que integran las conductas delictuosas que puedan relacionarse con la marihuana, debemos en primer término analizar en su conjunto los tipos penales contenidos en la Ley General de Salud y en el Código Penal Federal, en cuanto a la primera, extraeremos los orígenes legales de su prohibición, haciendo comentarios posteriores a cada artículo, y en cuanto al segundo, extraer la multiplicidad de hipótesis que sean relevantes.

La Ley General de Salud nos dice:

“Artículo 234.- Para los efectos de esta Ley, se consideran estupefacientes:

(...)

CANNABIS sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas.

(...)”

Es importante hacer mención que la Ley en comento considera a la marihuana como una sustancia estupefaciente, lo cual, al finalizar la citación de los artículos se hará mención de la razón de su importancia.

“Artículo 235.- La siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general, todo acto relacionado con estupefacientes o con cualquier producto que los contenga (...)

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

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

De este par de artículos, podemos determinar, que esta total y absolutamente prohibida cualquier conducta que tenga que ver con la marihuana, incluso, la simple posesión, uso o consumo, producción y distribución de la misma, es decir, en relación las sustancias contenidas en el 237 de la Ley bajo ninguna circunstancia podrán producirse en territorio nacional, salvo para investigación científica, en otras palabras, deberían estar extintas. Es importante destacar el último párrafo del artículo 237, pues al decir que ciertas drogas puedan ser sustituidas por otras similares que no causen dependencia, se puede intuir, que la preocupación del Estado es la de evitar la dependencia o adicción a determinadas sustancias, esto debemos tenerlo muy presente para poder continuar con el estudio en comento.

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

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

Denominación Común Internacional	Otras Denominaciones Comunes o Vulgares	Denominación Química
(...)	(...)	(...)
NO TIENE	THC	Tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7, Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas.
(...)	(...)	(...)

(...)"

De este apartado de la Ley es dado reconocer la clasificación que ocupa la marihuana como una sustancia con un valor terapéutico escaso o nulo y que constituyen un problema grave para la salud pública, es decir, se nos plantea que no existe un valor medicinal importante de la sustancia activa de la marihuana y que pueden ser objeto de un uso indebido constituyendo un problema de salud pública, en otras palabras, se puede desprender, cual es el bien jurídico tutelado que pretende ser protegido mediante este conjunto legal, y que su afectación consiste en la susceptibilidad de abuso en el consumo del tetrahidrocannabinol, así, concatenado con el artículo 237 de la Ley, podemos encontrar, que la preocupación del peligro a la salud consiste pues en la posible dependencia o adicción generada por el mal uso dado a la sustancia activa.

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. Tabla: la relación de narcóticos y la orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato prevista en el artículo 479 de esta Ley.”

Es capital la importancia de este artículo, pues, señala las concepciones legales que deben tenerse en cuenta, con respecto a la fracción II se señala la farmacodependencia (o adicción) pues de ella se desprende dos elementos en los fenómenos de comportamiento, estos son los cognoscitivos y fisiológicos, debemos resaltar que en el artículo aparece una conjunción, lo cual indica que esos dos elementos deben concatenarse, de modo que no puede existir la farmacodependencia sin uno u otro, de lo contrario, en lugar de una “y” debiera aparecer la letra “o”.

No debemos perder de vista estos dos elementos cuando se analice las consecuencias médicas que genera el uso de la marihuana, además de que se liga al concepto de farmacodependiente, es decir, el farmacodependiente debe presentar *sine qua non* los elementos de la farmacodependencia, es decir, que sus fenómenos de conducta sean cognoscitivos y fisiológicos.

En cuanto a la posesión veremos que es suficiente para que se configure que la sustancia prohibida se encuentre a una distancia considerable donde pueda ser poseída por el sujeto, a esto se le refiere radio de acción y no necesariamente que se encuentre en sus manos o su vestido para que se configure.

“Artículo 474.- Las autoridades de seguridad pública, procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones de las entidades federativas, conocerán y resolverán de los delitos o ejecutarán las sanciones y medidas de seguridad a que se refiere este capítulo, cuando los narcóticos objeto de los mismos estén previstos en la tabla, siempre y cuando la cantidad de que se trate sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla y no existan elementos suficientes para presumir delincuencia organizada.

Las autoridades federales conocerán de los delitos en cualquiera de los casos siguientes:

I. En los casos de delincuencia organizada.

II. La cantidad del narcótico sea igual o mayor a la referida en el primer párrafo de este artículo.

III. El narcótico no esté contemplado en la tabla.

IV. Independientemente de la cantidad del narcótico el Ministerio Público de la Federación:

a) Prevenga en el conocimiento del asunto, o

b) Solicite al Ministerio Público del fuero común la remisión de la investigación.

(...)"

Salvo los casos que señala el artículo anteriormente citado (que es muy explícito y no se considera mayor explicación) será competencia de las autoridades locales el conocer de los asuntos relacionados con la marihuana, además, de que, se deja ver que la posesión de hasta cinco kilogramos de marihuana es delito y que sobre pasando esa cantidad es competencia de la autoridad federal.

“Artículo 475.- Se impondrá prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, a quien sin autorización comercie o suministre, aún gratuitamente, narcóticos previstos en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla.

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

Artículo 477.- Se aplicará pena de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días multa al que posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla, sin la autorización a que se refiere esta Ley, cuando por las circunstancias del hecho tal posesión no pueda considerarse destinada a comercializarlos o suministrarlos, aun gratuitamente. “

Aquí se hace mención a la punibilidad obtenida como consecuencia de la distribución y posesión (que en el caso estricto que nos ocupa) de la marihuana

que en su caso es por hasta cinco kilogramos, además de señalar quien es el sujeto pasivo o víctima del delito, es decir, el individuo a quien se le proporcione la droga, pero se debe ser muy cuidadoso en la interpretación, pues efectivamente la Ley señala un caso específico de la víctima cuando es menor de edad, pero, al hablar de la especificidad de una posible conducta, señalamos indirectamente que es el único tipo aplicable en donde aparece el objeto material, en consecuencia, la pena solo se agravará cuando esa persona sea menor de edad.

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

(...)

Artículo 479.- Para los efectos de este capítulo se entiende que el narcótico está destinado para su estricto e inmediato consumo personal, cuando la cantidad del mismo, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones no exceda de las previstas en el listado siguiente:

Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato	
Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato
Opio	2 gr.
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg.
Cannabis Sativa, Indica o Mariguana	5 gr.

Cocaína	500 mg.	
Lisergida (LSD)	0.015 mg.	
MDA, Metilendioxi-anfetamina	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34-metilendioxi-n-dimetilfeniletamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

(...).”

Es sumamente importante este par de artículos, en virtud de que nos deja conocer que la simple posesión de marihuana está prohibida, esto se debe resaltar, porque muy a menudo se piensa por el público en general, que la posesión de la marihuana es lícita penalmente, lo cual es falso, pues de la interpretación armónica de los artículos precedentes encontramos que única y exclusivamente está permitida como “excepción” la posesión de hasta cinco gramos de marihuana, pues se supone que es solo para uso estrictamente personal. Lo cual, interpretado *contrario sensu*, cualquiera de las otras hipótesis legales llevan implícitamente la posibilidad de la distribución de la marihuana a otras personas, aun cuando según el 477 señale que no exista la consideración de la distribución de la droga, pues implícitamente se encuentra el peligro abstracto de su posible distribución, de lo contrario, no estaría sancionada penalmente la posesión de hasta cinco kilos de marihuana.

En cuanto al Código Penal Federal encontramos lo siguiente:

“TITULO SÉPTIMO
Delitos Contra la Salud
CAPITULO I

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

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

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

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

(...).”

Analicemos algunas características especiales de este artículo, primero hay que darnos cuenta de que se trata de tipo abierto, que reconoce genéricamente cualquier conducta donde se esté implicada la marihuana, deseo pensar que este excluida de este tipo penal el observar la droga, pues es tan amplio y genérico que de una interpretación taxativa incluso el observarla sería una conducta punible.

Señalemos entonces que el artículo impone la obligación al juzgador de entrar al análisis sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado el cual es la salud pública que por lo menos debe estar en el peligro de ser dañada por el despliegue conductual del sujeto activo, no debemos perder de vista la

serie de elementos que se han ido mencionando después de cada artículo pues todos se han de relacionar.

“Artículo 194.- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

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

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

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

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

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

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

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

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

(...).”

De lo extraído de la Ley General de Salud, resulta imposible que la Secretaría de Salud Federal expida alguna autorización de cualquier especie relacionada con la marihuana, salvo fines de exploración científica, por lo tanto, no puede ser prescrita ni suministrada bajo ninguna circunstancia; en cuanto al introducir aún solo en tránsito la marihuana al país, bajo ninguna óptica se pone en riesgo la salud pública del Estado, es más bien una conducta con dedicatoria a otro destinatario, pues se está resguardando al vecino del norte de la entrada de drogas, es decir, el Derecho Mexicano por el principio de política espejo se ha convertido en el mercenario de Estados Unidos.

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

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

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

No basta entonces que se trate de tipos abiertos los que estamos analizando, además se agrega un toque de derecho autoritario al Código, pues aun y cuando la simple posesión de marihuana esta sancionada, se agrega que superando el umbral de cinco kilogramos el Estado presume que se cometerá alguna conducta tipificada (como manufacturar, producir, vender, suministrar, etc., etc.) la cual ni siquiera es necesario especificar, solo se presume que se cometerá alguna y es todo, aunque esto se maneje como una presunción *iuris tantum* que invierte la carga probatoria al imputado, lo cierto es que se presenta como una *iuris et de iure*, pues es imposible probar algo que no se iba a realizar, en otras palabras, aunque la carga de la prueba se invierta contra el que posee más de cinco kilogramos de marihuana, no se dispone de un medio de prueba idóneo o eficaz para acreditar la no comisión de un hecho futuro.

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

Artículo 198.- Al que dedicándose como actividad principal a las labores propias del campo, siembre, cultivo o coseche plantas de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares, por cuenta propia, o con financiamiento de terceros, cuando en él concurren escasa instrucción y extrema necesidad económica, se le impondrá prisión de uno a seis años.

Igual pena se impondrá al que en un predio de su propiedad, tenencia o posesión, consienta la siembra, el cultivo o la cosecha de dichas plantas en circunstancias similares a la hipótesis anterior. Si en las conductas descritas en los dos párrafos anteriores no concurren las circunstancias que en ellos se precisan, la pena será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el artículo 194, siempre y cuando la siembra, cultivo o cosecha se hagan con la

finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en las fracciones I y II de dicho artículo. Si falta esa finalidad, la pena será de dos a ocho años de prisión.

(...).”

Aun y cuando no pueda ser operativa la presunción que contempla la Código en el artículo 195, de todas formas será punible la posesión, y en el 198 se observan las diversas hipótesis de la producción de marihuana, que en resumidas cuentas, cualquiera y de la forma que sea la producción es punible.

De todo lo narrado con anterioridad, y con una interpretación armónica de la Ley y el Código se extrae en general estos elementos.

- a) La norma jurídica: No existe mayor problema en este presupuesto, pues efectivamente existen en la Ley General de salud y en el Código Penal Federal, cuentan con los debidos elementos formales de publicidad y vigencia.
- b) Sujeto Activo: Cualquier persona mayor de edad que posea, produzca y/o distribuya marihuana bajo cualquier circunstancia o modalidad, salvo la excepción del consumo inmediato e individual de hasta cinco gramos de droga.
- c) Sujeto Pasivo: Podría existir polémica para determinarlo, pues este es el titular del bien jurídico tutelado⁸⁸, y al ser este un bien abstracto como la salud pública, el titular lo es toda la sociedad, sin embargo como se observó al analizar el artículo 475 de la Ley General de Salud, se señala que la víctima solo puede ser cualquier persona menor de edad a quien le sea proporcionada la droga. Para evitar confusiones, tomaremos en la presente como sujeto pasivo a la sociedad pues no se debe confundir el sujeto pasivo con el objeto material que es la víctima directa o

⁸⁸ Reyes Echandia, Alfonso, Tipicidad, Colombia, Themis, 1989, p. 42.

indirecta y que a excepción de ese artículo, el objeto material es el que realiza la conducta relacionada con la marihuana.

- d) Bien jurídico tutelado: La legitimidad del estado para castigar con el *ius puniendi* radica en la protección de los bienes jurídicos que necesitan de él para subsistir,⁸⁹ se pretende proteger la salud pública que en palabras de Suárez, “se trata de un bien difuso que da lugar a tipos de peligro abstracto que no requieren que se afecte algún bien particular. Son consecuencias prácticas de la configuración del tráfico de drogas como delito de peligro abstracto: consumación anticipada; difícil admisión de actos preparatorios punibles y de las formas de imperfecta ejecución; la penalización no exige un daño concreto e individualizado; son delitos de mera actividad; y, se exige un verdadero peligro abstracto a la salud pública.”⁹⁰

Analicemos entonces el bien jurídico de la salud pública y si en realidad existe o no en el caso de la prohibición de la marihuana.

2.2 EL BIEN JURÍDICO TUTELADO DE LA SALUD PÚBLICA, DETERMINACIÓN Y DEFENSA.

¿Qué son los delitos contra la salud? Osorio nos dice que “Los delitos contra la salud pública son todos aquellos actos u omisiones que dañan o ponen en peligro las normales funciones fisiológicas o mentales del individuo, la higiene

⁸⁹ Cfr. González-salas, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, México, Oxford University press, 2001, p. 17.

⁹⁰ Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (coord.) *et. al.*, *Manual de derecho penal, parte especial*, 3a ed., España, 2005, t. II, p. 435 citado por Correa de Carvalho, José Teodoro, *Tráfico de drogas, prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, España, Juruá editora, 2009, p.p. 54-55.

colectiva y en general las adecuadas condiciones sanitarias de la población,⁹¹ ahora preguntemos...

¿Qué es la salud pública? No queda duda del bien jurídico tutelado, sin embargo, es necesario entrar a su estudio de fondo sobre su origen y distinción para determinar si existe o no el presupuesto del delito y obviamente la existencia de este último.

Doctrinariamente se han formado dos corrientes que han tratado de explicar la naturaleza de los bienes jurídicos, estas son la inmanente y la trascendente, entre los exponentes de esta concepción encontramos a Kart Binding y Richard Honing quienes en lo sustancias señalaron que el bien jurídico es una creación del legislador con una función sistemática cuyo único límite es la razón y cuyo fin se encuentra plasmado en la norma; en cambio en la doctrina trascendente encontramos a Von Litzt quien está en desacuerdo con la concepción meramente jurídica del bien jurídico y lo señala como un interés vital del hombre o de la colectividad.⁹² Como ya vimos en el estudio general realizado en el capítulo anterior, es demasiado abstracto el señalar a la salud pública, y como se demostrará, en el caso de la marihuana esta no se ve afectada, es pues una creación metafísica del legislador y por tanto se empata con la corriente inmanente, aunque, ello no quiere decir que en la realidad se cumpla con el límite impuesto por la lógica.

Señalado pues que el bien jurídico es un elemento inmanente de la norma jurídica, es decir, presumimos formalmente que la norma penal lo protege, procedamos a descubrir, si es fácticamente cierto. Para ello debemos tener claro lo que señala García Ramírez “los tipos penales, específicamente, y el derecho penal sustantivo, genéricamente, sirven a un objeto natural: preservar mediante la amenaza y la imposición de penal, los bienes más relevantes de la existencia social, concebida como marco indispensable para el desenvolvimiento de la vida humana. Un régimen político racional, proyectado hacia el terreno de los delitos

⁹¹ Osorio y Nieto, *op. cit.*, nota 59, P. 37.

⁹² *Cfr, ibidem*, p. 9.

y las penas, y por ello transfigurado en el régimen penal racional, no pretende considerar como delito todas las contravenciones a las normas existentes, ni sancionar con penas, por lo tanto, a quienes incurran en ellas, sólo las desviaciones más graves, las verdaderamente insoportables por la lesión que producen o el peligro que generan, deben ser miradas y tratadas como delitos.”⁹³ Esto es el principio de *ultima y extrema ratio*, en que se basa el Derecho Penal. Es decir, esas lesiones deben ser gravísimas para que sean prevenidas o sancionadas por el derecho penal, así que estas lesiones deberían ser un límite para la creación normativa del legislador, toda vez, de que si no generan un daño efectivo o un peligro real al bien jurídico, deben ser desechadas porque no deben tomarse en cuenta la gravedad meramente espiritual y valorativa.⁹⁴

En resumidas cuentas, debemos advertir como primer elemento, si el bien jurídico es verdaderamente amenazado con una gravedad tal que deba ser protegido con lo drástico del derecho penal, o por si contrariamente nos encontramos ante una figura legal cuyo única razón de ser es la presunción de proteger un bien jurídico, pero se encuentra desprovista de un contenido real.

Para entender un criterio semejante acudimos a lo propuesto por Rivera al considerar que “parte de la doctrina recurre a la supremacía de la constitución como su organismo formalizador, mientras que otros autores acuden a planteamientos sociológicos. Por ende propugnan la configuración material de bien jurídico con contenido social. En este sentido, la seguridad jurídica no puede consistir en la satisfacción de reglamentos meramente formales, máxime en un mundo caracterizado por el continuo flujo y variación de las circunstancias sociales, económicas y de todo tipo, destacadas en él, más interesado, por tanto, en controlar el riesgo, por cuya causa. Se incrementan los llamados delitos de peligro abstracto, y que acuden al derecho penal simbólico, con grave desmedro

⁹³ García, *op. cit.*, nota 74, p.11.

⁹⁴ *Cfr.* Rivera Llano, Abelardo, *derecho penal posmoderno*, Colombia, Temis, 2005, p. 579.

de la prueba de un daño efectivo y, por ende, de la causalidad del comportamiento”⁹⁵

De lo anterior encontramos un segundo principio, si el bien jurídico se encuentra provista de un contenido social, es decir, que su regulación logre preservar la convivencia social, y no se trate solo de un símbolo nacido de una concepción moral.

Ya expresado lo anterior, debemos reiterar, que es muy difícil poder determinar en qué consiste la salud pública, al ser demasiado abstracta, incluso la sola palabra salud es demasiado oscura pues no existe nadie que esté absolutamente sano, aportemos entonces la definición dada por la Organización Mundial de la Salud que dice “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”⁹⁶

Por su parte Osorio señala “salud pública o salubridad pública o salubridad general, es un conjunto de conocimientos de la ciencia y otras disciplinas que organizan, estructuran y orientan la actividad conjunta del gobierno y particulares para proteger (prevenir), fomentar y restablecer la salud y aumentar las expectativas y la calidad de vida de la población de determinada área territorial. La salud pública no es la suma de la salud de los individuos que componen un determinado grupo social.”⁹⁷ Es evidente que como señala el autor, la salud pública no es la suma de la salud colectiva, sino entonces es más amplia al abarcar el estado sanitario de la población, su organización sanitaria, la medicina preventiva de la enfermedad y el alargamiento de la vida con la salud mental y física, controlar las enfermedades infecciosas, educación sanitaria, que cada

⁹⁵ *Ibidem*, p. 580.

⁹⁶ *World Health Organization. Preamble to the Constitution of the World Health Organization. Official Records of the World Health Organization No. 2, 1946, p. 100.*

⁹⁷ Osorio y Nieto, *op. cit.*, nota 59, P. 23.

individuo tenga un nivel de vida adecuado, tomando en consideración que se forma parte de la medicina preventiva.⁹⁸

Conjugemos ahora los principios ya señalados y los elementos constitutivos de la salud pública para determinarla ontológicamente. Es pues una figura inmanente creada por el legislador, intrínsecamente contenida en la norma jurídica dotada de contenido social para promover un estado de bienestar físico, mental y social, mediante el control de enfermedades infecciosas, la educación sanitaria, la prevención de la enfermedad, con el fin de fomentar y restablecer la salud y aumentar las expectativas y calidad de vida de la población en su conjunto.

Ya conformada la definición extraigamos sus partes:

- a) Naturaleza: Es pues una figura inmanente creada por el legislador, intrínsecamente contenida en la norma jurídica; toda norma jurídica proviene de un órgano debidamente facultado para su creación, en este caso, es el Poder Legislativo, por ello hablamos que el bien jurídico de la salud pública es instituido por el legislador mediante un proceso racional, no podemos palpar a la salud pública o tomarla de la mano, es pues una creación apriorística, una figura abstracta cuya existencia se extrae del fin de la norma jurídica, es decir, la norma no dice lo que es, pero si pretende protegerla.
- b) Objeto: dotada de contenido social para promover un estado de bienestar físico, mental y social; es una creación abstracta, pero, no por ello debería ser un objeto metafísico, si la conocemos racionalmente es a partir de una serie de observaciones de un fenómeno social para que esta logre su convivencia armónica y no por el contrario sea más agravada. De no contener este elemento, podríamos caer en excesos en la creación de bienes

⁹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 31.

jurídicos pues podríamos señalar como tales a la fe, la religión, a Dios mismo, o el contrariar concepciones establecidas como verdades. Estas observaciones sociales deben conducir conjuntamente al bienestar físico, mental y social, no solo a la ausencia de enfermedades, también a su desarrollo corporal (físico), mental y a su la correcta integración de forma armónica a la sociedad.

- c) Medios: utiliza el control de enfermedades infecciosas, la educación sanitaria, la prevención de la enfermedad; el factor físico es muy importante, por ello es que se da especial importancia al cuidado de las enfermedades infecciosas, la educación consistente en una divulgación del conocimiento y de la pedagogía para un correcto desarrollo físico y mental, con ello, el sujeto tendrá la posibilidad de evitar la enfermedad o en caso de presentarse la de tomar las medidas necesarias para su cura.
- d) Teleología: con el fin de fomentar y restablecer la salud y aumentar las expectativas y calidad de vida de la población en su conjunto; a final de cuentas se pretende aumentar la vida y su calidad en la población en general.

Tomando como premisa nuestra definición de salud pública, determinaremos ahora en qué consiste el daño o la puesta en peligro de este bien jurídico.

Consideremos que en los artículos de la Ley General de Salud y en el Código Penal Federal, se habla de un daño abstracto, es decir, basta con la mera posesión de marihuana (a excepción de los cinco gramos permitidos) para que sea punible, sin que en efecto se haya verificado un agravio, daño o puesta en peligro a la salud pública, así que al ser extremadamente difícil sino imposible el manejar dos situaciones abstractas como son la abstracción de la puesta en peligro de un bien abstracto, supongamos entonces que el daño deja de serlo y

se ha configurado efectivamente el daño a la salud pública al propagarse el consumo de la marihuana.

Partamos que el daño a la salud pública consiste en la negación u obstrucción de alguno de sus elementos aportados según nuestra definición, es decir un ataque a:

- a) A su naturaleza: es imposible dañar o poner en riesgo a un elemento abstracto, es decir, no podemos dañar o poner en peligro al número uno, al dos, o a la fe, porque son elementos concebidos en la racionalidad humana igual que la salud pública.
- b) A su objeto: podemos dañar el objeto de la salud pública, pues el daño consistiría en evitar la convivencia armónica de la sociedad evitando su bienestar físico, mental y social. Es decir, se daña sí propagamos la enfermedad física o mental en los individuos de la colectividad con agentes patógenos, infecciosos, venenos y cualquier otra cosa análoga. Que evite el desarrollo corporal. Mental y que evite la convivencia social.
- c) A sus medios: también es posible dañar los medios de la salud pública, esto es, la prevención, la cual se daña al evitar la educación sanitaria, el tratamiento de las enfermedades y el desarrollo humano en la sociedad.
- d) A su teleología: es susceptible de daño cuando evitamos que la salud física y mental se preserve o se restablezca y en consecuencia se disminuya la duración y la calidad de vida.

Lo dicho es en cuanto al bien jurídico, En cuanto a la norma de la cual se desprende intrínsecamente este, debemos señalar que debe cumplir con algunos principios extras para verdaderamente efectuar su misión protectora.

Greiff nos señala que “las leyes relativas al consumo de narcóticos hasta ahora conocidos, aun cuando formalmente válidas, no llenan ni el requisito de respetar la libertad de asociación, ni el de corresponder con principios éticos generales, ni el de ser producto de una deliberación racional (debido a la desinformación de quienes las aprobaron), aparte de ser racionalmente ineficaces.

No llenan el requisito de respetar la libertad ni el de adecuarse a los principios éticos generales que inspiran la vida de las sociedades donde rigen. Debe tenerse en cuenta que los valores o principios predominantes y preeminentes en todas ellas son la libertad y la igualdad. Ahora bien, de acuerdo al principio de igualdad. El aspecto no debe mostrar ninguna favoritismo hacia alguna concepción de bien que tenga una porción de la sociedad, así sea la mas numerosa, por encima de las distintas preferencias que tengan otros segmentos de la población, pues se violaría su igualdad. Pero como las personas no gozan de igualdad sino de libertad, de ello resultan diversos estilos de vida que deben ser respetado en tanto no afecta la igual libertad de todos, por esto la Ley penal no debe ser usada para imponer una determinada concepción de la moral, porque éste no es el papel que le corresponde a un legislador.”⁹⁹

De lo dicho, extraigamos ahora los elementos que debe reunir la norma que pretenda resguardar al bien de la salud pública. Estos son:

- A) Que sean formalmente correctas; es decir, que se encuentren vigentes. Lo cual así es y cumplen con este principio.

⁹⁹ Greiff, Gustavo de, *La creación legislativa de delitos*, en Greiff , Pablo de, et. Al. (comp.), *Moralidad, legalidad y drogas*, México, Fondo de cultura económica, 2002, p. 225.

B) Que sean racionales: es decir:

- a) Que esté libre de una predisposición moral.
- b) Que efectivamente su consumación dañe a la salud pública.
- c) Que ese daño sea insoportable para justificar la protección penal.
- d) Que la sanción penal sea proporcional a la afectación al bien.
- e) Que sea la protección eficaz y no dañe otros bienes jurídicos de una forma peor (la vida, igualdad, libertad, seguridad, etc.).

En resumidas cuentas, de todo lo narrado, debemos explorar si, el bien jurídico de la salud pública es dañado por la consumación de las conductas típicas contenidas en la Ley General de Salud y en el Código penal Federal y consecuencia si éstas son racionales.

2.3 EL DAÑO A LA SALUD CAUSADO POR LA CANNABIS.

Retomemos el concepto aportado de salud pública como una figura inmanente creada por el legislador, intrínsecamente contenida en la norma jurídica dotada de contenido social para promover un estado de bienestar físico, mental y social, mediante el control de enfermedades infecciosas, la educación sanitaria, la prevención de la enfermedad, con el fin de fomentar y restablecer la salud y aumentar las expectativas y calidad de vida de la población en su conjunto. Y determinemos pues, el daño que produce a cualquiera de sus elementos, para ello será necesario el conocer sus características.

El problema de las drogas puede comenzar incluso con su propia definición pues en muchos casos resulta vaga, al efecto el diccionario de la Real Academia señala:

1. f. Sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes.

2. f. Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno.¹⁰⁰ Mientras que Correa de Carvalho señala que “droga puede ser definida como toda sustancia que introducida en el organismo pueda generar alteraciones en un funcionamiento normal del cuerpo humano.”¹⁰¹ Sin embargo, de estas definiciones, podemos deducir que cualquier sustancia que cause un cambio en el cuerpo humano al deprimirle o estimularle es una droga, lo cual, podría incluso llevar a pensar que el café, té, chocolate, alcohol, bebidas energéticas son también drogas,¹⁰² la diferencia entre el alcohol por ejemplo y la marihuana, es entonces, que unas estén prohibidas y otras no.

La característica más importante de las drogas es el efecto que causan en el cerebro y el cuerpo con sus respectivas consecuencias momentáneas o permanentes así como que se les atribuye el efecto de causar adicción, la tolerancia y los cuadros de abstinencia.¹⁰³

Señaladas ya las consecuencias y efectos indeseables de las drogas respondamos lo siguiente ¿La marihuana causa adicción? Para responder esta pregunta debemos señalar que se entiende por adicción a “la necesidad orgánica de la droga. El organismo se habitúa y no puede funcionar normalmente sin ella, es una necesidad metabólica del organismo. Al suspender bruscamente la droga el adicto reacciona con pérdida de conciencia o confusión, convulsiones, hiperhidrosis, ansiedad, calambres, vómito, taquicardia, etc. este es el llamado

¹⁰⁰ “Droga” en *Diccionario de la Lengua española*, (en línea, consulta 25, marzo, 2013) 22ª ed., versión digital disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=droga>.

¹⁰¹ Correa de Carvalho, José Teodoro, *Tráfico de drogas, prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, España, Juruá editora, 2009, p. 26.

¹⁰² Cfr. *Idem*.

¹⁰³ Cfr. *Idem*.

“síndrome de abstinencia”, como ocurre en las morfinomanías¹⁰⁴ es decir, la principal característica indeseable de las drogas es entonces que causan adicción por una alteración fisiológica y síndrome de abstinencia, esto lo vemos reforzado según lo plantea Rosenzweig al señalar “adicción a drogas: estado de uso compulsivo de la droga caracterizado por una necesidad imperiosa de consumir la droga, el aseguramiento de su suministro y una elevada tendencia a la recaída, que cesa cuando se ha consumido la droga.”¹⁰⁵

Es conveniente señalar que no debe ser confundida la adicción con el abuso, ya que el abuso a las drogas es el “empleo autoadministrado de cualquier droga de modo que se desvía de patrones médicos o sociales aprobados en una cultura determinada. Este uso inadecuado incluye agentes como la morfina o los tranquilizantes, pero también al tabaco, el café, los laxantes o las vitaminas.”¹⁰⁶ Ni tampoco debe ser confundida con la dependencia, que es “la condición en que un individuo requiere una droga para funcionar normalmente”¹⁰⁷ de la cual existen dos variantes, la física que se produce por el empleo constante de una droga y que puede causar síndrome de abstinencia y la psicológica que es constituida por un intenso deseo vehemente de la droga con la intención de tener una sensación de bienestar,¹⁰⁸ además, es preciso señalar a la tolerancia que producen, es decir que con su consumo habitual decrecen los efectos producidos.¹⁰⁹

Ahora, recordemos que en la Ley general de salud se habla de la marihuana como un estupefaciente, es decir, una sustancia que causa estupor, asombro o pasmo, sin embargo, es a menudo incluida en las listas de alucinógenos, lo cual no indica que su consumo genere imágenes de personas

¹⁰⁴ Solórzano, *op. cit.*, nota 40, p. 550.

¹⁰⁵ Rosenzweig, Mark R., *e.t al.*, *Psicología fisiológica*, 2a ed., trad. De Montserrat Pérez Paines *et. al.*, México, Mc Graw-Hill, 1995, p. 225.

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Cfr. Idem.*

¹⁰⁹ *Cfr. Idem.*

irreales, animales fantásticos o situaciones como las que a menudo aparecen en la televisión, es una sustancia de este tipo, en virtud de que provoca “ciertas ilusiones, como una conciencia sensorial más vívida, un incremento en el estado de alerta o del discernimiento súbito.”¹¹⁰ De acuerdo a esto, la marihuana no causa estupor, por exclusión entonces, no es un estupefaciente, sino un alucinógeno.

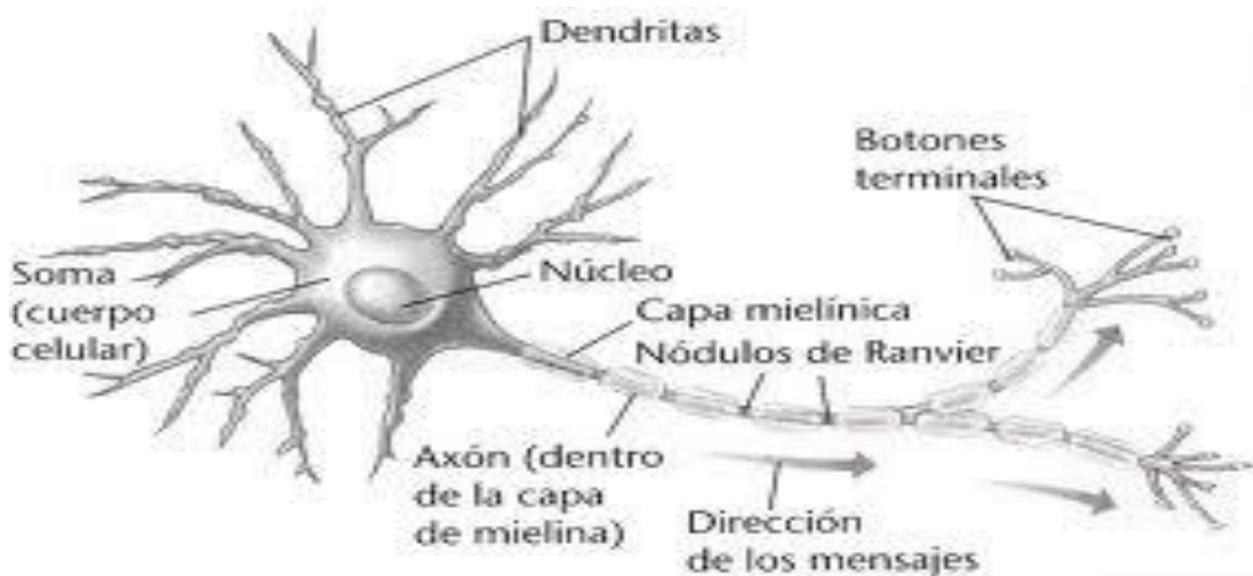
La importancia de dejar en claro que la marihuana es un alucinógeno radica en que los alucinógenos no causan adicción desde un punto de vista fisiológico ni lleva a la dependencia física, por consiguiente no generan reacción de abstinencia. Además de que de todas las sustancias alucinógenas la marihuana es la más leve.¹¹¹ En conclusión, la marihuana no es adictiva, no genera dependencia fisiológica, ni biológica, ni síndrome de abstinencia¹¹².

¿Por qué no causa adicción y cómo funciona? Para entender esto debemos recurrir un poco a algunos términos utilizados en la neurología, comencemos con el funcionamiento de la célula principal del sistema nervioso central, la neurona, de la cual se agrega una imagen:

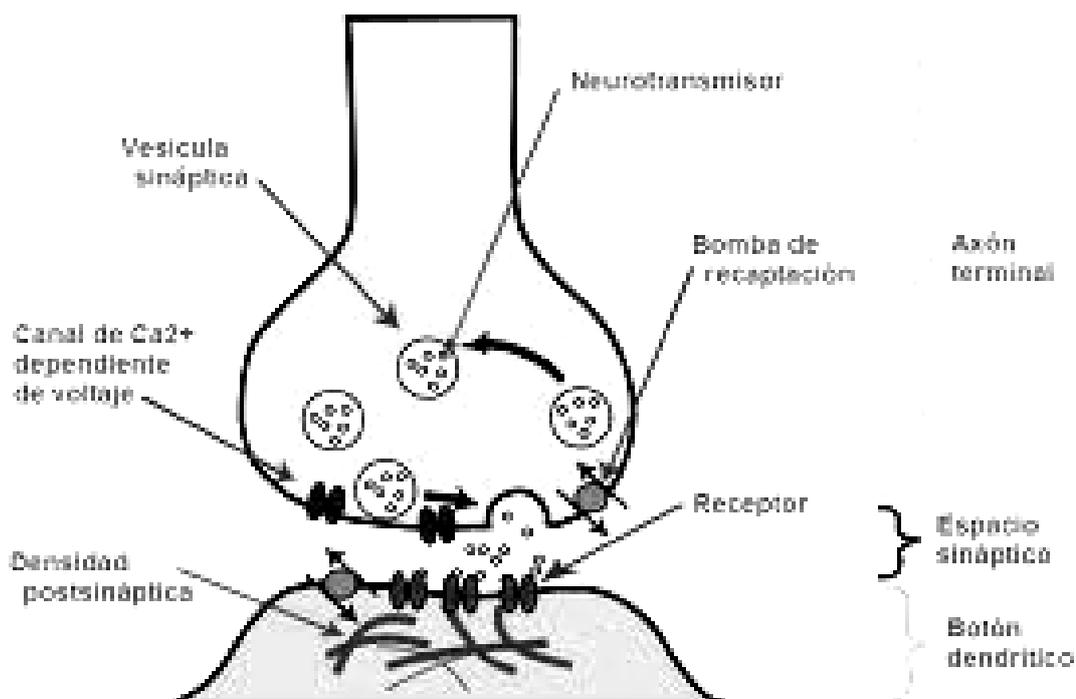
¹¹⁰ Sue, David, *et.al.*, *Comportamiento anormal*, 4a ed., trad. De Jorge Alberto Velásquez Arellano, México, Mc Graw-Hill, 1995, p. 287.

¹¹¹ *Crf. Idem.*

¹¹² Tello, Francisco Javier, *Medicina forense*, Harla, México, 1991, p. 301.



Las neuronas entre si no pueden tocarse, identifíquense las dendritas en el esquema; son una especie de ramificaciones que sirven para acercarse a otras neuronas y mantener comunicación con ellas, tal como se muestra en el siguiente esquema:



Esta comunicación se denomina sinapsis y tanto plantas como animales han desarrollado sustancias para influir sobre esta comunicación, llamadas neurotransmisores¹¹³ los cuales se utilizan para mantener el correcto funcionamiento y equilibrio de todos los sistemas del cuerpo humano, a esto se le denomina “La homeostasis,”¹¹⁴ los neurotransmisores son sustancias químico-biológicas que interactúan entre las neuronas para mantener la homeostasis en el cerebro y la espina dorsal, viajando distancias muy cortas¹¹⁵ en lo que se denomina espacio sináptico entre las dendritas de las neuronas donde son recibidas por los receptores (proteínas especiales) ubicados en las dendritas de la neurona receptora.

Las drogas, pueden contener o generar sustancias similares a los neurotransmisores que utilizan las neuronas, así que cualquiera que estas sean, generan interacciones y efectos en los receptores sinápticos de las neuronas, estas interacciones son de dos tipos, agonista y antagonista; las sustancias agonistas generan una estimulación, mientras que los antagonistas bloquean el receptor y evitan que el neurotransmisor enviado por otra neurona pueda comunicar un mensaje bio-químico. Podría decirse que el efecto agonista es una llave que abre una cerradura mientras que el antagonista es la llave que la cierra.¹¹⁶

El espacio sináptico es de apenas 0.00002 milímetros, y está presente en todas las ramificaciones de las más de 10 billones de células que contiene el sistema nervioso, formando así una red de comunicaciones tan compleja como el Internet¹¹⁷ que es capaz de controlar todos los sistemas y funciones vitales del ser humano a la vez de generar algo tan maravilloso como la conciencia humana.

¹¹³ Cfr. Rosenzweig, *op. cit.*, nota 16, p. 214.

¹¹⁴ Cfr. Hanson, Glen R, *et. Al., Druggs and society; 7a ed.* Estados Unidos, *Jones and Darlett Publishers*, 2002, p.114.

¹¹⁵ Cfr. *Idem.*

¹¹⁶ Cfr. *Idem.*

¹¹⁷ Cfr. *Idem.*

Los efectos de las drogas tienen que ver con este proceso neurobiológico, pues en el cuerpo humano se producen neurotransmisores que son muy parecidos a los producidos en el cuerpo de otras plantas o animales, es decir, en el caso del opio, el ser humano tiene la capacidad de intoxicarse con él debido a que tenemos en el espacio sináptico receptores especializados para interactuar con el opio, es decir, producimos algo similar al opio de manera interna, lo mismo ocurre con la morfina, pues el cuerpo humano produce endorfinas endógenamente, la morfina es una imitación de una endorfina, el cuerpo al no notar la diferencia la recibe e interactúa estimulando el receptor sináptico y estimulando a la neurona y a todo el sistema nervioso.¹¹⁸

El caso de la marihuana es sumamente peculiar, pues en ella están presentes cerca de 60 sustancias que podrían influir de alguna manera en la sinapsis, curiosamente, existen cannabinoides psicoestimulantes y antagonistas, es decir, la mayoría de las sustancias psicoactivas de la marihuana se neutralizan entre ellas mismas sin que logren interactuar en la sinapsis, algunas si logran intervenir, pero aún no existe información suficiente sobre su mecanismo de acción, como es el caso del delta-9 tetra-hidrocannabinol que se ha identificado como la principal sustancia activa y a la anandamida,¹¹⁹ aunque se hable de un sistema endocannabinoide, no es posible afirmar que las sustancias presentes en la marihuana sean propiamente similares a los neurotransmisores, sino que los cannabinoides interactúan con los neurotransmisores que provocan dolor y malestar, como las prostaglandinas, uniéndose a ellas y neutralizándolas, pero, no interfieren con otros neurotransmisores que regulan funciones orgánicas ni con las que causan placer y bienestar como las endorfinas.

Se trata entonces la marihuana de una “modulador pre-sináptico” que inhibe a la mayoría de los neurotransmisores a excepción de la dopamina que

¹¹⁸ *Cfr. Ibidem.* P. 118.

¹¹⁹ *Cfr. Ibidem.* P. 385.

genera placer en el cuerpo humano¹²⁰ es decir, la marihuana neutraliza el dolor y malestar que generan otras sustancias que normalmente están presentes en el cuerpo humano, sin que interfiera directamente en la sinapsis.

Es por ello, al no interactuar directamente en la sinapsis es que aún no se conoce la dosis letal de marihuana y en 5000 años registrados no se conoce de alguien que haya muerto por sobredosis de esta hierba¹²¹ y por ello mismo es que no causa adicción, dependencia ni muerte.

¿Por qué entonces existen historias de gente que queda estúpida por consumir marihuana, se convierte en adicta, desarrolla enfermedades o incluso muere? Es muy fácil de responder, debido a que la mayoría de los que son adictos, lo son a otras sustancias potencialmente más dañinas como al tabaco, el alcohol y los inhalantes. Que si son adictivos, entonces, se es adicto a esas sustancias y no a la marihuana, en caso de las enfermedades, la estupidez o la muerte se debe a que una de las políticas gubernamentales impulsadas desde Estados Unidos para erradicar la hierba es el contaminarla con *paraquat*, un pesticida que seca la planta, y que es capaz de producir fibrosis pulmonar, cáncer e incluso la muerte.¹²² Es una política tan absurda como querer curar un dolor de cabeza con una guillotina.

Si tomamos en cuenta las características detestables de las drogas y que fueron señaladas en el principio de este apartado las cuales son:

- a) causan adicción,
- b) Generan dependencia biológica-fisiológica,
- c) Deprimente,

¹²⁰ Rodríguez Carranza, Rodolfo, *Farmacología de la marihuana*, en Coloquio sobre adicciones bases farmacológicas del consumo de la marihuana y su impacto en la protección de los Derechos Humanos, 24 de enero de 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 10:45 hrs.

¹²¹ *Cfr.* Hanson, *op. cit.*, nota 114, p. 384.

¹²² Tello, *op.cit.*, nota 112, p. 301.

- d) Narcótico,
- e) Alucinógeno,
- f) Alteraciones en el normal funcionamiento del cuerpo,
- g) Genera tolerancia,
- h) Causan síndrome de abstinencia.

Veamos resumidamente cuales son producidas por la marihuana:

- a) causan adicción, NO
- b) Generan dependencia biológica-fisiológica, NO
- c) Deprimente, NO
- d) Narcótico, NO
- e) Alucinógeno, SI
- f) Alteraciones en el normal funcionamiento del cuerpo, SI
- g) Genera tolerancia, SI
- h) Causan síndrome de abstinencia NO.

Así, también el efecto dañino de la marihuana al fumar 4 cigarrillos a la semana es equivalente al de 16 cigarrillos de tabaco diario,¹²³ (el cual aún es discutido por la comunidad científica) riesgo que puede ser evitado si la marihuana es consumida en vaporizaciones o en infusiones de té.

De la explicación del funcionamiento de la marihuana en el cuerpo humano estamos en facultad para que tomemos ahora nuestros elementos que se determinaron para integrar al bien jurídico de la salud pública para determinar si son dañados o afectados, suponiendo obviamente que la marihuana ya esté siendo consumida por el público.

- a) A su naturaleza: Al ser una creación abstracta no podemos dañar su naturaleza.

¹²³ Cfr. Sue, *op. cit.*, nota 110, p. 288.

- b) A su objeto: vimos que el daño a su objeto se integra por; evitar la convivencia armónica de la sociedad evitando su bienestar físico, mental, así como su desarrollo corporal y que evite la convivencia social: la marihuana no evita la correcta convivencia social, pero sí interviene alterando las normales funciones del organismo y al generar un estado alterado de conciencia, además de tener efectos nocivos como la predisposición de desarrollar cáncer (que aún es discutida por la comunidad científica).

- c) A sus medios: el dañar los medios de la salud pública es atacar, la prevención, la cual se daña al evitar la educación sanitaria, el tratamiento de las enfermedades y el desarrollo humano en la sociedad. La marihuana al no producir psicosis o un desprendimiento de la realidad, ni ser enajenante, no puede interferir con los medios de la salud pública.

- d) A su teleología: es susceptible de daño cuando evitamos que la salud física y mental se preserve o se restablezca y en consecuencia se disminuya la duración y la calidad de vida; como veremos adelante, no es factor determinante la marihuana para que la salud física y mental de la población se disminuya ni tampoco la duración y calidad de vida. Como mencionaremos adelante, la marihuana puede ser usada como herramienta para mejorar la calidad de vida.

Determinado entonces que efectivamente existe una alteración en el organismo humano por consumir marihuana, y que efectivamente existen algunos riesgos para la salud que interfieren con el objeto de la salud pública, debemos dejar en claro, que como expusimos, no toda lesión a un bien jurídico debe ser sancionada valiéndose del derecho penal, sino solo las más insoportables. ¿Cómo podemos determinar hasta que grado es tolerable el daño a la salud causada? Para ello crearemos un marco metodológico.

2.4 MARCO METODOLÓGICO DE TOLERANCIA.

Recordemos los principios en los que debe basarse la protección penal del bien jurídico, los cuales son:

- A) Que sean formalmente correctas; es decir, que se encuentren vigentes. Lo cual así es y cumplen con este principio.

- B) Que sean racionales: es decir:
 - a. que esté libre de una predisposición moral.
 - b. Que efectivamente su consumación dañe a la salud pública.
 - c. Que ese daño sea insoportable para justificar la protección penal.
 - d. Que la sanción penal sea proporcional a la afectación al bien.
 - e. Que sea la protección eficaz y no dañe otros bienes jurídicos de una forma peor (la vida, igualdad, libertad, seguridad, etc.).

En cuanto a la correcta formalidad de la norma jurídica (Código Penal y Ley General de Salud) es evidente que se cumple.

En tanto con el principio y subprincipios que integran la racionalidad de la norma, tendremos problemas, pues debemos analizarlo uno por uno.

Quedó claro que el consumo de la marihuana si daña a la salud pública, por lo cual se colma el subprincipio del inciso b). En cuanto al subprincipio del inciso c), debemos determinar hasta qué punto podemos considerar insoportable la afectación al bien jurídico para justificar la intervención del derecho penal, y aunque parezca difícil por lo abstracto del bien, debemos ser cuidadosos al intentar determinar una metodología suficiente para lograrlo, el único método es el comparativo, toda vez de que no es posible experimentar en las ciencias sociales, utilizando pues la comparación para encontrar sustancias lícitas que causen una afectación a la salud, la cual no sea tan fuerte que no justifique la intervención penal.

¿Qué sustancias entonces pueden causar una alteración en las normales funciones corporales y que además sean lícitas, y por consiguiente pueda dárseles el tratamiento de drogas?

Casi cualquier sustancia con la que habitualmente nos topamos causa una alteración en las normales funciones mentales o corporales, como son por ejemplo el café, el cual contiene cafeína, y es estimulante y adictivo, en los mismos términos tenemos al azúcar, caramelos y chocolates que provocan la generación de endorfinas y andandamida, o incluso los analgésicos que neutralizan a las prostaglandinas. Sin embargo, es notorio que el efecto de estas sustancias es en realidad sumamente débil e inocuo, por lo cual deben ser descartadas para utilizarse en la construcción de nuestro marco metodológico (lo cual se hace por fines prácticos, porque el consumo abusivo de los alimentos chatarra y diversidad de caramelos llevan a la larga a un terrible problema de salud pública al presentarse diabetes, obesidad, cáncer y en algunos casos la muerte).

Debemos recurrir entonces a sustancias de un mayor impacto inmediato que sigan siendo lícitas, que gocen de un amplio consumo generalizado y generen un problema de salud, solamente podemos encontrar dos sustancias, el alcohol en sus diversas presentaciones y al tabaco.

2.4.1 AFECTACIÓN EN EL OBJETO DE LA SALUD PÚBLICA OCASIONADA POR EL ALCOHOL Y EL TABACO.

Ya vimos cuales son las consecuencias indeseables del consumo de las drogas, y al no existir duda entonces sobre la calidad de drogas del alcohol y el tabaco, analicemos ahora comparativamente su grado de tolerancia dependencias y efectos nocivos que causan en el cuerpo humano auxiliándonos de la siguiente tabla¹²⁴.

¹²⁴ Cfr. Hanson, *op. cit.*, nota 114, p. 148.

DROGA	GRADO DE TOLERANCIA	DEPENDENCIA PSICOLÓGICA	DEPENDENCIA FÍSICA	SÍNTOMAS
HEROÍNA	XXX	XX	XXX	
ALCOHOL	XX	XX	XXX	Calambres, delirios, vomito, sudoraciones, alucinaciones, convulsiones.
NICOTINA	X	XX	XX	Irritabilidad, dolores de cabeza, falta de apetito, sueños anormales, cáncer.
MARIHUANA	X	X	X	Pérdida de peso, irritabilidad, pérdida de apetito, sueños anormales.

De donde:

XXX muy intenso.

XX moderado.

X leve.

El consumo exagerado de alcohol puede provocar ulcera hiatal, hernias, cáncer a lo largo del tracto digestivo, en la boca y garganta, además de un empequeñecimiento del estómago. El páncreas puede sufrir de pancreatitis, cirrosis pancreática y diabetes alcohólica.¹²⁵

La tabla es un extracto de la mostrada en la obra del autor; en lugar de tabaco se señala nicotina al ser esta la sustancia activa. Se agrega la heroína solo para efectos comparativos sin ser materia del estudio.

¹²⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 194.

La sangre también se ve comprometida pues con el consumo abusivo del alcohol se ve afectado la hematopoyesis (generación de sangre), decrece la producción de glóbulos rojos, blancos y plaquetas, lo que genera problemas inmunológicos, por consiguiente diversas infecciones y genera anemia.¹²⁶

Puede presentarse también efectos hepatóxicos cuando la vida de las células hepáticas disminuye al igual que su producción; hepatitis alcohólica cuando se genera una inflamación crónica del hígado y cirrosis cuando el tejido hepático se convierte en tejido fibroso, este estado es irreversible.¹²⁷

El alcohol interfiere en la sinapsis como un depresor del sistema nervioso central del mismo modo que los barbitúricos y el benzodiazepam, reduciendo las respuestas de las neuronas, por lo cual genera dependencia física y psicológica. Sin olvidar que puede potencializar e interactuar con otras sustancias psicoactivas.¹²⁸ Al ingerirse se absorbe en la sangre sin digestión, al alcanzar el cerebro y llegar al nivel del 0.1% en la sangre, lo que equivale a 5 vasos de cerveza o 150 mililitros de *whisky* se deteriora la coordinación muscular, generando problemas para caminar en línea recta o para pronunciar ciertas palabras. Con un nivel de alcohol en la sangre del 0.5% la persona puede perder el conocimiento o incluso morir.¹²⁹

En cuanto a su intoxicación aguda el alcohol pueden presentar de acuerdo a la tabla los siguientes problemas¹³⁰:

De 0 a 50 mg%	Estado de euforia, pérdida de inhibiciones, aparente confianza en sí mismo, inestabilidad emocional, y un
---------------	---

¹²⁶ Cfr. *Idem*.

¹²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 192.

¹²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 188.

¹²⁹ Cfr. Sue, *op. cit.*, nota 110 p. 280.

¹³⁰ Vargas, Eduardo, *Medicina forense y deontología médica*, Trillas, México, p. 752.

	retardo en los reflejos del 33% de las personas.
De 100 a 200 mg%	Memoria y comprensión deficientes, incoordinación, confusión, incapacidad de juicios críticos.
De 200 a 250 mg%	Mala respuesta motora, dificultad para percibir color, forma, movimiento y dimensiones, se actúa por automatismo inconciente, situaciones irracionales.
De 250 a 300 mg%	Franca intoxicación, marcha tambaleante, lenguaje escandido y comportamiento que perturba el orden público.
De 300 a 400 mg%	Apatía, inercia general, somnolencia, actividad vegetativa, midriasis, pulso débil y rápido, respiración encontrada y suspirosa.
De 400 a 500 mg%	En la mayoría de los casos hay coma, con disnea, colapso, choque y probabilidad de muerte.

En cuanto a la intoxicación crónica, se presentan los siguientes síntomas:

Trastornos digestivos	Pituitos matinales, aliento acético, anorexia e intolerancia gástrica.
Trastornos hepáticos	Vómitos biliosos, subictericia, ascitis, várices esofágicas.
Trastornos circulatorios	Taquicardia, miocárdica.
Trastornos hemáticos	Anemia megaloblástica, trombocitopenia.
Trastornos cutáneos	Rubicundez, telangiectasias, acné rosácea, finofima.

Trastornos oculares	Conjuntivitis, epífora.
Trastornos neuromusculares	Polineuritis alcohólica, miopatía crónica.
Trastornos psíquicos	Pérdida de memoria, temblores y alteraciones del juicio, <i>delirium tremens</i> con delirio de zoopsias, psicosis de Korsakoff con amnesia, confusión y polineuritis: delirio sistemático alcohólico con celotipia y demencia senil.

La dosis letal de alcohol es de 300 a 400 mililitros de alcohol puro ingerido en menos de una hora, es totalmente absorbido en el cuerpo durante dos horas.¹³¹

En cuanto a la nicotina podemos decir que su principal daño es que constituye un poderoso agente cancerígeno, que imita las funciones de la acetilcolina (un neurotransmisor encargado de ralentizar las funciones cardíacas y relajarlas, modular el peristaltismo gastrointestinal, la bronco constricción, y la sudoración, entre muchas otras.) por lo cual se une a los receptores nicotínicos que se encuentran en las uniones neuromusculares y en los ganglios autónomos. Cuando se absorbe la nicotina al fumarla o mascarla por medio del tabaco, se incrementa la tasa cardíaca, la secreción de adrenalina, provoca un incremento de la presión sanguínea, la secreción de ácido clorhídrico en el estómago y aumenta la movilidad intestinal, además de provocar fibrosis pulmonar, bronquitis, y destrucción alveolar.¹³²

Los efectos que puede producir el consumo de marihuana son a la larga siempre y cuando sea fumada, una disminución en la respuesta inmunológica, aunque de esta, no existe un estudio que demuestre ser lo suficientemente confiable para acreditarlo, tos permanente, bronquitis crónica, esclerosis

¹³¹ *Ibidem*, p. 751.

¹³² *Cfr. Rosenzweig op. cit.* nota 106, p. 217.

pulmonar y por consiguiente dificultad respiratoria,¹³³ pero cabe señalar, que existen estudios que demuestran que un consumo moderado de marihuana lejos de dañar el sistema respiratorio puede mejorar la capacidad pulmonar, como el presentado por Pletcher que señala “*This study addressed respiratory exposure to marijuana and not exposure by ingestion. Recent increases in the potency of marijuana are unlikely to have influenced our estimates, because we did not detect an interaction of marijuana and pulmonary function by calendar time.*

Marijuana may have beneficial effects on pain control, appetite, mood, and management of other chronic symptoms.15- 16 Our findings suggest that occasional use of marijuana for these or other purposes may not be associated with adverse consequences on pulmonary function.”¹³⁴

Tomemos entonces como válido que no existe información confiable que determine el daño pulmonar causado por el consumo de marihuana inalada y que por el contrario, hay indicios que permiten suponer que no es dañina sino benéfica, pues del citado estudio, aparecen indicadores que algunos sujetos de experimentación desarrollaron un mejor sistema pulmonar.¹³⁵

¹³³ Cfr. Solórzano, *op. cit.*, nota 40, p. 570.

¹³⁴ Pletcher Marck J., *Association Between Marijuana Exposure and Pulmonary Function Over 20 Years*, *The journal of American medical Association*. Vol. 307, n. 2., enero 11, 2012, p. 52.

Nota: La traducción de este estudio es propia: Este estudio abordó la exposición respiratoria a la marihuana y no la exposición por ingestión. Los recientes aumentos en la potencia de la marihuana es probable que hayan influido en nuestras estimaciones, ya que no se detectó una interacción entre la marihuana y la función pulmonar en tiempo de calendario.

La marihuana puede tener efectos beneficiosos sobre el control del dolor, el apetito, el humor, y el tratamiento de otros síntomas crónicos, nuestros hallazgos sugieren que el uso ocasional de marihuana para estos u otros fines no pueden estar asociados con efectos adversos sobre la función pulmonar.

¹³⁵ Cfr. *Idem*.

En cuanto a su grado de embriaguez es similar o igual a la producida por el alcohol.¹³⁶ Puede generar cambios hormonales en hombres y mujeres y afectar la espermatogénesis, durante su consumo genera congestión y enrojecimiento conjuntival, blefaroestenosis (ojos de chino), agitación motora (deseo de ir de un lado a otro), sequedad en nariz y boca, aliento a heno quemado, confusión, ansiedad, distorsión del espacio tiempo, alteración en el oído, tacto y gusto agudizándose.¹³⁷

Las sustancias activas de la marihuana son liposolubles, es decir, se almacenan en la grasa del cuerpo y pueden permanecer indefinidamente.

Teniendo todos los elementos hagamos un cuadro comparativo, que por la multiplicidad de síntomas que podrían presentarse por el uso de alcohol, se señalaran solo generalmente.

DROGAS/ DAÑOS Y EFECTOS	ALCOHOL	TABACO	MARIHUANA
D. HEPÁTICO	X		
D. BILIAR	X		
D. PULMONAR		X	NO DETERMINADO
D. ESTOMACAL	X	X	
D. NEURONAL	X	X	
CANCERÍGENO	X	X	NO DETERMINADO
ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA	X		X
DISTORSIÓN DEL ESPACIO-TIEMPO	X		X
DAÑO CARDIACO		X	
MUERTE POR SOBREDOSIS.	X		
ADICCIÓN	X	X	

¹³⁶ Cfr. Solórzano, *op. cit.*, nota 40, p. 568.

¹³⁷ Cfr. *Idem.*

SUSCEPTIBLE DE ABUSO	X	X	X
----------------------	---	---	---

De todo lo ya señalado, podemos observar que la marihuana podría incluso ubicarse en un grado algo inferior al daño biológico causado por el tabaco, pero con un resultado psico-activo igual al del alcohol. Sin embargo, y de acuerdo a los usos de consumo de la marihuana, es necesario señalar que basta un cigarrillo de hierba para generar la embriaguez, haciendo que un consumidor habitual de tabaco consuma proporcionalmente más cigarrillos que un consumidor de marihuana. Así como también que la marihuana tiene un alto grado de seguridad al no causar la muerte por sobredosis.

Sin embargo los modernos prohibicionistas han señalado que el daño causado por la marihuana es debido a que sirve como droga de entrada o puerta a otras drogas adictivas. Es decir, una persona que consume marihuana es más propensa consumir cocaína, crack u otra sustancia que puede afectar enormemente las funciones biológicas y ser adictiva fisiológicamente hablando.

Ese argumento se encuentra formado de acuerdo a un error del pensamiento, para mostrarlo, debemos primeramente simplificarlo mediante la reducción al absurdo, quedando así. La marihuana debe estar prohibida debido a que es una droga que puede llevar a otras drogas y son malas. El absurdo lo encontramos al compararla con un argumento similar y contradictorio, por ejemplo; el alcohol debe estar prohibido debido a que es una droga que puede llevar a otras drogas y son malas, y así podemos hacerlo con el tabaco y el café, (ya vimos en el primer capítulo lo que ocurrió cuando se prohibió el alcohol.)

Una vez simplificado de acuerdo a lo anterior, observemos pues la falacia, preguntemos ¿Por qué la marihuana debe ser prohibida? Y respondamos, las drogas son malas, y puede conducir a las adicciones. Observemos entonces que no se está observando en la respuesta una característica inmanente de la marihuana, sino que se hace alusión a las otras drogas. Estamos pues, ante una falacia *ignoratio elenchi*, la cual consiste precisamente en aludir otras

circunstancias para no responder la pregunta planteada, dejando al interrogante la facultad de suponer cualquier cosa que le sea acomodada como respuesta.

Demos ahora una explicación de porqué la marihuana no es una droga de entrada. No pasando que aunque lo fuera, no es razón suficiente para que estuviera prohibida pues el alcohol y el tabaco también están consideradas como drogas de entrada¹³⁸, el argumento de la marihuana como entrada a otras drogas se debe a que “es verdad que muchos adictos a la heroína comenzaron drogándose con el uso de la marihuana, pero también es verdad que muchos no lo hicieron y que muchos más usaron café y cigarrillos (de tabaco). Millones de los que usan marihuana fueron a través de la puerta del uso de otras drogas. Hay solo unos pocos cientos de adictos al opio en Gran Bretaña y aun hay millones quienes han probado la cannabis.”¹³⁹

Por más búsqueda que se realice, no existe un estudio que demuestre que la marihuana sea factor para que se comience con el consumo de otras drogas. Entonces, lo que empuja a las personas a otras drogas es la falta de motivación en la vida, la falta de referencia, de valores, que aparentemente nada tiene sentido, la ausencia del deseo de vivir y el deseo de escapar de ese mundo,¹⁴⁰ es este deseo el que provoca que se busque alterar la conciencia, y no a la inversa, el consumo de la marihuana no causa esa falta de motivación y deseo de vivir (apatía).

Las personas consumen drogas por el deseo de escapar de la realidad y anestesiar la fatiga de vivir y aplazar las obligaciones personales,¹⁴¹ como dice Cañas Fernández “el fenómeno de la adicción es síntoma de un malestar profundo que marca la cultura y el sentido ético de la sociedad. Hace que las

¹³⁸ Cfr. Hanson, *op. cit.*, nota 114, p. 372.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Cfr. Cañas Fernández, José Luís, *Antropología de las adicciones, psicoterapia y rehumanización*, España, Dickinson, 2004, p. 42.

¹⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 39.

personas permanezcan en un estado de permanente insatisfacción existencial”¹⁴².

Es decir, el marihuano o incluso el adicto no daña a la sociedad fomentando su adicción ni la propaga, ni su droga es causa de su apatía, es la dinámica misma de la sociedad y sus condiciones personales son las que lo motivan a drogarse, una persona harta lo mismo puede comenzar con opio o morfina que incluso con café y chocolate, sin que la marihuana lo haya conminado. Sin dejar de mencionar, que “muchas de las personas si no es que todas que comenzaron jóvenes con el consumo de alguna droga la abandonaron debido al proceso que a veces es llamado maduración”¹⁴³ (del individuo con la edad). Mucho menos nos enfrentamos con la marihuana con un enemigo que logre la desintegración familiar y por consiguiente la disolución de la sociedad, porque probablemente sea la familia la que antes que la marihuana contenga la raíz del problema.¹⁴⁴

En cuanto a los fines del bien jurídico de la salud pública, lejos de obstruirlos o de incluso anularlos, la marihuana podría ser una herramienta valiosa para aumentar la calidad de vida de las personas, se ha señalado que los beneficios de esta droga ocurren en el padecimiento del glaucoma de ángulo abierto (padecimiento ocular que puede causar ceguera), puede aminorar los estragos causados por la quimioterapia en el tratamiento contra el cáncer, evitando los vómitos y al igual que en el tratamiento contra el sida, ayudan al paciente a mantener su apetito normal, comer y ganar peso, aliviar algunos síntomas de la esclerosis múltiple¹⁴⁵, y como un auxiliar efectivo en el tratamiento

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Cfr. Hanson, op. cit., nota 114, p. 372.*

¹⁴⁴ *Cfr. Guitron Fuente Villa, Julián, El derecho familiar, la familia y la legalización de las drogas, en Eduardo López Betancourt (coord.) Memorial del simposio internacional Argentina- España- México drogas ¿legalización?, México, UNAM, 2010, p. 126.*

¹⁴⁵ *Cfr. Sue, op. cit., nota 110, p. 288.*

contra la obesidad y para dejar de fumar¹⁴⁶ (medicamento llamado Rimonabat derivado de la marihuana).

En resumen, la marihuana produce menos daños a la salud pública que el alcohol y el tabaco, por lo tanto, se encuentra en un marco de referencia para determinar la tolerancia en la afectación del bien jurídico. Así las cosas, entonces no se cumple un subprincipio que integra el principio de racionalidad de la norma jurídica contenida en el Código Penal Federal y en la Ley general de Salud. Por tanto, carecen de contenido en el bien jurídico usando solo un criterio moral como legitimación (como se demostró en el capítulo primero).

Concluido ya que la marihuana no vulnera el bien jurídico de una manera que justifique la intervención del derecho penal, analicemos ahora la racionalidad de la norma aplicable en el siguiente capítulo.

3.- ESTUDIO GENERAL DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA.

3.1 EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL PRIMER PÁRRAFO DE ACUERDO A LA REFORMA DE 2008.

De acuerdo a la metodología que se utiliza, se pudo determinar un marco metodológico en los que debe basarse la protección penal el cual fue especificado en el apartado 2.4 de este trabajo, a manera de recapitulación se señala que se debe integrar por dos principios específicos los cuales son:

- A) Que sea formalmente correcta.
- B) Que sean racionales:
 - a. Que esté libre de una predisposición moral.
 - b. Que efectivamente se dañe el bien jurídico.

¹⁴⁶ Cfr. *Fernandez, Jose R, et. Al., Rimbonabant sanofi-synthelabo, University of Alabama, Estados Unidos, 2003, p.1.*

- c. Que el daño causado al bien jurídico sea insoportable para justificar la protección penal.
- d. Que la sanción penal sea proporcional a la afectación del bien.
- e. Que la protección sea eficaz y no dañe otros bienes jurídicos de una forma peor.

En el capítulo anterior se logró determinar que las normas penales involucradas en la sanción penal de la marihuana son formalmente correctas, pero al entrar al estudio del principio de la racionalidad encontramos serios problemas. Pues no está libre de una predisposición moral y aunque si daña de cierta manera el bien jurídico tutelado, la lesión al mismo no es suficiente y se encuentra en los parámetros que debieran ser tolerados.

Al respecto de los sub-principios *a* y *d* serán estudiados en el presente capítulo, así que para mayor claridad cuando hablemos del sub-principio *d* lo llamaremos principio de racionalidad *strictu sensu* toda vez que es el que aparece en la legislación mexicana y al que algunos autores le atribuyen el nombre de principio de proporcionalidad.

Efectivamente el principio de racionalidad *strictu sensu* es el único que aparece expresamente en el cuerpo normativo mexicano, más en específico en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 22 el cual reza:

“Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. **Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.**

...”

Este principio es de reciente creación, pues aparece por primera vez en la reforma constitucional del año 2008, sin embargo, pese a las discusiones y debates presentados en el Congreso de la Unión los legisladores no dejan muy

en claro el amplio simbolismo de esta adición, tal parece que ni los mismos legisladores entendían bien de que se trataba, pues la explicación que otorgaron en su momento es totalmente vaga.

Se limitaron a decir “En el actual primer párrafo del artículo 22 se propone establecer el principio de que toda pena debe ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado. Con lo anterior se pretende que el legislador secundario, al momento de determinar las penas, busque la congruencia entre la sanción y la importancia del bien jurídico que se tutela. Así, entre mayor sea la afectación, la pena deberá ser mayor y viceversa.”¹⁴⁷

Para no dejar dudas, en el proyecto de decreto que presentaron las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales en fecha 13 de diciembre de 2007 se señaló que “Respecto a las modificaciones realizadas en el artículo 22 constitucional, estas comisiones dictaminadoras coinciden plenamente con la colegisladora en la necesidad de establecer en forma expresa el principio de proporcionalidad de la pena, es decir, que toda pena que se prevea debe valorar el delito que sanciona y el bien jurídico afectado. Con lo anterior se pretende que el legislador secundario, al momento de determinar las penas busque la congruencia entre la sanción y la importancia del bien jurídico que se tutela.”¹⁴⁸ Es decir, establecen en la Constitución Federal que las penas deben ser proporcionales a la conducta y al daño causado al bien jurídico tutelado, y tanto

¹⁴⁷ Gonzáles Garza, Javier, et. al., Iniciativa de reforma al artículo 22 constitucional, en Martínez Monroy, Raquel (edit.), Cuaderno de apoyo. Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública. (proceso legislativo), México, Congreso de la Unión, 2008, p. p. 43-44.

¹⁴⁸ Comisiones unidas de puntos constitucionales; justicia; de gobernacion (sic); de seguridad publica (sic) y de estudios legislativos, Proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitucion (sic) politica (sic) de los Estados Unidos Mexicanos, en Martínez Monroy, Raquel (edit.), Cuaderno de apoyo. Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública. (proceso legislativo), México, Congreso de la Unión, 2008, p. 36.

en la propuesta como en el dictamen correspondiente dedican solamente un pequeño párrafo para repetir a manera de explicación lo que habían propuesto.

No se arroja mucha luz sobre el punto, es más, visto desde esa óptica parece hasta insignificante porque ni el mismo legislador logra entender de qué se trata. Pero no quedemos en ese punto, pues se difundió con posterioridad a la aprobación de la reforma en junio de 2008 una guía de consulta en la cual se arroja más luz sobre este tema en comparación a lo dicho por los mismos legisladores, pues señala “Al incorporarse la proporcionalidad de las penas, se elimina el llamado “populismo punitivo”, consistente en incrementar penas de manera irracional, para aparentar mano dura, penas que rara vez se aplican. Los bienes jurídicos a los que se refiere la frase son garantías que protegen la vida, integridad, tranquilidad y patrimonio de las personas y la comunidad.”¹⁴⁹

Debemos señalar lo que implica las declaraciones contenidas en la guía de consulta, pues en muy poco espacio deja ver los graves problemas que interactúan con el gobierno y la delincuencia. Primero nos habla de la proporcionalidad que evitara un “populismo punitivo” que se traduce en aumentar las penas sin ton ni son, precisamente para tratar de cubrir la debilidad institucional, pues el mismo texto señala que las penas no se aplican, y si no se aplican es por lo inútil de la autoridad, por ejemplo, podemos señalar que a quien se adueñe ilícitamente de veinte a cincuenta pesos, se le impondrá de 500 a 1000 años de cárcel, lo primero que observamos es que si se pretende imponer quinientos años de cárcel es porque una de las funciones de la norma penal es la de prevenir el delito por sí misma al constituirse la punibilidad como una amenaza como parte de la prevención general del delito, así que una pena tan grande quiere decir que existen muchos delincuentes y el legislador tiene la esperanza que la misma amenaza de la pena los logre detener.

Lo segundo que observamos es que nuestro ejemplo es formalmente válido, pues esta formulado en un supuesto hipotético que pretende proteger un

¹⁴⁹ Gobierno Federal, *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Guía de consulta*, México, 2008, p. 26.

bien jurídico como lo es el patrimonio y el mismo bien se establece en un margen, al igual la punibilidad, se establece en un tope mínimo y máximo que aparenta dejar al orden jurisdiccional la facultad de adecuarla a la conducta realizada y al daño causado.

Sin embargo, nos encontramos con la problemática de fondo, el principio de racionalidad *strictu sensu*, pues es absurdo que por veinte pesos a una persona se le impongan 500 años de prisión, para empezar, porque nadie vive tanto tiempo, segundo, es ridículo el daño que se causa al patrimonio, pero si es muy grave el decir intrínsecamente que por ello una persona morirá en la cárcel pues su vida se agotará antes de lograr cumplir con la pena mínima contenida en el tipo, además, de que una pena tan grande solamente puede decirnos que son muy pocos los delincuentes que logran ser capturados y por ello se “inflan” de esa manera las penas, pero, eso no impide que de vez en cuando algunos si sean detenidos y entonces, empiece su calvario.

Es muy grave que el mismo Estado reconozca de esta manera su debilidad institucional, trate de remediarlo con la implantación expresa del principio de racionalidad y a la vez aparezcan fenómenos en los que estados de la república establezcan la prisión vitalicia, pues el objeto del internamiento en centros penitenciarios es para lograr la reinserción social y no su exterminio, si en nuestro anterior ejemplo se señala como pena máxima 1000 años y suena mucho muy absurdo, lo es más el que la ley penal señale la posibilidad de que alguien definitivamente morirá en presidio. Como lo señala Padilla “Las sentencias pueden acumular varias condenas privativas de libertad, por lo que algunas veces se llegan a condenas de hasta 700 años, aun y cuando se trate de sentencias por delitos cometidos en el fuero común.”¹⁵⁰ Y en realidad, esto muy maquillado es lo que acontece con la penalización de la marihuana, pues el

¹⁵⁰ Padilla Sanabria, Lizbeth Xochitl, *Los sistemas Ideológicos, Económicos, Políticos y Jurídicos en el sistema capitalista-neoliberal y la necesidad de su redeterminación*, Tesis de grado de Doctorado, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, 2012, p. 189.

daño causado a la salud ya se ha demostrado que es inferior al de otras sustancias lícitas.

Esta situación no es algo esotérico, algunos sectores del Poder Judicial de la Federación lo han reconocido públicamente y han señalado que “ Lo proporcional de la pena, en principio, deberá ser atendido por el legislador secundario, pues a éste le corresponde la actividad de la punibilidad dentro del *ius puniendi* y es claro que varias de las penas que en vía de consecuencia se prevén en los códigos penales no guardan proporción alguna con la conducta desplegada ni con el bien jurídico protegido.”¹⁵¹

Se trata pues de un fenómeno que la autoridad sabe que existe y por eso fue plasmado en el máximo cuerpo normativo del país, sin embargo, poco o ningún efecto se ha sentido, pues, las punibilidades contenidas en los ordenamientos penales siguen intocadas.

Tampoco es algo que se ha dirigido únicamente al legislador secundario (incluyendo al mismo Congreso de la Unión) sino al mismo órgano jurisdiccional, pues se ha señalado que “Este párrafo está dirigido al legislador secundario, a quien corresponde hacer efectivos los principios de proporcionalidad y racionalidad de las penas, atendiendo a la incidencia y gravedad del ilícito, así como ponderando el lugar y contexto social en cada entidad federativa.

La proporcionalidad debe atender al delito en específico considerando incluido la lesión o daño que provoque, si es consumado o tentado, etcétera.

¹⁵¹ Díaz de León D’Herz, Elvia Rosa, *et. al.*, Artículo 22 constitucional, mesa 2, 29 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p.103.

En cuanto al bien jurídico afectado, debe darse preponderancia a los bienes de mayor valor como la vida, la integridad física y la propiedad...”¹⁵²

Estas palabras son muy reveladoras, primero porque definitivamente involucra al órgano jurisdiccional, y si se hiciera una verdadera ponderación del contexto social los legisladores sabrían que es un hábito común el consumir marihuana y todos los actos que la involucren, es decir, es algo que dejando atrás la doble moral, la gente desea, además de que ya ha quedado claro que el daño al bien jurídico causado por la marihuana es intrascendente, en cuanto a considerar si es consumado o tentado, es de recordar que los tipos que involucran a la marihuana son delitos de peligro abstracto, que de cierta forma se consuman al cumplirse los elementos del tipo, no consumándose en cuanto a la afectación al bien jurídico tutelado, lo cual es diferente a la figura de la tentativa, pues se considera que por lo menos en la tipicidad se ha consumado el delito. Y si tomamos en cuenta que se trata de un bien jurídico abstracto al que debemos poner en un peligro abstracto, y que imaginando que efectivamente sea consumado en una etapa posterior y más avanzada que lo señalado en el tipo penal y observar que no existe una lesión al bien jurídico, tenemos muy serios problemas.

Máxime que se ha señalado que se debe dar prioridad a bienes como la vida, la integridad física y la propiedad, es decir, a bienes jurídicos que no son abstractos y que si pueden ser observados y determinados sin ningún problema. Es decir, podemos dar una interpretación en la que este principio de racionalidad señala que para hablar de la proporcionalidad de una pena, primeramente se tiene que dañar al bien jurídico o ponerlo en peligro, esto es, que se colmen los elementos típicos pero que no se haya consumado el daño quedando el delito en tentativa, de ninguna forma pueden ser aceptados los delitos de peligro abstracto de bienes jurídicos abstractos, de ser así caeríamos en el absurdo de

¹⁵² Barcenás Villanueva, Manuel, *et. al.*, Artículo 22 constitucional, mesa 5, 29 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 234.

ponerle punibilidad a principios metafísicos, que como veremos, es exactamente lo que ocurre.

En teoría debemos determinar a qué se refiere ese juicio de proporcionalidad del que nos habla el artículo 22 constitucional, que según Rivero “La proporcionalidad implica la ponderación de bienes o valores constitucionalmente protegidos, según las circunstancias del caso concreto, a fin de determinar si el sacrificio de los intereses individuales de una persona física o moral que comporta la injerencia, guarda una relación razonable con la importancia del interés general que trata de salvaguardar.”¹⁵³ Que en el caso de aplicar la punibilidad de que se trate a un productor, vendedor o poseedor de marihuana debemos ponderar la privación de la libertad de un sujeto por cumplir con un supuesto penal y cuyas consecuencias fácticas de la violación al bien jurídico sea la de en el peor de los casos volverse dependiente (que no adicto) de la marihuana y tener tos con un estado transitorio de embriaguez similar al alcohol.

Pongámoslo así, ¿Qué es más grave? Ser dependiente de una hierba que jamás ha causado la muerte a alguien por sobre dosis, que es más segura que el alcohol y el tabaco, contra privar a alguien de la libertad por cuatro años (conociendo el estado que en la actualidad guardan las prisiones y aclarando que los cuatro años se trata de la punibilidad mínima contemplado en el artículo 475 de la Ley General de Salud para quien comercie o suministre aun gratuitamente los narcóticos que señala la ley incluida la marihuana.) la respuesta parece evidente, pues es desproporcionado aplicar cualquier sanción privativa de libertad por mínima que esta sea tratándose de cualquier acto relacionado con la marihuana.

¹⁵³ Rivero Ortiz de Alcántara, Irma, *et. al.*, Artículo 22 constitucional, mesa 6, 29 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p.555.

En un ejemplo igual de absurdo que la ley digamos que un padre prohíbe a su hijo comer caramelos con la intención de que la dentadura del niño no recienta los efectos de la caries, sin embargo el niño desobedece y consume alguna cantidad de dulces, el padre lo sorprende y de un golpe contundente en la boca termina por abrirle el labio y tirarle cinco piezas dentales, misma sanción aplica el padre a quien vendió los dulces al menor y a quien los fabricó. Ahora supongamos que el padre no conoce la planificación familiar y tiene catorce hijos, los cuales no puede controlar, y les advierte, “quien sorprenda mascando chicles le romperé la boca” con la esperanza de atemorizarlos y pese a su falta de control, evitar que coman chicles, y a la vez permitirles el beber refresco de cola *Light*.

Con este mismo ejemplo digamos pues, que el refresco es más dañino que la goma de mascar, pero le está permitido al menor, por lo que todos toman refrescos y algunos furtivamente consumen goma de mascar prohibida, un día el padre por casualidad sorprende a uno de sus hijos con tres chicles en la mano aun en su envoltura y a medio abrir, el padre le dice al hijo, “yo sé que tu no lo ibas a comer, sé que eres inocente, así que explícame por qué tienes tres chicles en la mano y a medio abrir” el niño le dice “me los encontré y no quería comerlos” el padre responde “no ofreciste testigos ni nada más que tu dicho, así que no te creo y si tienes goma de mascar es porque la ibas a consumir” entonces el padre enfurecido toma una piedra y la lanza al niño rompiéndole cinco piezas dentales.

Usted querido lector podrá con toda razón juzgar mi ejemplo de absurdo, pero es lo que exactamente acontece en el caso de la marihuana, no es tan dañina como se nos ha hecho creer, hay sustancias legales más dañinas, la violación a un supuesto bien es más leve que las consecuencias de aplicar la ley y por si fuera poco, la presunción de inocencia aun y cuando está muy positivizada en la Constitución se vuelve nugatoria cuando en un tipo de peligro abstracto a un bien abstracto la sola tenencia de la marihuana hace suponer que se viola el bien jurídico.

No solo es irracional la prohibición de la marihuana, es un caso de populismo punitivo descarado en un país que tradicionalmente se ha

caracterizado por su autoritarismo, ya sea por un gobierno que busca legitimarse ofreciendo la idea de la protección social o simplemente para desviar la atención, esto es confirmado por Frontalini al señalar que “ En las últimas décadas se incorporó al debate la perspectiva del populismo punitivo como concepto que denota las medidas represivas alimentadas por la demagogia de la inseguridad y el miedo. El miedo al otro ha sido siempre un recurso del poder político: puede producirlo él mismo, como en los regímenes abiertamente autoritarios, o servirse de él, secundándolo o alimentándolo con objeto de obtener consenso y legitimación.”¹⁵⁴

Sin embargo, tenemos el principio de racionalidad *strictu sensu* en la Constitución, pero el Constituyente Permanente no entiende lo que ese principio implica, vamos, ni siquiera sospecha cuál es su origen. Quienes lo sospechan son los miembros del Poder Judicial Federal y entre dejan ver las posibilidades que implica y más aún, su origen, pues se ha señalado que “con base en las corrientes internacionales garantistas en materia penal, se establece que la pena que prevea el legislador deberá ser conforme con el principio de racionalidad del uso del Derecho Penal y en correspondencia al bien jurídico tutelado, lo anterior con el fin de que las sanciones impuestas realmente persigan el propósito de reinserir socialmente a los sentenciados.

La adopción de este principio tiene dos manifestaciones fundamentales. Por un lado contiene la obligación al Poder Legislativo, para que en uso de sus atribuciones observe el principio de proporcionalidad al momento de fijar los márgenes de punibilidad aplicables a cada delito y, por otro, la obligación de los jueces de observar ese mismo principio en la graduación concreta de las sanciones.

¹⁵⁴ Frontalini Rekers, Romina, “Populismo y Castigo Penal”, *Revista de pensamiento penal*, Argentina, publicación quincenal, julio de 2013, p.1.

Este párrafo instauro en favor de los sentenciados una *garantía* cuando consideren que los parámetros de la sanción no respetan esas reglas lo cual indudablemente procederá en vía de amparo directo.”¹⁵⁵

Lo anterior nos arroja indicios claros del origen y de dónde sacaron los legisladores la idea de incorporar en la constitución el principio de racionalidad, al señalar “corrientes internacionales garantistas en materia penal” no se puede hablar de otra persona más que de Luigi Ferrajoli.

Sin embargo la teoría de Ferrajoli es muy compleja y amplia, y como veremos en el siguiente apartado, el garantismo es todo un sistema jurídico, y el hecho de agregar algunas principios incomprensibles por si solos de Ferrajoli en un texto plagado del sistema del Derecho Penal del Enemigo confirma que la constitución en su forma actual es un Frankenstein vivo compuesto de pedazos muertos de muchas cosas.

Esto puede obedecer a la falta de un análisis serio del legislador, a una causa moral o quizás a los intereses de un sistema económico, en lo particular, este trabajo adopta las tres posibilidades pero con diferente juego, el legislador obedece a una política espejo como quedó demostrado en el capítulo 1, por lo tanto, no necesita analizar nada, pero utiliza el discurso moral como legitimante y como lo demostraremos en este capítulo y en el siguiente, existe un grupo elite que se beneficia de la prohibición.

Esta idea del sistema multicausal de la prohibición se refuerza con la opinión de Zambrano que comenta: “La actual redacción y aprobación de las leyes penales no obedece a una reflexión serena, racional y consensuada del legislador, sino que se realiza al compás que marca la coyuntura política del país.

¹⁵⁵ Escobar Ángeles, Enrique, *et. al.*, Artículo 22 constitucional, mesa 6, 29 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p.300.

En otras palabras, en el ámbito penal se viene legislando últimamente a golpe de caso mediático...

Muchas veces esta invocación al Derecho Penal corre paralela a una orquestación mediática encaminada a la criminalización de determinados sectores o grupos sociales... con una alta carga estigmatizante que pretenda crear en la sociedad una falsa apariencia de inseguridad ciudadana, que a su vez es esgrimida como coartada política para la utilización del Derecho Penal con efectos pretendidamente balsámicos, esto es, de “mano dura” como panacea para erradicar de raíz el problema. La inseguridad se convierte así en un concepto simbólico.

Es bastante cuestionable que en la mayoría de los casos, estos problemas sociales, generalmente de gran complejidad, pueden ser solucionados con la única arma del Derecho Penal. En la mayoría de los casos, no solo no se soluciona el problema sino que se acaban generando consecuencias radicalmente distintas a las prometidas desde esos púlpitos políticos, agravándose la situación que se acaba *enquistando* socialmente.”¹⁵⁶

Para no dejar a dudas la falta de sentido crítico del legislador, debemos seguir con el análisis de los aspectos principales de la teoría de Ferrajoli y enseguida contrastarlos con la inserción del sistema del Derecho Penal del Enemigo.

3.2 ASPECTOS PRINCIPALES DEL GARANTISMO PENAL.

Para comenzar hagamos hincapié en que el principal exponente de este sistema normativo es Ferrajoli, en cuyo trabajo logra identificar varios sistemas penales, entre ellos, destacan los modelos punitivos irracionales, en los que se encuadran los de “mera prevención” en el que “La punición consiguientemente, asume en él la naturaleza de medida preventiva de la desviación, en vez de

¹⁵⁶ Zambrano, Alfonso, *El populismo punitivo, jornadas juzgados del pueblo*, España, Pontavedra, 2007, p.p. 1-2.

retributiva: no, téngase en cuenta, la función de «prevención general» ejercida por su amenaza legal preventiva como consecuencia de un delito, sino una función de «prevención especial ligada a su conminación preventiva, como un *prius* en vez de como un *posterius* respecto del hecho criminal. Es evidente el carácter desigualitario, además de puramente decisionista, de este esquema de intervención punitiva. Conforme a él, el derecho y el proceso penal se transforman, de sistema de retribución, dirigido a prevenir los hechos-delitos por medio de la comprobación y la punición de los ya ocurridos, en sistema de pura prevención, dirigido a afrontar la mera sospecha de delitos cometidos pero no probados o el mero peligro de delitos futuros”¹⁵⁷

Así podemos interpretar que las sanciones establecidas como en el caso de nuestro sistema penal al referirse específicamente a la marihuana recaen en este sistema de Derecho Penal irracional, en virtud de que se está sancionando una conducta que podría afectar en el futuro o *posterius* a la consumación de los elementos típicos un bien jurídico, que en la realidad es escasamente dañado para justificar la intervención penal. Entonces, efectivamente no se está utilizando un método de pura prevención al contener los elementos típicos la pura sospecha de la afectación de un bien jurídico, es decir, la consumación de los delitos en los que se involucra a la marihuana consisten en la sola configuración de una sospecha, dejando incluso *a posteriori* una posible afectación irreal al bien jurídico que se busca proteger.

A estos delitos de configuración de la sospecha se les denomina de “peligro abstracto” porque al configurar sus elementos con la conducta no determinan un peligro concreto, sino que este ocurre muy posteriormente a su consumación; si utilizamos como ejemplo la cocaína o el crack se configura un delito con colmar los elementos típicos referentes a la posesión, si tomamos en cuenta que se está intentando proteger la salud pública, para que la lesión al bien se configure, forzosamente se requiere que algún integrante de la sociedad la ingiera para quedar expuesta a los efectos devastadores de esas sustancias,

¹⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal, et. al.*, 6ta ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 2004, p. 102.

de lo contrario, si nadie ingiriera esas sustancias su peligro sería como el de una porción de lodo, entonces, observamos bien que en la legislación no aparece como elemento típico la “ingestión” de esas sustancias, de modo que, los elementos típicos configuran un estadio previo a la lesión del bien jurídico.

Ante estos efectos abstractos en el caso de la marihuana debimos asumir que se configuraba el estadio previo a la lesión del bien jurídico para determinar la gravedad de la afectación *a posteiori*, encontrando que se sancionaba una infundada sospecha de una afectación insoportable del bien jurídico que jamás se daría fácticamente, y aún y cuando existe una interferencia de cierta manera con la salud pública, se encontraría en un margen de tolerancia.

Así que en el estado actual de la legislación de salud y penal en lo que toca a la marihuana se sospecha el grado intolerable de su afectación, y al ser sospecha basta con que se configuren los elementos típicos que integran un estadio previo de afectación, es decir, el delito se consuma en cuanto a su tipicidad y no en cuanto su afectación, dando muestras de que el sistema que rige a la marihuana es irracional.

Ferrajoli enseña que esta afectación al bien jurídico debe ser real, pues logra determinar todo un sistema axiomático que contempla esta afectación y que a saber consiste en los siguientes principios.

“T66 Nulla poena sine crimine.

T67 Nulla poena vel nullum crimen sine lege.

T68 Nulla poena, nullum crimen vel nulla lex poenalis sine necessitate.

T69 Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis vel nulla necessitas sine iniuria.

T70 Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas vel nulla iniuria sine actione.

T71 Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria vel nulla actio sine culpa.

T72 Nulla poena, nullum crimen, nula lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio vel nulla culpa sine iudicio.

T73 Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa vel nullum iudicium sine accusatione.

T74 Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, nullum iudicium ve1 nulla accusatio sine probatione.

T75 Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, nullum iudicium, nulla accusatio ve1 nulla probatio sine defensione.”¹⁵⁸

Este sistema axiomático si bien está en latín, y es similar al español, no debemos correr riesgos y traducir los que sean necesarios que apoyen nuestra investigación.

Al señalar Ferrajoli “*T66 Nulla poena sine crimine.*” Señala que la pena es nula si no existe el delito, al señalar “*T67 Nulla poena vel nullum crimen sine lege.*” Expresa que es nula la pena y/o es nulo el crimen si no existe ley, y al escribir “*T68 Nulla poena, nullum crimen vel nulla lex poenalis sine necessitate.*” Manifiesta que es nula la pena, nulo el delito y/o nula la ley penal sin necesidad, finalmente al decir “*T69 Nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis vel nulla necessitas sine iniuria.*” Se traduce como es, nula la pena, nulo el delito, nula la ley penal y/o nula la necesidad si no existe daño.

Entonces, al no existir daño al bien jurídico o por lo menos no un daño de gravedad que amerite la intervención penal, (digamos que un manazo pone en peligro la integridad física, pero no de modo que amerite la intervención penal) anula todos los elementos posteriores o anteriores del sistema axiomático de Ferrajoli, incluyendo la pena o sanción penal, deslegitimando totalmente la intervención penal.

Por simple método de exclusión, si no hay daño, no se necesita, si no se necesita, la ley es nula, si la ley es nula el delito no existe y si no existe entonces no debe aplicarse sanción penal alguna, de modo que, aun y cuando existe y se aplican sanciones penales entorno a la marihuana se actualiza *a contrario sensu*

¹⁵⁸ *Ididem*, p. 112.

el sistema axiomático convirtiendo al sistema penal mexicano en torno a la marihuana en irracional, otorgando ese calificativo de irracional a todo lo que se involucre en él.

El sistema de Ferrajoli identifica dos sistemas penales opuestos, el Derecho Penal Mínimo y el Derecho Penal Máximo¹⁵⁹ en los que se asumen con caracteres opuestos la racionalidad, la certeza y la intervención penal, de modo que al no existir certeza con respecto a lo que es la salud pública por su grado de abstracción y no existir justificación posible para sancionar la marihuana al incluirla en delitos de peligro abstracto, nos encontramos frente a un sistema de Derecho Penal Máximo.

Pero tenemos el principio de racionalidad en el artículo 22 constitucional, ¡cómo es posible! Y lo es únicamente por que se escucha muy hermoso indicarlo en el máximo cuerpo normativo y a la vez el legislador no entender que para lograr aplicarlo se debe combinar con todo el sistema axiomático garantista.

El principio de racionalidad en el garantismo no se trata de identificarlo con la Ley del Talió, de que el mismo daño causado debe retribuirse a quien lo cometió, o con el principio de retribución utilitarista de clara influencia protestante, sino en la aplicación de un Derecho Penal mínimo, de certeza y garantías, en el que la pena de prisión si bien no sea abolida, esta debe rebajarse a exclusivamente lo indispensable para lograr la reinserción social, o de cierta forma educar y corregir las conductas antisociales.

Así lo señala el autor en comentario al señalar “sostendré en este libro la necesidad de rebajar y, como horizonte, de abolir las penas privativas de libertad en tanto que excesiva e inútilmente aflictivas y en muchos aspectos dañinas, así como de limitar las prohibiciones penales sólo a las exigencias de tutela que definen el esquema del derecho penal mínimo. Pero defenderé al mismo tiempo, en contra de las hipótesis abolicionistas propiamente dichas y de las sustitucionistas, la forma jurídica de la pena, como técnica institucional de

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 103.

minimización de la reacción violenta a la desviación socialmente no tolerada y de garantía del inculpado frente a las arbitrariedades, los excesos y los errores ligados a sistemas jurídicos de control social.”¹⁶⁰

Es decir, la pena de prisión por si misma es un mal necesario que no puede ser eliminada, y como todo mal necesario se debe administrar en la medida absolutamente indispensable, tal como si fuera un medicamento cuya demasiada cantidad suministrada puede causar efectos peores que la enfermedad que se comete.

Al señalar la pena como un mal necesario debemos dejar claro cuál es la función del mal, primero es la de proteger a la víctima de un delito, segundo proteger al autor del delito contra la venganza de la víctima, y a la vez otorgarle garantías de certeza en el sistema institucional para poder corregir su conducta antisocial. Se observa bien cuando el autor escribe “La ley del más débil. El fin general del derecho penal, tal y como resulta de la doble finalidad preventiva que se acaba de mostrar, puede identificarse en una palabra con el impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad. Razón de la fuerza es el delito. Razón de la fuerza es la venganza. En ambos casos se da un conflicto violento resuelto mediante la fuerza: mediante la fuerza del reo en el primer caso, mediante la de la parte ofendida en el segundo. Y la fuerza es en ambos casos arbitraria e incontrolada: no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que es por su propia naturaleza incierta, desproporcionada, desenfrenada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal se dirige a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales.

Está claro que, entendido de este modo, el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.p. 248-249.

contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él... la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas.”¹⁶¹

Si tomamos esta idea acerca de la posibilidad de que el juicio y la pena se constituyan como una defensa para el delincuente contra una posible venganza de la víctima, debemos preguntarnos ¿Quién podría tomar venganza contra alguien que produce, vende y/o consume marihuana?

No es de que se trate de dejar la anterior pregunta abierta, simplemente es imposible de contestar, porque el único hecho de vender o producir marihuana no es suficiente para que alguien desee cobrar venganza, evidentemente dejando claro que el vendedor o productor de marihuana no haya cometido ninguna otra conducta típica contenida en la Ley Penal. Por lo cual, si aplicamos esta interpretación con los enunciados de Ferrajoli confirmamos que el sistema penal al respecto es irracional.

En todo caso, se supondría que la racionalidad *strictu sensu* referiría esa adecuación de la pena al delito cometido considerando todos los elementos y demás circunstancias que lo rodeen atendiendo a su gravedad, de modo que “El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro...”

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 335.

La primera dificultad originada por el problema de la elección por el legislador de la entidad de la pena en relación con la gravedad del delito corresponde a la noción de «gravedad» del delito. Existen al respecto, como se verá en el apartado 35, dos orientaciones diversas: una objetivista, que mide la gravedad del delito y por consiguiente la de la pena por la entidad del daño; otra subjetivista, que la mide por el grado de la culpabilidad... deben acogerse ambos criterios, en el sentido de que los límites de la pena tienen que variar tanto en relación con el daño como en relación con la culpa”¹⁶²

Es decir, para que el legislador pueda determinar cuanta debe ser la penalidad aplicando la racionalidad de la que hablamos, debe tomar en cuenta los dos factores de la culpabilidad y con el daño causado, así que si señalamos la única posibilidad de usar ambos, podemos encontrar que se puede hablar de culpabilidad en lo relacionado con la marihuana, pues la conducta de producirla, venderla o incluso consumirla es un hecho voluntario y doloso, sin embargo, no debemos acabar ahí, pues en efecto debemos tomar el daño causado, y como ya lo vimos, este no es penalmente relevante.

Hacer el ejercicio de comparar la situación legal actual de la marihuana con respecto a la teoría garantista nos ofrece la posibilidad de entender que el poder constituyente permanente y el legislador no tienen la más remota idea de lo que se establece en la constitución y en las disposiciones secundarias, y la razón es simple, no conoce las teorías de dónde sacaron el principio de racionalidad, lo podemos ejemplificar con dos mesas de madera, una más baja que la otra, digamos que la nuestra es la más baja, así que queremos que se vea más alta, tomamos una pata de la más alta y la ponemos en el centro de la más baja, la mesa se equilibra y parece más alta, pero, cuando le ponemos cualquier objeto encima, la mesa simplemente se cae.

La mesa representa nuestra constitución como un sistema normativo, por más método armónico y sistemático que queramos utilizar para conciliar sus principios, es imposible combinar piezas donde notoriamente no caben,

¹⁶² *Ibidem*, p.p. 397-398.

entonces debemos determinar cuál de las piezas usamos, porque ambas son excluyentes entre sí, si utilizamos un modelo garantista como lo ha pretendido hacer el constituyente permanente en el 2008, debemos simplemente excluir del sistema jurídico los elementos que no entren en él; y la marihuana en su situación legal actual no entra.

Y sabemos que su prohibición no es compatible con el sistema garantista en virtud de existir dos frenos garantistas al respecto, el primero se refiere a la necesidad de que exista la sanción penal, que claramente no existe, como no existe un daño real al bien jurídico, y que debe existir economía en la creación de delitos.¹⁶³ Siendo evidente la maximización del Derecho Penal como si existiera legalorrea (no he querido usar la expresión diarrea legislativa por lo burdo que suena) donde la ley fueran encantamientos mágicos que resolvieran problemas con su sola pronunciación.

Como quedó asentado en el capítulo primero de este trabajo, si la gente deseaba consumir alcohol, lo haría pese a su prohibición, así que, si la gente quiere consumir marihuana lo hará, pero lo peligroso es que seán detenidos con el actual funcionamiento de nuestro sistema penal.

En cuanto al segundo freno que menciona el garantismo “deriva, por imponerlo así la secularización del derecho y su separación de la moral, de la consideración utilitarista de la «necesidad penal» como tutela de bienes fundamentales» no garantizables de otro modo. Y se explicita en el principio de lesividad, que constituye el fundamento axiológico del primero de los tres elementos sustanciales o constitutivos del delito: la naturaleza lesiva del resultado. Esto es de los efectos que produce. La absoluta necesidad de las leyes que requiere el axioma A3, resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, según el principio recogido en nuestro axioma A4, *nulla necessitas sine iniuria*, y en la consiguiente tesis, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*”¹⁶⁴

¹⁶³ Cfr. *ibidem*, p. 465.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 466.

Es evidente, la penalización de la marihuana se deriva de que en el sistema actual no se ha podido aplicar ninguno de los dos frenos garantistas, en especial el segundo, pues es una cuestión moral el que no se consuma o se piense que es mala, la prueba de esto, es la asociación de la marihuana con los trabajadores mexicanos que ingresaron a principios de siglo a Estados Unidos, además de los argumentos religiosos que sólo rebasan en la moral; no debemos confundir el excluir la moral del derecho con excluir valores, son cosas distintas.

La moral son ideas aprendidas respecto de lo que se considera bueno o malo en un lugar y época determinada, sin importar necesariamente si en realidad esas ideas son correctas en cuanto a lo bueno y lo malo, en cuanto que las directrices éticas y axiológicas implican una observación de la realidad y sobre todo un razonamiento, no es solo una idea de lo que alguien nos enseñó sobre lo que es bueno y malo,¹⁶⁵ y en el caso de la marihuana hemos podido comprobar que los daños que causa son tan solo una idea moral.

Esa misma separación de la moral y el derecho se refiere también a la idoneidad de la sanción, no podemos curar un estornudo con un millón de unidades de penicilina, no basta entonces que protejamos un bien jurídico, que cabe señalar, los bienes jurídicos tutelados no solo se protegen vía penal, toda la legislación ya sea civil o administrativa los protege, entonces, la protección debe ser eficaz, y expresamente Ferrajoli reconoce la irracionalidad de los delitos relacionadas con estupefacientes pues escribe:

“Contamos también con un ulterior criterio axiológico, que se corresponde con un perfil utilitarista distinto: las prohibiciones no sólo deben estar «dirigidas» a la tutela de bienes jurídicos, deben ser idóneas. El principio de utilidad y el de separación entre derecho y moral obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos -individuales, económicos o sociales-

¹⁶⁵ Cfr. Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la ética*, 4ta. ed., México, Esfinge, 2002, p. 68.

de su violación; y ello al margen de lo que se piense sobre la moralidad e, incluso, sobre la lesividad de la acción prohibida. Piénsese, por ejemplo, en el aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia: su prohibición es inútil en la medida en que se demuestre que está abocada a no surtir efecto. Una demostración de este carácter requiere una no siempre fácilmente realizable comparación empírica entre los resultados lesivos constatados en presencia y en ausencia de su calificación como delitos... Está claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de valores morales, opuesta a la función protectora del derecho pena.”¹⁶⁶

Si lo anterior sumamos el estado de la cárcel, cualquiera que sea su denominación florida, y la cantidad de sanciones penales acumuladas en torno a la marihuana, nos damos cuenta de la desproporción que existe, “La cárcel es, por tanto, una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal y extra-judicial al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Por eso resulta tan justificada la superación o, al menos, una drástica reducción de la duración, tanto mínima como máxima, de la pena de privación de libertad, institución cada vez más carente de sentido, que produce un coste de sufrimientos no compensado por apreciables ventajas para nadie”.¹⁶⁷

E incluso en el garantismo se señala un límite máximo para la sanción penal, que garantiza la menor afectación a la integridad del reo por una máximo provecho y calidad de la misma a efecto de lograr el fin reincersorio del condenado “... la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma

¹⁶⁶ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 157, p. 473.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 413.

constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años. Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo o acaso interminable período haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión.”¹⁶⁸ De forma evidente, porque el objeto del Derecho Penal o del Penitenciario no es la de aislar del delincuente, sino evitar más daño social.

Si como vemos, la teleología del derecho penal es la de proteger y defender los bienes jurídicos, suponemos que su arma más drástica es la pena privativa de prisión, sin embargo, casi todos los delitos son sancionados con pena de prisión, con el objetivo de evitar la lesividad “de manera que el mal producido por las penas sea confrontable con el bien perseguido como fin y sea justificable no sólo su necesidad sino también su naturaleza y medida como mal o coste menor respecto a la falta de satisfacción del fin”¹⁶⁹ pero, vemos que la finalidad de las sanciones penales aplicadas a la marihuana, además de irracionales, no cumplen su objetivo y hasta parece que lo estimulan en sentido inverso, si las sanciones penales no tiene un fin práctico, definitivamente deben desaparecer.

No debemos permanecer en una postura purista como lo enseña el normativismo, el derecho no está aislado, y la racionalidad escapa a la concepción formalista de que la norma cuente con publicidad, sea un supuesto jurídico, esté debidamente formulada con un proceso legislativo y que sea coherente en su gramática, si consideramos solo esos aspecto, podemos hacer normas validas que determinen que los judíos son enemigos de la sociedad, las Leyes de Nuremberg son prueba de ello, debemos impregnar al derecho de contenido axiológico y del contenido de la realidad social, y por esta última debemos entender todas las ciencias que logren la armonía de los gobernados y del Estado en general, así se ha señalado “ la actividad legislativa no escapa a los aspectos mínimos de racionalidad que se esperan de los actos humanos...

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 414.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 327.

no es sólo una noción profundamente enraizada en nuestra imagen de nosotros mismos, sino que también constituye un importante principio de las ciencias humanas... opera no sólo en la filosofía (incluyendo a la ética y la filosofía social), sino también en psicología, sociología, historia, educación, literatura y otras áreas de las humanidades y las ciencias sociales.”¹⁷⁰

Viendo pues que la racionalidad *strictu sensu* se impregna de una realidad social y debe tomar en cuenta la misma dinámica social¹⁷¹ que nace del garantismo en contraposición con los modelos jurídicos meramente normativistas, donde se auxilia de todos aquellos factores que inciden en la sociedad y que puedan ser controlados para la función del estado, podemos decir, que respecto a la legislación esa racionalidad debe contar con “la capacidad para elaborar en el marco de ese control social (control social jurídico sancionador) una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre las que ella incide”¹⁷²

Existiendo entonces lo asentado en el artículo 22 constitucional, sabemos de qué capacidad carece el legislador secundario, que en este caso es el Congreso de la Unión, que cabe aclarar, es diferente al constituyente permanente.

Si bien es cierto, la reforma constitucional del artículo en comento no señala expresamente al órgano jurisdiccional, se sobre entiende su participación, que no va nada más a encuadrar la punibilidad de acuerdo a los marcos que señala el legislador, sino que, con el control difuso de la Constitución está facultado para analizar si el juzgador realizó la ponderación correcta, debe

¹⁷⁰ Sintonen, Matti, *la racionalidad en el pensamiento y en la acción*, España, Doxa, 2001, cuadernos de filosofía, num. 24, p. 616.

¹⁷¹ Cfr. Krawietz, Werner, *Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho*, en Ernesto Garzón Valle (comp.), 2da. ed., trad. de Carlos de Santiago, Fontamara, España, 1988, p. 153.

¹⁷² Díez Ripollés, Jose Lúis, *presupuestos de un modelo racional de legislación penal*” España, Doxa, 2001, cuadernos de filosofía, num. 24, p. 502.

entonces entrar al estudio de si es idónea la medida adoptada por el legislador para resolver los conflictos sociales, y si esta en realidad debía ser encomendada al órgano jurisdiccional o a uno administrativo, y si se está sacrificando en realidad los intereses menos valiosos para conservar los de mayor gravitación con la adecuada escala valorativa,¹⁷³ de modo que la pena privativa de libertad sea utilizada solo como *ultima ratio*.¹⁷⁴

Tampoco se trata de que el juzgador se convierta en un sensor de técnica legislativa, pero en efecto, para incluir el principio de racionalidad en la Constitución debemos entender que se habla de todo un sistema jurídico que debe conocerse para poder aplicarlo, de modo que, si falla alguno de los elementos de la técnica legislativa que lo integran, torna la ley en inconstitucional.

En caso de la marihuana, se violan todos los elementos de la racionalidad, porque su punibilidad se basa simplemente en una apreciación moral, y justificación por ende siempre será moral, y en el campo legislativo esta apreciación debe sustituirse por valores éticos, pero se conoce como en el caso de Gonzalo Campos que reconoce esta necesidad, y atinadamente encuentra que la ética juega un papel destructivo, pues efectivamente señala lo que es inaceptable en el campo del Derecho¹⁷⁵, pero confunde como criterio orientador el discurso moral, que por si mismo es inaceptable, y lo es porque la moral no depende de la realidad de lo que es bueno o malo, sino de lo que es aceptado como tal en la sociedad en un tiempo y lugar determinado, y ya se vio que es incompatible este criterio moral con el garantismo.

¹⁷³ Cfr. Bulygin, Eugenio, *teoría y técnica de la legislación*, Revista mexicana de estudios parlamentarios, México, primera época, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre, 1991, p.p. 35-55.

¹⁷⁴ Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal, contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, España, 2009, p. 11.

¹⁷⁵ Cfr. Santos Campos, Gonzalo, *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*, serie roja y Cámara de Diputados, México, 2000, p.p. 16-17.

Esta situación nos deja ver que los legisladores no entienden el garantismo y mucho menos entienden la diferencia entre la ética y la moral, una persona en su sano juicio no puede hablar de que su estructura axiológica esta basada en un discurso moral, por la simple y sencilla razón de que algo puede ser inmoral y a la vez aceptado éticamente.¹⁷⁶ Si no entendemos la diferencia entre moral y ética es imposible entender el garantismo; por ello es que prevalecen las sanciones a la marihuana una vez reformado en 2008 el artículo 22 constitucional.

En el mismo tenor señalado se sostiene Atienza, pues el encuentra siempre manejando el discurso ético cinco niveles de la racionalidad que a saber son:

“1) Racionalidad comunicativa o lingüística (R1). Consistente en la capacidad de edictor para transmitir al destinatario.

2) Racionalidad Lógico-Formal (R2). A través de la cual se debe incorporar armoniosamente la nueva ley al sistema jurídico.

3) Racionalidad Pragmática (R3). Esto es, la adaptación de la conducta del destinatario a lo establecido por la nueva ley.

4) Racionalidad Teleológica (R4). Vinculada con la obtención de los fines sociales que persigue la ley.

5) Racionalidad Ética (R5). Tanto las conductas como los fines que pretende alcanzar la ley presuponen ciertos valores, los cuales deberían ser objeto de justificación ética.”¹⁷⁷

¹⁷⁶ Cfr. Gutiérrez, *op. cit.* Nota 165, p.72.

¹⁷⁷ Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, España, 1997, p. 28.

Podemos entender muchas cosas de lo dicho por Atienza, pero, no corramos el riesgo y señalemos el criterio de Díez Repolles que interpreta *a contrario sensu* los niveles de esta manera:

“1) Irracionalidad ética: si no se ajusta en su contenido a los criterios o principios éticos incuestionados del sector jurídico en que nos movamos, también carecerá de ella si se renuncia al criterio democrático como principio último de resolución de las controversias dentro y entre las subsiguientes racionalidades, o si se prescinde de una estructura de racionalidad legislativa equivalente a la vigente en un determinado momento histórico o cultura.

2) Irracionalidad teleológica, aparecerá en la medida que los objetivos a perseguir por la ley no hayan sido abordados en el marco de un empleo discursivo democrático que haya prestado la debida atención a todos los componentes ético-políticos relevantes, o no reflejan tal acuerdo.

3) Irracionalidad pragmática, surgirá ante leyes que no logran los objetos pretendidos.

4) Irracionalidad Jurídico-formal, la poseerán las leyes inconsistentes consigo mismas o que introducen o dejan de resolver incoherencias en el sector jurídico en el que se insertan o en el conjunto del ordenamiento.

5) Irracionalidad lingüística, afectará a las leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación.”¹⁷⁸

A través de lo dicho por el citado autor encontramos la irracionalidad de la norma penal que afecta la marihuana, pues si se encuentra penalizada es por una concepción moral, y como se verá en el siguiente capítulo el fin de su prohibición es la de evitar su consumo el cual va en aumento con peores consecuencias y porque es inconsistente al pretender proteger un bien jurídico

¹⁷⁸ Díez, *op. cit.*, nota 172, p. 511.

que no daña, incluso podemos ir más allá de eso y sostener la afirmación de Zaffaroni sobre la violación de Derechos Humanos con la “Tipificación de conductas que no afectan bienes jurídicos: hay varias tipificaciones en las distintas legislaciones penales en las cuales el bien jurídico tutelado no existe o es muy dudoso. Es imposible hacer un análisis detenido de cada uno de los casos.

El caso más extendido es la tipificación de la mera tenencia de una droga incluida en la nómina de las “prohibidas”, sea o no estupefaciente. En realidad, lo que se procura con esto es facilitar la represión del tráfico de estas drogas, para lo cual se elige el camino de penar cualquier tenencia, puesto que quien trafica por lo general tiene, pero la inversa no es exacta, puesto que no todo el que tiene trafica.”¹⁷⁹

La idea de Zaffaroni nos resulta perturbadora, pues va mas allá de señalar en el caso de las drogas ilícitas en general que el bien jurídico puede incluso no existir o en su caso ser muy dudoso, al igual que en todos los delitos de peligro abstracto, es decir, además de que tal vez no exista el bien jurídico de la salud pública, de existir, la lesión causada a este supuesto bien es muy ínfima, y ya sea una u otra opción, sería violatorias las sanciones penales al caso en concreto de la marihuana de Derechos Humanos.

Lejos de resultar dificultosa la justificación de la irracionalidad de las sanciones penales aplicadas a la marihuana, es ampliamente sencilla por la cantidad de violaciones que entraña, el problema es encontrar o lograr encontrar la justificación sobre la razón de la penalización relativa a la marihuana, sin embargo, la podemos encontrar con una reinterpretación de la teoría general de sistemas fusionada con el Derecho Penal del Enemigo que a continuación se explicará.

¹⁷⁹ Zaffaroni, Eugenio R. (coord.), *Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina, informe final*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Ediciones de palma, Argentina, 1986, p. 57.

3.3 JUSTIFICACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES APLICADAS A LA MARIHUANA CON LA TEORÍA DEL ENEMIGO.

En este punto no debe quedar a dudas respecto del porqué de la irracionalidad de las sanciones penales aplicadas a la marihuana, en nuestro trabajo hemos adoptado como explicación del por qué existen, tomando en cuenta tres justificaciones.

- 1) En legislador no entiende el garantismo penal.
- 2) Los prejuicios morales.
- 3) La aplicación de una política espejo de Estados Unidos de América.
- 4) Oscuros intereses económicos.

En el discurso político o populista las sanciones penales solo van a encontrar justificación con argumentos morales que evidentemente deben quedar fuera del campo jurídico, aparte de que el legislador no entiende el garantismo. Por si solas estas explicaciones no ofrecen un apoyo serio a una decisión legislativa tan importante como es la penalización de la marihuana y de las drogas en general, así que el sustento perfecto es tomar algunos elementos aparentemente sólidos de una teoría acorde.

Si Kelsen fue radical en un primer momento al señalar que la norma jurídica es válida y legitimada por el solo hecho de ser expedida por el órgano competente y relegar cualquier otro aspecto fuera del Derecho, siendo capaz de legitimar cualquier régimen autoritario como el de Pinochet o hasta el de Hitler, la Teoría del Derecho Penal del Enemigo de Jakobs es aún más espeluznante.

¿Por qué espeluznante? Me preguntara usted querido lector, porque tiene dos aspectos muy peligrosos que pueden legitimación a cualquier atrocidad, estos son:

- 1) Creación de los delitos de peligro abstracto.
- 2) Uso del concepto de Enemigo de la sociedad.

- 3) Utilización de tipos vagos he indeterminados o simplemente en blanco y de tipo abierto.
- 4) Asimilación de participación y autoría, multiplicando los verbos típicos.¹⁸⁰

Como vimos el garantismo exige que la lesividad causada por la conducta encuadrada en un tipo penal lesione a un bien jurídico, en el caso del Derecho Penal del Enemigo no es así, pues “como se está ante un delito de peligro abstracto, no es necesario que se produzca una lesión efectiva a una persona concreta. La vulneración a la salud pública tiene lugar con la práctica de cualquiera de las conductas tipificadas.”¹⁸¹ Es decir, la consumación de un delito se da en cuanto a la configuración de los elementos típicos, y no en cuanto a la lesión causada del bien jurídico, que en caso de existir la lesividad se da en momentos posteriores a la propia consumación del tipo. Así también se han hecho esfuerzos para determinar que es posible cuestionar la antijuridicidad del tipo de peligro abstracto, pues debiera por lo menos ser creíble la existencia de la lesividad.¹⁸²

En palabras sencillas, no se tiene certeza de ninguna clase de que en realidad el tipo penal pretenda proteger un bien jurídico pues su lesión no se observa, solo se supone que existe, y el caos aparece si suponemos que la lesión existirá en un bien jurídico cuya existencia también debemos suponer.

Usemos algo más palpable, el caso del homicidio, en este el bien jurídico es la vida humana, y la consumación de los elementos típicos coinciden con la consumación en la lesión del bien jurídico, es decir, el tipo penal exige como elemento el “privar de la vida”, si no se priva de la vida, entonces no nos encontraremos frente al delito de homicidio, o en su caso, nos podremos

¹⁸⁰ Cfr. Pedreira González, Félix Maria, *Delitos de tráfico de drogas y principios de Derecho Penal*” en Eduardo López Betancourt, *drogas: ¿legalización?*, Memorial del Simposio Internacional Argentina-España-México, México, UNAM-Facultad de Derecho, 2010, p. 130.

¹⁸¹ Correa, *op. cit.* Nota 101, p. 58.

¹⁸² Cfr. Pedreira, *op. cit.*, nota 180, p. 133.

encontrar frente al delito de homicidio en su grado de tentativa, cuando el bien jurídico fue seriamente amenazado y puesto en peligro, cuando existió indudablemente la voluntad de privar de la vida, pero no se consiguió en virtud de la imposibilidad del sujeto activo de concretar todos los pasos necesarios o una vez concretándolos simplemente el sujeto pasivo no murió.

Entendemos bien y es observable el bien jurídico del delito de homicidio, y lo es porque sabemos cuándo una persona está viva o está muerta, e incluso en casos de catalepsia la ciencia médica puede señalarnos con precisión si una persona vive o no.

Pero si se nos ha dicho que la salud pública no es la suma de la salud de todos los individuos, y es tan abstracta entonces, puede dársele cualquier interpretación o representación que el legislador desee. “Precisamente los delitos de tráfico de drogas son una manifestación muy clara de este llamado derecho penal del enemigo, de esta quiebra de los principios y garantías penales, de esta lucha sin límites... y nuestro sistema se parece más a sus sistemas totalitarios, tercermundistas y atrasados”.¹⁸³

Cuestión importante lo es sobre la punibilidad pues “se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en ese ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia el hecho cometido). En segundo lugar las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente la anticipación de la barrera de la punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada...

En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas.”¹⁸⁴

¹⁸³ *Ibidem*, p.p. 130-131.

¹⁸⁴ Jakobs Günther, Derecho Penal del enemigo, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas ediciones, 2003, p.p. 79-81.

Sin embargo, los defensores del Derecho Penal del Enemigo hacen referencia de que es la herramienta mas fuerza con la que dispone el Estado para proteger a la sociedad de “alimañas” que pueden destruir toda la convivencia social y que haría posible el combatir a toda persona que simplemente desee destruir a la sociedad, sin embargo “ el Derecho Penal del Enemigo” tiene, por tanto, dos cuestiones básicas que responder, si es que quiere pasar el umbral de una expresión brillante y más o menos provocadora pero vacía o tautológica, una es de tipo conceptual y afecta a su propio contenido: ¿quién define al enemigo y cómo se le define? ¿ a que ´tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de ciudadanos o en de los enemigos?...

A mi juicio, Jakobs no contesta satisfactoriamente a ninguna de las dos cuestiones. Se limita a constatar en una realidad y alude a la necesidad de una “seguridad cognitiva” como fundamento se su existencia.¹⁸⁵

Y evidentemente claro que Jakobs nunca ha de contestar esa pregunta, simplemente porque es el gobierno quien definirá a sus intereses el concepto de enemigo, así entonces, debemos recordar la nacionalidad de Jakobs, ya que es alemán y algunos (no todos) los alemanes tienen tendencias intelectuales extrañas, como ejemplo pongamos lo dicho por otro alemán “La contaminación de sangre negra en el Rin, en el corazón mismo de Europa, responde a la sádica sed de venganza del chovinista francés, enemigo secular de nuestro pueblo, y no menos, al frío cálculo del judío... Así es como el judío se ha constituido actualmente en el más grande instigador de la devastación alemana... hasta lograr que Estado tras Estado, abandonasen la neutralidad y, sacrificando el interés verdadero de los pueblos, se pusieran al servicio de la coalición bélica mundial fraguada contra Alemania.

Si nuestro pueblo y nuestro Estado sucumben bajo la presión de esos tiranos, ávidos de sangre y de dinero, el orbe entero será presa de sus tentáculos de pulpo; más, **si Alemania alcanza a liberarse de ese atenazamiento, podrá**

¹⁸⁵ Muños Conde, Francisco, *El derecho Penal del Enemigo*, Conferencias Magistrales, México, INACIPE, 2003, p. 6.

decirse que para todo el mundo quedó anulado uno de los mayores peligros.”¹⁸⁶

Es decir, la idea de los enemigos los cuales pueden destruir completamente al Estado es algo común en autores alemanes, por ello es que con una lógica bastante esquizoide buscan defenderse de ciertos grupos que solo pueden existir en su imaginación, y al no poder definirlos inventan bienes jurídicos de contenido abstracto, tipos penales en blanco o abiertos y la idea de un enemigo al que se le aplica un Derecho Penal de exclusión, y es sólo para que en determinado momento puedan eliminar a aquellos grupos o individuos que consideren peligrosos.

Como nos lo deja ver Muños conde tal vez la “guerra sucia” contra el terrorismo, los asesinatos selectivos, la prisión sin derechos, la privación de la libertad por sospechas son parte de ese Derecho Penal del Enemigo.¹⁸⁷

Y no parece, sino que la doctrina de Jakobs es capaz de justificar cualquier régimen atroz como el de Hitler, pues el autor en comentario lo reconoce pues ha señalado “que hay protección de normas también en un “derecho penal aterrador”, que reduce junto a las cifras de criminalidad también los derechos personales de libertad y el respeto a la persona. Esto es ciertamente, correcto: toda sociedad esclavista protege las normas de esclavización; de no ser así, no sería ella misma, sino otra, pero la sola circunstancia de que se trata de la protección de la norma no implica que se trata de una norma jurídica en sentido enfático, ni siquiera implica que se trate de mantener una determinada forma de sociedad. Un esclavo, en cuanto es propiedad de su señor, es objeto de una relación jurídica, pero no por ello es también persona en Derecho. Es decir, alguien que potencialmente tiene derechos y obligaciones y como mero instrumento, equivalente a un animal, no puede ser miembro de la sociedad de su señor. Puede que el señor se comunique con el esclavo de manera

¹⁸⁶ Hitler, Adolfo, *Mi Lucha*, trad. Alberto Saldivar, Chile, E-pub, p. 108.

¹⁸⁷ Muños, *op. cit.*, nota 185, p. 25.

instrumental, pero ello no implica más sociedad que el azuzar a un caballo de carga. “no implica que todos los seres humanos sean personas”¹⁸⁸

Y ciertamente, el Derecho Penal del Enemigo supone que no todos son persona y como tales, pueden quedar fuera de las garantías penales, y por ello es que Jakobs desconoce la posibilidad de que se aplique alguna proporcionalidad en las penas, simplemente por que participa el enemigo en una relación jurídica, pero no es sujeto de derechos.

No es persona ni sujeto de derechos un enemigo (según el autor que comentamos), porque no se califica su acción, se califica su peligrosidad, no importa que bien jurídico pueda dañar, sino que el mismo constituye un daño por si mismo para la sociedad, “El actor viene definido tan sólo por el Hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada,... si no que sólo es una fuente de peligro, en otras palabras, enemigo del bien jurídico.”¹⁸⁹

Y como tal, al ser un enemigo del bien jurídico, su sola presencia o existencia es peligrosa, por ello, se habla de un peligro abstracto, porque cualquier movimiento que el realice podría configurar una lesión, por ello es que se debe anticipar la punibilidad consumando únicamente los elementos típicos sin que al efecto se lesione un bien jurídico.¹⁹⁰

Pero, al ser la existencia del enemigo un peligro, se debe limitar su esfera privada, es más, debe ser anulada, considerando como única forma no punible

¹⁸⁸ Jakobs Günther, *sociedad, norma y persona en teoría de un Derecho Penal funcional*, trad. Manuel Cancio Melia *et. al.*, Colombia, Universidad de Colombia, 1996, Cuadernos de conferencias y artículos, num 13, p.p. 26-27.

¹⁸⁹ Jakobs Günther. *Estudios de Derecho Penal*, España, UAM ediciones, 1997, p. 225.

¹⁹⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 308.

lo que se encuentre en su mente, siempre y cuando, no se realice ningún movimiento.

“Se trata de la misma forma de los simples pensamientos y el ejercicio de otros derechos civiles, se tienen que establecer también de igualdad los límites, teniendo en cuenta que, respecto a esto, la expresión “de igual modo” no significa: según lo que en cada caso se percibe por los sentidos. Una equiparación del tipo “lo que está en la morada es probado al igual que lo que está en la cabeza”, no sólo sería errónea porque –bajo las condiciones de un régimen de libertades pueden coexistir en una misma morada las esferas privadas concurrentes con la pluralidad de personas, lo que no sucede –bajo las mencionadas condiciones- en una cabeza, sino también y principalmente porque no se trata de límites especiales o perceptibles de otro modo por los sentidos, sino de límites adecuados a los principios de imputación. Cabe eximir de responsabilidad, sin perjuicio para la imputación, los simples pensamientos porque se puede hacer responsable al sujeto, en la medida en que sea imputable, al transformar los pensamientos en un comportamiento corporal.”¹⁹¹

De lo anterior Jakobs nos dice, mientras no te muevas, no podemos acusarte, y lo dice de esa forma, no porque los pensamientos queden libres de la imputación, sino simplemente porque –a menos que se usa un psíquico- no se puede conocer lo que una persona piensa, y basta con la presunción de que realizara un comportamiento dañino para que sea sancionado.

Incluso Jakobs utiliza el ejemplo de alguien que lanzara una piedra estando en el interior de su jardín al exterior para lesionar a alguien¹⁹², para el no podemos aguardar el momento en que la piedra impacte a la víctima, debemos sancionar al sujeto por su peligrosidad desde el instante que se agacha a recoger la piedra.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 306.

¹⁹² *Cfr. Idem*.

Si nosotros fuéramos videntes del futuro, e indudablemente supiéramos que el sujeto lanzara la piedra para lesionar a la futura víctima, evidentemente tendríamos toda la razón para detener al sujeto desde que se agacha a coger la piedra, sin embargo, la especie humana carece de dicha capacidad, pero para el autor en comento, es fácilmente sustituible con el conocimiento que se tenga sobre la peligrosidad del sujeto y entonces sancionarlo.

Es evidente que este es el mismo pensamiento que se ha venido utilizando con la marihuana, pues suponemos la peligrosidad del consumo de la hierba para la salud pública, si, suponemos un hecho futuro como es la insalubridad general, entonces debemos destruir la lesión desde antes que esta nasca, así que prohibimos no solo la posesión, sino también la producción y la distribución de la marihuana.

Pero como en el ejemplo de Jakobs, tal vez el sujeto no lance la piedra, simplemente la quite de su lugar, o solo deseaba acomodarla para patearla, así es con la marihuana, su uso no tiene intención de dañar a la sociedad, y aunque su uso se generalice la dañara de una forma menor de lo que actualmente la daña el alcohol.

Hacer un juicio previo basándonos en la peligrosidad de un sujeto y más aún, de lo que puede producir o vender y/o consumir, no puede recibir otro calificativo que el de “prejuicio”, es decir, la doctrina de Jakobs se basa solo en prejuicios.

Tanta es la peligrosidad del Derecho Penal del Enemigo que incluso su autor reconoce que debe ser limitado a casos extraordinarios, y no ser utilizado con el derecho de los ciudadanos, pues pueden cometerse excesos, reconoce que “el derecho penal de enemigos tiene también que ser separado del Derecho Penal de Ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra figura en el Derecho Penal de Ciudadanos. El Código Penal,

en su actual configuración, oculta en no pocos puntos el desbordamiento de los límites que corresponden a un Estado de libertades.”¹⁹³

Pero ese estado de libertades que se tiene con un Derecho de Ciudadanos debe ser limitado lo más posible para poder dar espacio a conocer a los enemigos, esa idea limitada de lo privado, constituyen ataduras para el Estado que haga posible la convivencia, “la existencia de un derecho Penal de Enemigos no es signo, por tanto de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida no existe. Ciertamente son posibles situaciones, que quizá se dan incluso en este momento, en las que normas imprescindibles para un estado de libertades pierden su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada.”¹⁹⁴

La marihuana por más que se generalice su consumo, nunca podrá poner en riesgo la existencia de la sociedad, mucho menos del Estado, no podemos seguir aplicando un derecho intolerante y prejuicioso que prevenga daños fantasmales, máxime que el costo a su convine sirve solo para el fomento de una mafia que tiene su sustento en la ilegalidad.

Vemos cada vez más de forma recurrente los atropellos que generan las fuerzas del gobierno en un afán de eliminar las drogas, y se trata de maquillar todo ese sistema jurídico atroz con la positivización de principios de teorías opuestas.

Jakobs reconoce que las penas del Derecho de Enemigos (en el que se basa el modelo penal de combate a la marihuana) son desproporcionadas, y la proporcionalidad es un principio fundamental en la racionalidad de Ferrajoli, en el que el Sistema Penal de enemigos encuadra perfectamente en lo descrito como Sistemas Irracionales donde la sanción atiende a la peligrosidad del sujeto y no a su conducta.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 323.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 322.

Si sostenemos la supremacía constitucional (en la que se consagra la racionalidad del garantismo penal) y de los derechos Humanos, debemos entonces eliminar por lo menos por irracional, a la marihuana de la lista de sustancias prohibidas penalmente.

Esta idea de juzgar al sujeto por lo que es y no por lo que hace, nos lleva a recordar los excesos de la teoría de Lombroso, donde incluso, el criminal nato podría ser reconocido por su apariencia, similar a decir que un delincuente es quien tiene seis gramos o cinco kilogramos de marihuana, sin importar el fin de la hierba ni mucho menos si la hierba es en realidad un objeto diabólico.

En el caso mexicano, la adaptación del derecho de exclusión de Jakobs obedece principalmente a que “la persecución contra la droga proviene de una traslación de la intolerancia religiosa; hoy la salud física es el sustituto laico de la salvación espiritual.”¹⁹⁵

Lo cual es sumamente cierto, los argumentos morales que se han enarbolado para combatir brujos, hechiceros, herejes, alcohólicos, marihuanas y demás personas relacionadas con las drogas han sido los mismos. Para cerciorarnos de ello, basta citar la opinión de los doctores de la Iglesia Católica durante la edad media:

“Es ilegal que cualquier hombre practique la adivinación; si así lo hace, su recompensa, será la muerte por la espada del verdugo. También existen otros que con encantamientos mágicos procuran quitar la vida a personas inocentes, que convierten las pasiones de las mujeres en toda clase de lujurias; estos criminales deben ser arrojados a los animales salvajes. Y la ley permite que cualquier testigo sea admitido como probatorio contra ellos. Esto lo especifica con toda claridad la parte del Canon que trata sobre la defensa de la Fe. Y se permite el mismo procedimiento en una. Acusación de herejía. Cuando se presenta tal acusación, cualquier testigo puede prestar testimonio, tal como si se

¹⁹⁵ Savater, Fernando, en Neuman, Elías, *Legalización de las drogas*, 3ª. ed., Argentina, Universidad Argentina, 2005, p. 282.

tratara de un caso de lesa majestad. Porque la brujería es alta traición contra la Majestad de Dios. Y deben ser sometidos a tortura para hacerlos confesar. Cualquier persona, fuese cual fuere su rango o profesión, puede ser torturada ante una acusación de esa clase, y quien sea hallado culpable, aunque confiese su delito, será puesto en el potro, y sufrirá todos los otros tormentos dispuestos por la ley, a fin de que sea castigado en forma proporcional a sus ofensas.”¹⁹⁶

Parece lo anterior un extracto del pensamiento jurídico del legislador mexicano, al imponer una pena severa por realizar encantamientos los cuales pueden quitar la vida a otro, es equivocado pensar que un hechizo puede crear efectos reales y privar de la vida, pero en la edad media era doctrina de fe, y debía ser tratado como hereje quien considerara lo contrario¹⁹⁷, así que tal vez en el futuro con la misma sorpresa que leemos el texto del martillo de las brujas leerá alguien nuestra actual legislación y sentirá la misma sorpresa, además, de que en la actualidad no le llamamos hereje a quienes hablen favorablemente de la marihuana u otra droga ilícita, simplemente les decimos que hacen apología del delito y son censurados en su libertad de expresión.

La idea de proporcionalidad que maneja el martillo de las brujas es idéntica a la idea de proporcionalidad que tiene el legislador mexicano, pues no atienden a la lesión efectiva de un bien jurídico, sino a la peligrosidad del sujeto y a los topes máximos y mínimos de la punibilidad.

En cuanto a que cualquier testigo puede realizar la acusación y además se resguarde en secreto la acusación y la identidad del acusador, ha cobrado vigencia el *Malleus*, basta leer lo que señala el artículo 20 constitucional inciso C) fracción V:

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

¹⁹⁶ Kramer, Heinriche, *Malleus Maleficarum el martillo de las brujas*, trad. Floreal Maza, Argentina, Orión, 1975, p. 12.

¹⁹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 8.

- V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

Conservamos la misma idea, la maquillamos y entonces tenemos Derecho Medieval actualizado con el nombre de Derecho Penal del Enemigo. Tanto así que en lugar de señalar que la hechicería es un delito que lesiona la majestad de Dios, decimos proporcionalmente que la marihuana es un delito que lesiona la Salud Pública, en ambos casos hablamos de un peligro abstracto a bienes jurídicos abstractos.

Y son tan equivalentes la majestad de Dios y la Salud Pública, además de que nadie nunca los ha visto, que hasta tienen las mismas consecuencias en su violación, la de arrojar a las personas a toda clase de pasiones que originaran todo tipo de lujurias, como la pereza, la disfunción social, la pachequez, la destrucción de la familia, la enfermedad, la pérdida de los valores, etc. y sin embargo, ninguna persona educada cree que la marihuana y los encantamientos puedan generar tales consecuencias.

Tan increíble es, la unión entre el Derecho Medieval y el de Enemigos, que incluso ambos hablan de un enemigo potencialmente peligroso, el *Malleus* dice “la maldad y el pecado es por naturaleza en las mujeres ¡Qué otra cosa es una mujer sino un enemigo de la amistad, un castigo inevitable, un mal necesario, una tentación natural, una calamidad deseable, un peligro domestico...!”¹⁹⁸

El Martillo identifica como enemigo a la mujer que puede ser contaminada y convertirse en bruja, la teoría de Jakobs es tan abierta y salvaje que solamente se limita a señalar que los enemigos lo son de la sociedad y que cualquiera que se oponga puede ser el enemigo, pero, si usamos este párrafo medieval y

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 49.

sustituimos la palabra mujer por marihuana o marihuano, nos queda la concepción penal actual del por qué está penalizada la hierba en comento, hagamos el ejercicio entonces.

“la maldad y el **daño social** es por naturaleza en la **marihuana** ¡Qué otra cosa es un **marihuano** sino un enemigo de la amistad, un castigo inevitable, un mal necesario, una tentación natural, una calamidad deseable, un peligro domestico...!”

Con esas mismas razones se han establecido para sancionar penalmente a la marihuana.

Si este ejemplo no fuera suficiente, también el Martillo establece la diferencia entre dos sistemas, uno que debe ser aplicado con todo rigor a las brujas porque son enemigas de la creación de dios y cómplices de los demonios (en la actualidad los demonios medievales serían equiparables a los sicarios y grandes criminales como el chapo Guzmán) y otro a los pecadores normales que si pecan no lo es por malicia consuetudinaria, el equivalente es lo que propone Jakobs con el Derecho Penal de Ciudadanos y el Derecho Penal de Enemigos.

Esto que se ha señalado es observable en el siguiente texto “las brujas siguen pecando después que a menudo se han infligido grandes castigos a muchas otras brujas, y luego de que los castigos que les enseña la iglesia han sido infligidos por causa del demonio y su caída; y se burlan de todo ello, y se apresuran a cometer, no los pecados menos mortales, como otros pecadores que pecan por enfermedad o maldad, pero no por malicia habitual, sino más bien los delitos más horribles, por la profunda malicia de su corazón.”¹⁹⁹

Comparemos lo antes dicho en la edad media con lo señalado por Felipe Calderón:

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 73.

“Permítanme ser claro, esta lucha no es solo ni principalmente para detener el tráfico de drogas. El objetivo primordial es garantizar la seguridad de las familias mexicanas quienes se encuentran bajo amenaza de los abusos y los actos perversos de los criminales... Asimismo, las fuerzas federales han arrestado muchos delincuentes importantes quienes ahora están siendo juzgados en México. Y hemos extraditado un número récord de criminales para que sean juzgados en este país.”²⁰⁰

Cualquier parecido no es coincidencia, porque la teoría de Jakobs es la evolución de figuras medievales que favorecen como en el caso de México y de la prohibición de la marihuana a la creación de penalidades que favorecen oscuros intereses en las cúpulas de corrupción, mientras que en la edad media se señaló que las brujas eran de una especie diferente a la humana²⁰¹ Jakobs señala que los enemigos no son personas.

Calderón siempre ha defendido la lucha con aplicar la ley sin embargo no debemos olvidar quienes hacen la ley, y mucho menos, que es imposible siquiera tomar en cuenta las limitaciones a la libertad y a las garantías en general que supone la teoría de Jakobs, en palabras de Rawls “cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la justicia o, como dicen algunos, en un derecho natural, el cual no puede ser anulado ni siquiera para el bienestar de cada uno de los demás. La justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se justifique por el hecho de que un bien mayor sea así compartido por otros.”²⁰²

Así que esa pelea contra las drogas como bien señala Betancourt “ es un embuste, decomisos y cateos sirven para evitar que el mercado se sature y ayudan a regular los precios: las detenciones de capos y la desarticulación de

²⁰⁰ Calderón, Felipe, *Guerra contra el narco*, en *retoricas.com*, diario *online*, consultado 29, julio, 2013. visible en <http://www.retorigas.com/2010/10/discurso-felipe-calderon-guerra-narco.html>.

²⁰¹ Cfr. Kramer, *op. cit.*, nota 196, p. 14.

²⁰² Rawls, Jhon, *Teoría de la justicia*, 2a edición, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 39.

bandas específicas, son montajes para justificar el trabajo policiaco, a través de la creación de chivos expiatorios... la prohibición se mantiene, porque de ella dependen la existencia del narcotráfico, sin ilegalidad, no hay comercio ilícito, y por ende, las ganancias multimillonarias que generan corren riesgo.”²⁰³

Un acto tan irracional como es la prohibición de la marihuana, necesita para legitimarse una doctrina igual de irracional, y la encuentra en Jakobs, “ se trata de una situación irracional; por la cual, las élites gobernantes, sostienen, defienden y convierten en práctica política y jurídica una cierta concepción moral única, ni quizá la más conveniente para atender la grave problemática que efectivamente representa el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas... si subsiste como política, es porque su permanencia acarrea múltiples beneficios políticos y económicos a otros sectores además de grupos traficantes..., no pueden abogar por una revisión de la política actual sobre drogas, pues pondrían en jaque sus propios intereses.”²⁰⁴

Todos esos intereses a los que nos hace referencia el doctor Betancourt pueden ser explicados desde cierto enfoque con la Teoría General de Sistemas, que a continuación se detalla.

²⁰³ López Betancourt, Eduardo, *Drogas su legalización*, México, Porrúa, 2009, p.159.

²⁰⁴ *Idem*.

3.4 EXPLICACIÓN SISTÉMICA DE LA SANCIÓN PENAL DE LA MARIHUANA.

Para comenzar esta explicación debemos comprender que estamos inmersos en un mundo globalizado, la globalización trasciende de ser un fenómeno económico o incluso cultural, para constituir un verdadero orden que se comporta como una masa homogénea; a lo largo de la historia antigua y moderna apreciamos a los actores de la historia que han provocado los grandes acontecimientos dándonos cuenta que siempre han sido gobernantes o incluso movimientos sociales que se manejan como un martillo, los grandes imperios como el egipcio mostraron los primeros signos de un sistema similar a la globalización, una asimilación cultural y un gobierno fuerte que permitiera un comercio floreciente, todo bajo el mando del Faraón, lo mismo en Roma, en la edad media el control es ejercido por los grandes señores feudales que lo manejan todo, incluso el comercio, en los albores del renacimiento el Estado-Nación toma la bandera de dirección mundial.

Pero algo pasa en el siglo XX, donde las guerras mundiales comenzaron por intereses expansionistas de los estados, pero su fin lejos de mostrar a una nueva potencia dominante, mostraba una potencia constituida por el capital privado. A partir de entonces los grandes protagonistas de la historia no serán los estados ni sus gobernantes, lo serán los intereses económicos, el poder económico privado, que tal pareciera usan la imagen del Estado para legitimar sus movimientos, la mejor prueba de esto es la Ley de los arcos dorados, que consiste en señalar que en ninguna guerra o invasión de la actualidad se ha librado en donde exista un Mc Donals.²⁰⁵

Como actor de la historia, los intereses económicos impelen en todo orden, y de cualquiera obtienen provecho, “las políticas económicas neoliberales han producido un notable recorte en los niveles del Estado de Bienestar (*Welfare*

²⁰⁵ Cfr. Friedman, Thomas, *The lexus and the olive tree*, Estados Unidos de América, *Anchor Books*, 2000, p. 80.

State) y han provocado un aumento de las desigualdades sociales entre los Estados desarrollados y los Estados en vías de desarrollo, Estamos pasando de un Estado Social a un Estado Penal²⁰⁶ donde es precisamente el Estado Penal un herramienta de control social para sostener las desigualdades entre los individuos, por eso Jakobs nos habla de un Derecho Penal de Ciudadanos y un Derecho Penal de Enemigos, donde curiosamente los enemigos son aquellos sectores marginados, sin embargo, las prácticas económicas posmodernas se justifican bajo una óptica moral, dando pie al populismo punitivo²⁰⁷ contra el que esta Ferrajoli.

El funcionamiento de esos aspectos económicos para su supervivencia requiere forzosamente de manejarse como un complejo sistema, donde las instituciones preexistentes de la cultura, del Derecho y de la sociedad son absorbidas y convertidas en órganos que vitalizan el sistema.

La idea de representar la dinámica del mundo humano nace con la idea de los organismos vivos, es decir, en el campo de la biología con los trabajos de Ludwig von Bertalanffy, que señala a los entes vivos como un complejo sistema de interacciones internas y externas que le permites sobrevivir.

Pese al descontento de Bertalanffy, Luhmann toma las ideas de Bertalanffy para adaptarlas a los modelos sociales, así, se ve a la sociedad como un complejo sistema de interacciones internas o externas que le permiten sobrevivir, se comporta y evoluciona como un ser vivo, y como todo ser vivo se compone de subsistemas y estructuras.

Así pues, el control lo realiza el interés económico sobre todos los órdenes, incluso sobre el Estado, así que sistémicamente, re requiere un orden que logre armonizar el entorno de ese sistema económico, como lo señala Luhmman “. En un primer momento se pensó en la construcción de estructuras del sistema a través de procesos sistémicos propios y se habló, por consiguiente, de

²⁰⁶ Zambrano, *op. cit.*, nota 156, p. 3.

²⁰⁷ *Cfr. Idem.*

autoorganización. El entorno fue entendido como fuente de ruido no específico (carente de sentido), del cual, sin embargo, el sistema podía extraer sentido a través del contexto de sus propias operaciones. Así se trató de explicar que el sistema —ciertamente en dependencia del entorno y en ningún caso sin entorno aunque sin estar determinado por él— puede organizarse por sí mismo y construir su propio orden”.²⁰⁸

Al tener el sistema económico un orden, necesita pues estar en equilibrio y adoptar estructuras que le permitan su conservación, por ello es que se utiliza la moral como una ideología que no permita interponerse a los intereses del sistema, a la cultura como forma establecida de desarrollo humano como parte sistémica e incluso al Derecho, “Los sistemas autopoieticos son aquellos que por sí mismos producen no sólo sus estructuras, sino también los elementos de los que están constituidos —en el entramado de estos mismos elementos-. Los elementos sobre los que se alzan los sistemas autopoieticos (que vistos desde la perspectiva del tiempo no son más que operaciones) no tienen existencia independiente: no es por tanto que ya estén y que simplemente se coloquen. Más bien se producen por el sistema y precisamente por el hecho de que se utilizan como distinciones —sin importar la base energética o material. Los elementos son informaciones, son diferencias que en el sistema hacen una diferencia. En ese sentido son unidades de uso para producir nuevas unidades de uso — para lo cual no existe ninguna correspondencia en el entorno.”²⁰⁹

Es decir, el Derecho es secuestrado por el sistema económico, y es moldeado, por ello es que no se toma en cuenta el entorno de donde nace el sistema, que en este caso es la sociedad, sino que se adapta a sus intereses que le permitan estar en un estado de equilibrio o autopoietico, no necesariamente implica que la sociedad o el grueso que la compone esté en equilibrio, “. La autopoiesis de la vida es una invención bioquímica única de la evolución; de ahí, sin embargo, no se sigue que deba haber gusanos y hombres.

²⁰⁸ Luhmann, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate *et. al.*, Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 44.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 45.

Lo mismo en el caso de la comunicación: la sociedad se genera por la comunicación que presupone la operación autopoietica de la comunicación, pero de ahí no se desprende qué tipo de sociedad.”²¹⁰

Por eso nos explicamos lo que señala Jakobs al decir que una sociedad elaborara leyes que no sean contrarias a ella misma, simplemente porque se trata de un sistema, y en este caso el sistema es quien da las pautas jurídicas que le permitan su supervivencia y ser autopoietico.

Por lo cual, vemos que el sistema es selectivo y cerrado que no permite la entrada del grueso social, y es más, está dispuesto a exterminarlo de ser posible, para ello se vale de la herramienta jurídica en la que legitima la coercibilidad, así lo señala Luhmann al escribir “el sistema que ejerce la coerción debe asumir la carga de la selección y la decisión en el mismo grado en que se ejerce la coerción; ésta tiene que ejercerse donde hay una carencia de poder. La reducción de la complejidad no se distribuye, sino que se transfiere a la persona que usa la coerción.”²¹¹

Entendido ya que el sistema económico es el que ha absorbido al sistema jurídico, expliquemos que objeto tiene el mantener prohibida a la marihuana y a las drogas en general.

La prohibición por si misma genera un monopolio, pero un monopolio ilícito y absoluto, utilizando la coercibilidad como un filtro para evitar la entrada tanto de marihuana como de personas y evitar la saturación de un mercado, aumentando los precios y ganancias en base a un riesgo, Betancourt se da cuenta de ello cuando nos dice “la prohibición se mantiene, porque de ella dependen la existencia del narcotráfico, sin ilegalidad, no hay comercio ilícito, y por ende, las ganancias multimillonarias que generan corren riesgo”²¹²

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ Luhmann, Niklas, *Poder*, trad. Luz Mónica Talbot *et. al.*, Universidad Iberoamericana - Anthropos, España, 1995, p. 14.

²¹² López, *op. cit.*, nota 203, p. 159.

Y la idea del monopolio la encontramos en Wallerstein quien señala que “Lo que los vendedores prefieren siempre es un monopolio, porque entonces pueden crear un amplio margen relativo entre los costos de producción y los precios de venta, y por lo tanto obtener grandes porcentajes de ganancia. Por supuesto, los monopolios perfectos son extremadamente difíciles de crear, e infrecuentes, pero los cuasi monopolios no lo son. Lo que uno necesita más que cualquier otra cosa es el apoyo de la maquinaria de un estado relativamente fuerte, uno que pueda apoyar a un cuasi monopolio. Hay muchos modos de realizarlo. Uno de los más fundamentales es el sistema de patentes...”²¹³

Wallerstein señala como un ejemplo el sistema de patentes, pero en el caso de la marihuana, como señala Betancourt es la ilegalidad, por lo cual, adopta elementos del Derecho Penal del Enemigo para hacer efectivo el control estatal y favorecer los intereses de un sistema económico. De ahí obtenemos la razón de las decisiones legislativas irreflexivas, ellos solo son un elemento legitimador de la política espejo.

El objetivo entonces del sistema económico es la obtención incesante de capital, la marihuana solamente puede producir incesantemente el capital si está prohibida, de lo contrario el mercado negro desaparecería, y se vería que la satanización moral es falsa, el estado en realidad no persigue a los grandes traficantes de drogas, el sistema no toma en cuenta, porque los grandes traficantes son los que efectivamente acumulan el capital, pero los que intentan ingresar a la dinámica sistémica son los que corren en riesgo, pues para ello existe el derecho Penal del Enemigo.

Si tomamos como válida la explicación de la realidad bajo una óptica sistémica, recordemos entonces que la Teoría de Sistemas nace de una concepción orgánico-biológica adaptada a la sociedad, entonces, algo que al parecer no toma en cuenta Luhmann, es que en los sistemas biológicos existe la

²¹³ Wallerstein, Immanuel, *Análisis de sistemas-mundo, una introducción*, México, siglo XXI, 2010, p. 23.

muerte celular programada, mejor conocida como apoptosis pues “En todo organismo multicelular adulto debe existir un equilibrio entre la generación o proliferación y la desaparición o muerte de las células que lo componen, con el fin de mantener un tamaño constante. La alteración de este equilibrio conduce a situaciones patológicas como el cáncer, cuando la proliferación se encuentra aumentada, o las enfermedades degenerativas, cuando los procesos de muerte celular están incrementados.”²¹⁴

En un organismo vivo la apoptosis protege el fin del sistema que es la vida, entonces, en el sistema económico donde el fin es la incesante acumulación de capital, la apoptosis protegerá a los grandes acumuladores de capital, solo que quien hace las veces de apoptosis es conocido como Derecho Penal del Enemigo, el sistema económico favorablemente ha acogido la teoría de Jakobs para protegerse y castigar a quien no participa en él.

Así nos lo señala Wallerstein. “El principio fundamental de una Economía-mundo capitalista es la incesante acumulación de capital. Ésta es su razón de ser y todas las instituciones están guiadas por la necesidad de perseguir este objetivo, se recompensara a los que lo hacen y se castigará a los que no.”²¹⁵ Pero también hay que entender que es un grupo cerrado, que no admite la competencia, por ello, es que la legislación penal sanciona la tenencia de más de 5 gramos de marihuana, para evitar acumular mayores cantidades de hierba que puedan hacer frente competitiva a los grandes carteles.

Si uno porta seis gramos de marihuana y excede el límite establecido en la Ley general de Salud, incurre en un delito de peligro abstracto, es decir, se aplica un elemento del Derecho Penal del Enemigo, la apoptosis sistémica en funcionamiento. Así mismo, como se observara en el capítulo siguiente, todos los actores visibles del Estado y grandes narcos son piezas del ajedrez

²¹⁴ Jordán, Joaquín, *Apoptosis: muerte celular programada*, Offarm, Universidad de Castilla la Mancha, Junio 2003, vol. 22, num. 6, p. 100.

²¹⁵ Wallerstein, Immanuel, *El universalismo europeo. El discurso del poder*, México, siglo XXI, 2007, p. 72.

sistémico, que se mueven y se eliminan de acuerdo a las conveniencias del sistema económico.

La Doctora Lizbeth Padilla encuentra serias injerencias del Derecho Penal del Enemigo en el ámbito jurídico nacional, señala que la positivización de la carga de la prueba obedece más a una oración legitimizante pero que en la práctica se ve trastocada pues es también el imputado quien debe demostrar su inocencia en un hecho negativo²¹⁶, en el caso de la marihuana se resume a que no iba a dañar el bien jurídico de la salud pública

Esto es observable en el artículo 20 constitucional inciso A) fracción V.

“La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;”

Suena muy bonito por el maquillaje jurídico que le pusieron, pero la carga de la prueba está condicionada a lo que señale la Ley Penal, donde al contener en el caso de la marihuana delitos de peligro abstracto, se tendrá que demostrar en sentido negativo, es decir “que no iba a...” lo cual es imposible de demostrar.

Máxime que la igualdad procesal no concentra solamente la acusación en el Ministerio Público, quien cuenta con la presunción de que el imputado es culpable por el solo hecho de poseer la marihuana, sino, también en el imputado quien deberá probar un hecho negativo imposible de acreditar.

En cuanto a la presunción de inocencia podemos decir que se vuelve un concepto ilusorio, si el imputado no acredita su inocencia y el ministerio público presenta pruebas que apunten medianamente a la culpabilidad del imputado, será condenado. Entonces la presunción de inocencia se vuelve nugatoria.

²¹⁶ Cfr. Padilla, *op. cit.*, nota 150, p. 186.

Acorde a lo dicho, Padilla encuentra algunos principios a los que llama “hipermodernos” basados en una aplicación sistémica de las teorías de Jakobs, donde el de mayor importancia es el de “eliminación del principio del hecho y la reversión de la carga de la prueba para en (sic) inculpado.”²¹⁷

En dicho principio la materialización del hecho no necesita realizarse, es decir, no existe lesividad en el bien jurídico tutelado, que en nuestro caso es la salud pública, por lo que el acto mismo queda relegado a acreditar los elementos de una presunción contenida en el tipo. Entonces, se desvanece en el aire la presunción de inocencia y la racionalidad jurídica al no ser posible acreditar un hecho negativo consistente en no dañar un bien jurídico, pues el delito se consume en un estado previo. “basta con presumir las circunstancias objetivas del caso que constituyen los delitos que la convención define, para atribuirlos a título de responsabilidad penal a una persona o grupo. Entonces la prueba no es necesaria para inculpar penalmente a alguien, pues bajo tales circunstancias existe la reversión de la prueba, es decir el imputado tiene que demostrar que no tuvo la intención, ni el conocimiento, ni la finalidad para cometer determinados ilícitos. Aunado a lo anterior los indicios tienen la calidad de prueba preconstituida, pues basta con uno de ellos para detener al inculpado.”²¹⁸

Estos medios “legales” adoptados en nuestro sistema jurídico obedecen a un interés capitalista que pretende excluir a sus enemigos mediante el uso de normas irracionales, si de verdad se deseara limitar la injerencia del Estado, conservando el Derecho Penal como el medio más fuerte con el que cuenta, utilizaría medios menos dañosos y traumáticos, “los resultados lesivos prevenidos por el derecho penal pueden ser evitados, y en muchos casos más eficazmente a través de medidas protectoras de tipo administrativo.”²¹⁹

Si vemos entonces que el sistema económico se vale de normas irracionales contra la marihuana, lo idóneo sería adoptar un verdadero sistema

²¹⁷ Padilla, *op. cit.*, nota 150, p. 183

²¹⁸ *Ibidem*, p. 185.

²¹⁹ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 157, p. 473.

garantista y racional, donde solo se cambie el *estatus* de la marihuana en la Ley General de Salud sin hacer mayor modificación en el Código Penal.

Esa modificación implicaría un control administrativo en sustitución del penal y sobre todo, el objetivo esencial es evitar la lesividad que causa el estado actual de la situación legal de la marihuana, es decir, el combate desmedido contra su uso no solo es jurídicamente irracional, sino, también, al ser la racionalidad consciente de los elementos que rodean a la sociedad, irracional en cuanto al daño desmedido que se causa a la sociedad en cuanto se quiere combatir.

Esta acumulación incesante del capital basada en el tráfico ilícito de marihuana gestado en base a su prohibición será analizada en nuestro siguiente capítulo, donde quedará de manifiesto el daño social superior e in-cuantificable provocado por una irracional prohibición penal, sin olvidar que dentro de nuestros subprincipios de racionalidad propuestos en la presente investigación se encuentra que la norma no sea más dañina que la realidad que pretenda modificar. En palabras de la sabiduría popular “que el caldo no salga más caro que las albóndigas.”

4 DAÑO DE LA POLÍTICA PÚBLICA CONTRA LA MARIHUANA A BIENES SOCIALES Y SU SOLUCIÓN.

4.1 LA GUERRA CONTRA EL NARCOTRÁFICO 2006-2012

4.1.1 UMBRAL PREVIO

Hemos analizado la constitución del bien jurídico de la salud pública a la vez de demostrar que el daño que se pretende atribuir a la marihuana es ficticio, además de irracional y como se verá en este capítulo, es irracional y lesivo a bienes jurídicos definibles con mayor claridad, como la vida y la seguridad física de los gobernados.

Retomando entonces que uno de los elementos de nuestra racionalidad jurídica implica que “la protección sea eficaz y no dañe otros bienes jurídicos de una forma peor.” Comencemos a realizar el análisis de la situación fáctica que genera la aplicación de la penalización a la marihuana, que si bien es cierto y como se estudió en el primer capítulo, el combate a la marihuana y sus usuarios aparece a lo largo del siglo XX, sin embargo, y por cuestiones metodológicas debemos utilizar solo una muestra de tiempo que nos ayude a visualizar la problemática; esta muestra la podemos determinar cuándo ha cobrado un mayor auge y relevancia su consumo, la llamada “guerra contra la delincuencia organizada” que aparece más cruda en el 2006 y que aunque maquillada aún continua hasta el momento en que se escriben estas líneas.

La respuesta referente a si ha sido efectiva la lucha contra las drogas en general y la marihuana en específico, así como si ha existido un mayor daño social por su combate parece obvia, no obstante es necesario comenzar su análisis.

En el umbral previo a 2006, y aunque parezca lo contrario por la situación social actual, el narcotráfico no era un tema considerado de importancia, vamos, la demandas de la ciudadanía en materia de seguridad pública se limitaban en la mayoría de los casos a demandas contra la delincuencia común, es decir, los robos, con este panorama la encuesta de PISOS-BIMSA realizada en 2005 sobre las exigencias que debía cumplir el presidente Calderón no figuró el narcotráfico²²⁰ el cual comienza a figurar hasta 2006 cuando Calderón anuncia su *magna* cruzada contra la delincuencia organizada en donde según la encuestadora señalada la preocupación social ocupó el 1.7% de los entrevistados para dispararse hasta el 18% en 2007²²¹, es decir, las preocupaciones sociales sobre la delincuencia común se vieron eclipsadas por la inseguridad de la delincuencia organizada, pero no porque esta delincuencia cotidiana fuera mitigada, sino que simplemente la delincuencia organizada fue

²²⁰ Cfr. Aguilar V., Rubén, *et. al.*, *El narco, la guerra fallida*, Punto de Lectura, México, 2009, p.40.

²²¹ Cfr. *Idem*.

fundida con la cotidianeidad social, ahora las personas además del miedo a ser robados en la vía pública se preocupan por ser asesinados al quedar en medio de un ajuste de cuentas, de ser secuestrados o de ser “desaparecidos forzosamente” en un retén militar.

Como bien lo señala Aguilar Rubén “las balaceras y los ajustes de cuentas entre narcos nunca suscitaron gran temor en la sociedad. Calderón hubiera podido perfectamente lanzar una *magna* cruzada contra la inseguridad, la violencia y el crimen no organizado... pero estas campañas jamás hubieran despertado las pasiones, las adhesiones y la sensación de peligro como “una guerra contra el narco”, y sobre todo no hubiera sido necesario ni deseable vestir la casaca militar para publicitar el carácter de comandante en jefe del presidente. El ejército no podía convertirse en una fuerza antisequestro, antifranelera y directamente antipeje”²²²

Para nadie que haya vivido en esos años es extraño reconocer, que con razón o sin ella, se vivía un momento de incertidumbre social y política derivado de los comicios electorales presidenciales de 2006, y que por lo menos, medianamente podía ponerse en duda la legitimidad del Gobierno Federal, lo que representaba una gran presión que recaía en los hombros de Felipe Calderón, y por cuestiones políticas y hasta psicológicas se decidió legitimar por medio de la teatralidad.

Teatralidad armada como guerra contra la delincuencia organizada y directa contra el narcotráfico, del cual, la marihuana representa el 80% de las drogas ilegales que se combaten, desafortunadamente, las instituciones jurídicas han sido utilizadas para estos fines políticos, creándose o adaptándose a los principios analizados del Derecho Penal del Enemigo, pues en el no se requiere la existencia de algún daño o de personas con características determinadas, se erige entonces en la herramienta perfecta para que legitime un gobierno que emprenda una cacería de brujas selectiva que diera como

²²² *Idem.*

resultado la inseguridad necesaria para que entonces el presidente de la república se mostrara como un incansable luchador por el bienestar social.

Sin embargo, la teatralidad política y jurídica realizada para legitimar al gobierno en turno, no aparece como la única posibilidad, es más, posiblemente solo complementa la política espejo que se diseña desde Estados Unidos de América, así podemos observarlo al existir un cambio sistemático en las políticas públicas de México y Estados Unidos a partir del 11 de septiembre de 2001 en que ocurrieron los incidentes de Nueva York, es decir “la caída de las torres gemelas marcó el inicio de una nueva dimensión en la reconfiguración de las políticas de seguridad nacional emprendidas por los Estados Unidos con repercusiones a nivel mundial, con la salvedad de que en la actualidad el discurso también se reconfiguró pues la guerra contra el terrorismo árabe musulmán concebida así por los Estados Unidos dejó de tener validez con el asesinato de Osama Bin Laden, entonces, la justificación a partir de ese momento fueron los grupos de delincuencia organizada (cárteles del narcotráfico) que supuestamente operan bajo los mismos parámetros del terrorismo.”²²³

Bajo esta preocupación, la guerra contra la el narcotráfico comienza a prepararse desde el 23 de marzo de 2005, cuando el entonces presidente con botas Vicente Fox y Jorge Bush firman el *Trilateral Security and Prosperity Partnership of North America*, el cual determina como prioridad el fortalecer la seguridad en la zona común de Norteamérica, que implícitamente deja pasar los temas de seguridad pública al de seguridad nacional e incluso regional, dejando a “discreción estatal la facultad de catalogar y decidir el tratamiento que se le dará a cualquier asunto en materia de seguridad”²²⁴.

²²³ Martínez Consuegra, Estela, *El concepto de riesgo en la agenda penal mexicana: El sexenio de Felipe Calderón*, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, vol. 8, número 15, Julio-Diciembre 2012, UNAM, p. 95.

²²⁴ *Ibidem*, p. 96.

Es decir, tenemos ahora mismo el fenómeno de la política espejo, pero quizá ya no disfrazadas como pudimos observarlo en capítulos anteriores, pues por medio del tratado ya señalado, la agenda de seguridad de Estados Unidos se impone a México, y la única función del Gobierno Federal es legitimarla y de paso, legitimarse a sí mismo, “además, en el caso mexicano resulta insostenible hablar de guerra contra el terrorismo. Tal vez un acierto discursivo del gobierno de México para manipular la implementación de acciones en materia de seguridad es hablar en todo momento de guerra contra el narcotráfico en lugar de guerra contra el terrorismo.”²²⁵

Y no puede ser de otra forma, pues la misma situación de México no exigía un gran despliegue de toda la maquinaria estatal centrándose en un solo objetivo, en el discurso oficial, la situación delincuenciales era sofocante, el gobierno no tenía otra posibilidad para enfrentar el problema, sin embargo, al ver las estadísticas de esa época, nos damos cuenta que la realidad era distinta, es más, se dice que el grado de civilidad de un país puede observarse en el número de homicidios dolosos, que en el caso de nuestro país iba en decremento.

Año	N. de homicidios dolosos
1998	33,942
1999	33,242
2000	31,704
2001	31,524
2002	29,067
2003	28,202
2004	26,668
2005	25,780
2006	27,160

²²⁵ *Ibidem*, p. 97.

Es de señalar que en la tabla se muestra el total de homicidios dolosos que incluyen los efectuados por causas del narcotráfico y de otro tipo de homicidios que nada tiene en relación con delincuencia organizada, así como que se debe valorar el incremento poblacional, lo que demuestra que claramente la violencia iba en un proceso de decremento, no así en 2006 cuando se anuncia la guerra contra el narco y comienzan las ejecuciones selectivas. Hasta que en 2008 la media de homicidios dolosos por cada cien mil habitantes repuntó en algunos estados hasta superar la media de países como Colombia que en ese año fue de 36, de Rusia con 20 y de Ecuador con 17, así tenemos los siguientes estados:

Entidad	Media de homicidios/100000
Chihuahua	47
Sinaloa	29
Guerrero	23
Durango	22
Baja California	21

Vemos que los números de violencia se disparan desde 2006, y que por el contrario, antes de esa fecha, delitos como el secuestro también venían reduciéndose, para ello observemos la siguiente tabla.

Año	N. de secuestros
1997	1045
1998	734
1999	590
2000	601
2001	521
2002	433
2003	436
2004	334
2005	325

Pasaba lo mismo con las adicciones, que cabe recordar que la marihuana no genera adicción, y aun así, el número de adictos tampoco era significativo, pues en 2002 se estimaban en 307 mil personas, y con la política de la guerra al narco el número se incrementa a 407 mil personas en 2008, que apenas representan el 0.4 % del total de la población. Es mencionable destacar que la Encuesta Nacional de Adicciones de 2002 señala que del cien por ciento de los encuestados apenas el 5% habían consumido drogas ilegales, y de ese cinco por ciento el 47% solo las ha utilizado una o dos veces, mientras que apenas el 9% los ha consumido hasta 49 veces. Es decir, del total de personas entrevistadas podemos decir que el 2% ha usado drogas apenas una o dos veces.²²⁶

No es entendible la razón del discurso oficial sobre la situación insostenible de violencia, cuando las cifras oficiales ya citadas venían descendiendo antes de 2006, y no es creíble ni razonable cualquier alegación a favor de la guerra contra el narcotráfico, en virtud de que esta fue desplegada por la legitimidad del nuevo gobierno en su época y sobre todo por las obligaciones firmadas con Estados Unidos, que no deja de ver la guerra y la venta de armas como el único sostén para su agonizante economía, así vemos la confirmación del sistema social en el cual la maquinaria institucional se ve enfocada a la adquisición incesante de capital, obviamente no podemos experimentar con el fenómeno social, pero si podemos obtener cifras y datos que nos hagan fundamente confirmar lo ya expuesto.

Esta confirmación la podemos encontrar en los informes oficiales de Estados Unidos emitidos por instituciones como su Congreso o el Buro Antinarcóticos, así pues en uno de ellos se habla del interés del Congreso General del vecino del norte en los asuntos de seguridad en México, y en los cuales en ninguna forma se habla de la salud pública, se habla de una serie de preocupaciones en razón de que México es el principal productor de marihuana

²²⁶ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e informática, *et al.*, *Encuesta Nacional de Adicciones 2002*, INEGI, México, 2002, p. 102.

y metanfetaminas que se introducen a Estados Unidos además de que “ los traficantes de drogas ilícitas de México han incrementado las operaciones en todos los sectores de drogas ilícitas en Estados Unidos y han venido dominando mucha de la distribución en estos centros. México continua siendo un gran centro de lavado de dinero en el cual las organizaciones de trafico explotan las instituciones bancarias y financieras de México para transferir importantes cantidades de recursos ilícitos al sistema financiero global, utilizando métodos como el contrabando de divisas de Estados Unidos a México.”²²⁷

Entonces, del informe, no se puede extraer ningún tipo de preocupación por la afectación a la salud de los gringos, mucho menos por la de los mexicanos, pero si podemos observar una incesante preocupación por el hecho de que los carteles de droga mexicanos están avasallando en las instituciones financieras, entonces, la política estadounidense no es contra la afectación a la salud, sino contra la presencia del capital ilícito producido por los carteles mexicanos, pero debemos ser cuidadosos en este aspecto, Estados Unidos tampoco quiere que el capital ilícito salga del sistema financiero, lo que quiere es que los carteles mexicanos salgan expulsados, es decir, podemos observar los informes del Congreso estadounidense la preocupación económica de no poder monopolizar los recursos ilícitos.

Lo anterior lo encontramos, con el hecho de que se tenía localizado a Mario Villanueva como el gran facilitador de medios utilizando su posición como gobernador en Quintana Roo para trasladar embarques de marihuana hasta Estados Unidos y como mediador en el blanqueo de dinero²²⁸ así también, se sabe perfectamente de instituciones financieras como *Money-Gramm* y *western union* como las principales activadoras en el blanqueo de capitales, pero, es curioso resaltar que el sistema financiero queda intocado con la guerra anti-narco, y los mecanismos de regulación solo aplican a pequeños contribuyentes

²²⁷ Stors, K. Larry, *et. al.*, *CRS Report for Congress, Mexico's Counter-Narcotics Efforts under Fox, December 2000 to October 2004*, *The Library of Congress*, Estados Unidos de América, 2004, p. 4.

²²⁸ *Cfr, Ibidem*, p. 7.

que muy rara vez van a poder blanquear dinero en condiciones industriales como los grandes capos.

Si Mantenemos esta óptica, los datos de la ya citada encuesta contra las adicciones, que señalan un decremento en el consumo de marihuana en México, la disminución constante en el número de homicidios y secuestros, más que a partir de 2000 los personajes identificados como dirigentes de los grandes carteles de la droga fueron detenidos, como Rigoberto Llanes Guerrero, integrante y líder de una de las más grandes células del cartel de los Arellano-Félix, el Abatimiento de Ramón Arellano-Félix, incluso el arresto del propio Mario Villanueva; no es sostenible el que con esos datos se pretenda demostrar que la situación de la droga y la marihuana en México hiciera posible un fenómeno de ingobernabilidad en 2006.²²⁹

Nada justifica una intervención de la maquinaria estatal tan irracional como la de 2006, si bien es cierto que aparentemente los datos señalados sugieren una correcta aplicación de la política antidrogas hasta antes de 2006 al señalar que el número de consumidores de marihuana iba en decremento, es más cierto aún que siempre han existido atropellos por culpa de la irracional penalización de la marihuana, la diferencia radica en que a partir de 2006 estos mismos atropellos que ya existían crecieron exponencialmente.

Además de que la preocupación ya no radicaba en la cantidad de marihuana que llegara a Estados Unidos, ahora preocupa la cantidad de divisas que son monopolizadas por la delincuencia mexicana y de la que es excluido el vecino del norte, es decir, no es una batalla contra las drogas, es una batalla por obtener la monopolización del mercado ilícito, y obviamente la escenografía de esa batalla es la prohibición de la marihuana, y de las drogas en general, es decir, si la marihuana fuera licita sencillamente esos beneficios económicos y esa batalla por el monopolio financiero ilegal, sencillamente serían imposibles. Si a esto sumamos el hecho de que aún mientras se pelea por la hegemonía monopólica ilícita de la marihuana se puede obtener ganancias por la venta de

²²⁹ *Cfr, Idem.*

armas, tal cual se venden a un estado en guerra, la situación se vuelve más atractiva.

Para nadie es un secreto que cualquier persona en Estados Unidos puede ahora tener las armas que quiera y del modelo que quiera, e incluso armarlas artesanalmente sin necesidad de licencia, y tampoco es un secreto que así los traficantes de armas han vendido material bélico tanto a juaristas, conservadores, villistas, carrancistas y cristeros al mismo tiempo, entonces, no debe sorprendernos que por medio de aberraciones jurídicas como la iniciativa Mérida el gobierno estadounidense dote de material bélico y recursos al Estado Mexicano²³⁰ y que incluso estas operaciones resulten escandalosamente caras, pues la adquisición de implementos militares ha ido en un aumento considerable, 21 veces mayor que el adquirido por México antes del levantamiento zapatista en Chiapas, en 2005 ya se venía preparando logísticamente el enfrentamiento contra la “delincuencia organizada” pues lo gastado por el gobierno mexicano fue de 265 millones de dólares, superior en 516.27% a lo registrado en 1995, es decir, del total de importación de equipo militar efectuado por toda Latinoamérica el 46.8% lo realizó México.²³¹ Por otra parte sus contrabandistas y el mismo gobierno del norte han dotado de armas y recursos a los carteles de la droga para sostener el negocio del combate o supuesto combate a la delincuencia organizada.

²³⁰ Cfr. Martínez, *op. cit.*, nota 223, p. 98.

Nota: señalo que es una aberración jurídica porque no sabemos que naturaleza tenga dicha iniciativa, pues, teóricamente se trata de un tratado internacional, sin embargo en el papel nos lo presentan como solo una iniciativa, lo anterior debido a que si se le diera el matiz de tratado internacional debería haber sido ratificado por el Senado de la República, pero obviamente su inconstitucionalidad es evidente e incluso podría haber sido invalidada por la Suprema Corte.

²³¹ Cfr. González Amador, Roberto, *Sextuplico México importación de armamento los pasados 10 años*, La Jornada, 30 de abril de 2006, México, año 22, número 7788, p. 32.

No debemos ir demasiado lejos para confirmar lo anterior, pues tenemos el ejemplo de la operación “rápido y furioso” orquestada en Estados Unidos aparentemente por la preocupación de armas que podían entrar a territorio nacional y ser utilizadas por los carteles de la droga.

La justificación de este operativo más parece un subterfugio a una verdadera metodología de investigación, esto porque se había planeado el negociar la venta de armas a carteles de la droga en México para entonces rastrear a los compradores y poder detenerlos, pero, la situación es en realidad mucho más compleja que eso, primero porque los agentes de la DEA estaban de forma ilegal en México, o por lo menos no con las autorizaciones necesarias para ejercer funciones investigadoras, además de que no sabemos con exactitud qué es lo que en realidad pasó, la investigación efectuada por el Congreso de Estados Unidos se ve imposibilitada al no poder obtener los protocolos de la operación, no sabemos a ciencia cierta cuánto dinero fue el que se adquirió por la venta del material bélico ni mucho menos a donde fue a parar.

Lo que si nos dice el informe de la investigación sobre “rápido y furioso” es que este tipo de operaciones son muy típicas y comunes, pues no es la primera que se ha realizado con este sistema, además de que las armas entregadas a los carteles mexicanos “estuvieron involucrados en violentas escenas del crimen que envuelven a carteles mexicanos de la droga”²³²

Es decir, se supo de ese operativo porque los narcos caían abatidos con sus armas en la mano, y al rastrear el origen de las armas se conoció que procedían de las armas vendidas por el gobierno estadounidense, no se sabe con exactitud cuántas armas fueron ni su tipo, toda vez de que aún esa información se considera clasificada por parte de la presidencia estadounidense,

²³² Darrell E. Issa, *et al.* *The Department of Justice's Operation Fast and Furious: Fueling Cartel Violence, 112th Congress of United States, United States of America*, 2011, p.7

Nota, la traducción al español es propia.

sin embargo, el numero debe ser impresionante, pues se ha recogido una gran cantidad de armas de este tipo en múltiples escenas de enfrentamientos entre carteles y entre estos y el ejército y las policías.²³³

Del mismo informe citado podemos utilizar la tabla en donde se enumeran los incidentes en los cuales se recuperaron armas derivadas de la operación “rápido y furioso”²³⁴.

EVENTO	FECHA	LOCACIÓN	ARMAS RECOBRADAS	TOTAL
1	11/15/2009	Costa Grande, Guerrero	<i>15 AK-47s, 30 guns, 9 guns traced to Operation Fast and Furious</i>	9
2	11/20/2009	Naco, Sonora	<i>41 AK-47s and 1 50 caliber. “Timeto-crime,” the period between the purchase date and the recovery date, of 1 day. Two multiple salessummaries linked to this seizure</i>	42
3	11/26/2009	Agua Prieta, Sonora	<i>15 rifles, 8 pistols, traced to</i>	1
4	12/9/2009	Mexicali, Baja	<i>\$2 million US, \$1 million Mexican, 421 kilos cocaine, 60 kilos meth, 41AK-47s, 5 traced to Operation Fast and Furious</i>	5
5	12/18/2009	Tijuana, Baja	<i>“El Teo” link, 5 AK-47 type rifles recovered and 1 linked to</i>	1

²³³ Cfr, *Ibidem*, p.p. 8-9.

²³⁴ *Ibidem*, p.p. 7-14.

6	12/18/2009	Tijuana, Baja	<i>Traced to weapons bought 11/13/09</i>	1
7	1/8/2010	Tijuana, Baja	<i>"El Teo" link, 2 guns traced to F&F</i>	2
8	1/11/2010	Guasave, Sinaloa	<i>2,700 rounds of ammo, 3 belts of rounds, 9 rifles, 2 grenade launchers, 1 gun traced to Operation Fast and Furious</i>	1
9	2/8/2010	La Paz, Baja	<i>4th recovery related to "El Teo" organization</i>	1
10	2/21/2010	Sinaloa, Mexico	<i>15 rifles, 5 handguns, 11,624 rounds of ammunition. At least 4 weapons traced to [SP 1]</i>	4
11	2/25/2010	Tijuana, Baja	<i>"El Teo" link, attempted State Police Chief assassination, guns traced to [SP 4]</i>	5
12	3/14/2010	Juarez, Chihuahua	<i>5 weapons traced back to Operation Fast and Furious purchased by [SP 2], [SP 3], and [SP 2]</i>	1
13	6/15/2010	Acapulco, Guerrero	<i>6 rifles, 1,377 rounds of ammo, 1 traced back to Operation Fast and Furious</i>	5
14	6/24/2010	Tijuana, Baja	<i>6 AK-47 type firearms, 5 traced back to [SP 2]</i>	1
15	7/1/2010	Tubutama, Sonora	<i>DTO battle, 15 firearms seized, 12 rifles, 3 pistols, 1</i>	1

			<i>traced to Operation Fast Furious</i>	
16	7/4/2010	Navajoa, Sonora	<i>25 AK-47 rifles, 78 magazines, over 8,000 rounds of ammo, 1 AK-47 traced to [SP 1] 3/2/10 purchase</i>	1
17	7/8/2010	Culiacan, Sinaloa	<i>Grenade launcher, 2 submachine guns, 8 rifles, 3 shotguns, 1,278 rounds of ammo, 1 rifle traced to Operation Fast and Furious</i>	1
18	7/21/2010	El Roble, Durango	<i>5 handguns, 15 rifles, 70 armored vests, night vision goggles, 1 traced to [SP 1] 3/22/10 purchase</i>	1
19	7/27/2010	Durango, Durango	<i>Barrett 50 caliber traced to [SP1] purchase on 3/22/10</i>	1
20	8/1/2010	Chihuahua, Chihuahua	<i>Romarm 762s traced to 12/17/09 purchase</i>	1
21	8/1/2010	Sinaloa de Leyva, Sinaloa	<i>Barrett 50 caliber traced to Operation Fast and Furious, bought 6/8/10</i>	1
22	8/11/2010	Santiago, Durango	<i>16 rifles, 110 magazines, 36 bulletproof vests, 1 rifle traced to Operation Fast and Furious</i>	1
23	8/13/2010	Santiago Papasquiaro, Durango	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious</i>	1
24	8/14/2010	El Naranjo, Sinaloa	<i>16 firearms including Barrett 50</i>	1

			<i>caliber, 69 magazines, 2,060 rounds of ammo, 1 weapon traced to Operation Fast and Furious</i>	
25	8/24/2010	Nogales, Sonora	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious, bought</i>	1
26	9/8/2010	San Luis, Sonora	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious, bought 12/14/09</i>	1
27	9/9/2010	Nogales, Sonora	<i>Guns traced to Operation Fast and Furious, bought on 11/27/09</i>	1
28	9/10/2010	Tijuana, Baja	<i>6 firearms recovered, 6 firearms traced to Operation Fast and Furious purchases on 8/6/10 and 8/11/1033</i>	6
29	9/14/2010	Nogales, Sonora	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious</i>	1
30	9/18/2010	Colonia Granjas, Chihuahua	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious</i>	1
31	9/22/2010	Saric, Sonora	<i>18 AK-47 rifles and 1 Barrett 50 caliber, 1 firearm traced to Operation Fast and Furious</i>	1
32	9/24/2010	Saric, Sonora	<i>Guns bought on 2/16/10 traced to [SP 3] and [SP 1]</i>	1

LA IRRACIONALIDAD DE LAS SANCIONES PENALES APLICADAS A LA CANNABIS

33	9/26/2010	Reynosa, Tamaulipas	<i>Traced guns to Operation Fast and Furious bought 3/18/10</i>	1
34	9/28/2010	Juarez, Chihuahua	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious, bought 1/7/10</i>	1
35	10/11/2010	Saric, Sonora	<i>Firearm traced to 11/17/09 purchase</i>	1
36	10/12/2010	Tepic, Nayarit	<i>Barrett 50 caliber traced to Operation Fast and Furious, bought 2/17/10</i>	1
37	10/12/2010	Juarez, Chihuahua	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious bought 1/7/10</i>	1
38	10/19/2010	Reynosa, Tamaulipas	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious</i>	1
39	10/28/2010	Acapulco, Guerrero	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious</i>	1
40	11/4/2010	Chihuahua, Chihuahua	<i>16 guns, 2 traced to Operation Fast and Furious, Used in the murder of Mario Gonzalez</i>	1
41	11/22/2010	Nogales, Sonora	<i>Traced to guns bought 11/27/09</i>	1
42	12/14/2010	Puerto Penasco, Sonora	<i>5 guns traced to Operation Fast and Furious, bought 12/11/09, 12/14/09, 6/8/10, and 6/15/10</i>	5

43	12/17/2010	Zumu Rucapio, MC	<i>Traced to Operation Fast and Furious, bought 11/27/09</i>	1
44	12/28/2010	Obregon, Sonora	<i>12 total firearms, 1 firearm traced to Operation Fast and Furious, bought 4/12/10</i>	1
45	1/9/2011	Chihuahua, Chihuahua	<i>6 rifles and magazines seized, 1 firearm traced to Operation Fast and Furious50</i>	1
46	1/25/2011	Culiacan, Sinaloa	<i>Romarm/Cugir 762 traced to Operation Fast and Furious, bought 3/8/10</i>	1
47	2/4/2011	Juarez, Chihuahua	<i>Barrett 50 caliber traced to Operation Fast and Furious, bought 2/2/10</i>	1
48	2/19/2011	Navajoa, Sonora	<i>37 rifles, 3 grenade launchers, 16,000 rounds of ammo, 1 Firearm traced to Operation Fast and Furious, purchased on 3/8/10</i>	1
			TOTAL	122

Entonces, sabemos que el fenómeno existe, suponemos fundadamente que hay más fenómenos parecidos, sabemos que el gobierno estadounidense ganó dinero por una supuesta operación para rastrear a capos del narcotráfico mexicano que obviamente fracaso, y sabemos que esta operación existió porque las armas ilegalmente introducidas a México fueron localizadas en diversos actos delincuenciales, por lo menos el informe oficial del Congreso estadounidense

reporto 48 eventos delictivos en los cuales estuvieron involucradas armas de “rápido y furioso” pero no se sabe cuánto costaron, ni mucho menos cuantas fueron.

Es de señalar, que no solo existen las operaciones como “rápido y furioso” también el gobierno estadounidense ha intentado el pactar secretamente con narcotraficantes colombianos y mexicanos con respecto a su impunidad y dinero a cambio de información estratégica, “muchos narcos mexicanos están traficando en este momento bajo la supervisión de los estadounidenses (sic) para que estos últimos realicen incautaciones, incluso el gobierno de Estados Unidos les ayuda a montarles operativos para posteriormente coger la droga”²³⁵

Sin embargo, estas situaciones y la tensión que se suscita entre los diferentes grupos de delincuencia organizada del narcotráfico entre ellos mismos y contra el ejército, da un valor agregado a la marihuana, es decir, se le aumenta el valor de riesgo, si diez kilogramos de marihuana necesitaron exponer a cinco narcotraficantes de los cuales fueron ejecutados dos en varios enfrentamientos para poder llegar al consumidor final, es obvio que se necesita recuperar la inversión, pues, el narcotráfico otorga mejores pensiones y seguros de vida a los deudos que la seguridad social oficial, más los gastos de transportación y armamento necesario para la protección de la hierba, es notorio que el precio se eleva al consumidor final.

Entonces, cuando nos dicen en algunos medios de comunicación que de legalizarse la marihuana ésta sería regalada casi como dulces, lo que en realidad nos están diciendo, es que el mercado y el sistema financiero necesitan de los recursos de muerte que trae la marihuana y las drogas en general, pues la legalización trae aparejada la extinción de la industria ilícita y de los valores agregados con que cuenta, como la compra de arsenal de guerra.

²³⁵ Flores, Sandra, *Narco pactos con Washington*, proceso número 1571, 10 de diciembre de 2006, p.49.

Para esto se requiere forzosamente la concatenación de diversos elementos fácticos, como lo son la participación de influyentes funcionarios públicos que se ven beneficiados de estos negocios ilegales y que si ayuda de elementos policiacos es imposible que se pudiera generar²³⁶.

Y no es la primera vez que algo como esto se dice, pues incluso Carlos Resa nos señala que “la protección oficial se convirtió en el negocio más rentable por lo que ahora es posible otorgar mayor valor agregado a las mercancías ilegales que transitan por el territorio nacional... La guerra del gobierno contra el narcotráfico se ha convertido en una industria que derrama cientos de millones de dólares anuales, pues indica, entre más grande es el enemigo, más dinero y recursos se invierten para combatirlo... incluso el principal negocio de la PGR y otras instituciones como la desaparecida Dirección Federal de Seguridad de donde surgieron las figuras más notables del narcotráfico; siempre ha sido la protección. Los casos de Amado Carrillo y Rafael Aguilar Guajardo, quienes comenzaron como agentes federales son dos ejemplos representativos. Ambos tenían información estratégica privilegiada y luego pasaron a formar parte de los grupos operativos. Lo mismo ocurrió con Guillermo González Calderoni, conocido como el narcopolicía, quien tuvo una época de esplendor en el sexenio de Carlos Salinas de Gortari al detener a algunos de los delincuentes más buscados, al tiempo se hizo multimillonario protegiendo a narcotraficantes.”²³⁷

4.1.2 DESARROLLO DEL CONFLICTO Y CONSECUENCIAS.

Entremos de lleno al conflicto, pues la descomposición social comenzó a mostrar sus ya graves problemas en 2006 en el estado de Guerrero, pues se dio uno de los primeros enfrentamientos entre policías estatales y narcotraficantes, de estos últimos murieron cuatro, los cuales eran relacionados en su momento a Joaquín Guzmán Loera “El Chapo” además de que portaban credenciales presuntamente apócrifas de la de la Agencia Federal de Investigación, y casi al

²³⁶ Cfr. Resa Nestares, Carlos, *Saldos del sexenio*, Proceso 1570, 03 de diciembre de 2006, p. 45.

²³⁷ *Idem.*

mismo tiempo, se daba un enfrentamiento en la zona montañosa aledaña cuando helicópteros de la PGR realizaban fumigación de plantíos de marihuana con paraquat (sustancia que debemos recordar es altamente tóxica al contacto humano) fueron atacados por armas de fuego por los cuidadores del plantío.²³⁸

En la actualidad esta situación nos parece cotidiana, en esos años no lo era, además de que comenzaron una serie de grandes irregularidades en torno al caso, pues al día siguiente arribaron efectivos militares de 53 batallón de infantería del Ejército, de la Agencia Federal de Investigación, Policía Federal Preventiva y Policía Ministerial desapareciendo en inexplicables circunstancias 70 mil dólares capturados a los fallecidos, fichas de depósito y las credenciales que en un momento se dijo que eran apócrifas, sin dejar de lado que uno de los pistoleros sobrevivientes resulto ser comandante de la Policía Investigadora Ministerial²³⁹, y el gobierno del estado guardó absoluto silencio al respecto.

Las cosas en este estado, al llegar Felipe Calderón a la presidencia ya tenía una clara estrategia de sus movimientos, pues contaba con todo el apoyo de Estados Unidos en donde incluso el presidente Bush promulgó la Ley que permite el uso de la tortura contra quien el gobierno estadounidense considere “combatiente enemigo ilegal” incluidos narcotraficantes mexicanos quienes podrían ser privados de las garantías de acceso al órgano jurisdiccional,²⁴⁰ (es decir, se usaba el Derecho Penal del Enemigo) entonces el primer paso fue designar a funcionarios públicos de muy dudosa reputación, como el caso de García Luna, que se mereció los comentarios de Miguel Ángel Granados Chapa quien expresó:

²³⁸ Cfr. Castillo García, Gustavo, et al., *Balacera entre narcos y policías en Acapulco*, La Jornada, 28 de enero de 2006, México, año 22, número 7696, p. 3-7.

²³⁹ Cfr. Castillo García, Gustavo, et. al., *Acapulco bajo sitio militar y policiaco*, La Jornada, 29 de Enero de 2006, México, año 22, número 7697, p.p. 5-6.

²⁴⁰ Cfr. Brooks, David, *Se consume en el Senado de E. U. la legalización de la tortura*, La Jornada, 29 de septiembre de 2006, México, año 22, número 7939, p. 35.

“Es temible la designación como secretario de seguridad pública de Genaro García Luna que fue acusado por uno de sus antecesores, Alejandro Gertz Manero, por irregularidades en la compra de aeronaves en la Policía Federal Preventiva, de que fue uno de los jefes en el gasto que esa corporación erogó para la protección de candidatos presidenciales en el proceso electoral de 2000. Lo mismo que Wilfrido Robledo, su amigo, ahora director de la Agencia de seguridad Estatal Mexiquense. Su ahora sucesor no se preocupó nunca por la eventualidad de ser aprehendido, pues hubiera tenido que hacerlo el mismo, ya que el procurador Rafael Macedo de la Concha que lo protegió en sus vicisitudes ante Gertz Manero, lo hizo director de la Policía Judicial Federal, que mudo su nombre (solo eso cambió) y se llama ahora Agencia Federal de Investigaciones, absteniéndose de cumplir órdenes de aprehensión emitidas por jueces federales contra narcotraficantes.”²⁴¹

En este orden, Calderón nombró a Francisco Ramírez Acuña como secretario de gobernación, que, se fijó como responsable de 537 casos de tortura en Jalisco entre 2003 y 2006, “impuso una visión que criminaliza a la gente pobre, a los jóvenes y a los altermundistas, los que reprimió el 28 de mayor (sic) de 2004, por lo que inquieta que Ramírez pueda ocupar la SEGOB, pues podría llevar estas políticas represivas a nivel nacional.”²⁴²

En este punto podemos hablar de la confirmación y actualización de lo que vimos en el primer capítulo de este breve trabajo, en virtud de que la misma ideología fue la que impulso a grupos ultraconservadores de la elite política a emprender la prohibición del alcohol y de la marihuana por razones de apariencia o incomprensión de valores diferentes, es decir, los marginados son los primeros en encuadrarse en la criminalización, a final de cuentas, el consumidor de

²⁴¹ Granados Chapa, Miguel Ángel, *Puño derecho, el gabinete de calderón*, Proceso, número 1570, 3 de diciembre de 2006, p. 30.

²⁴² Cobian R., Felipe, *Vocación represora*, Proceso, número 1570, 3 de diciembre de 2006, p. 40.

marihuana se vuelve un marginado al poder ser víctima de extorsiones o de ser privado de la libertad.

Con esta ideología, equipo, apoyo y clara idea del conflicto que está por desatarse, Calderón anuncia el 11 de diciembre de 2006 con apenas 10 días en el poder, y después de 500 homicidios en Michoacán, el despliegue de 5 mil efectivos militares con el objetivo de cumplimentar órdenes de cateo y aprehensiones así como seguir erradicando plantíos de marihuana y sellar la costa al tráfico de drogas.²⁴³

Al efecto es dado señalar, que el termino guerra contra el narcotráfico está mal empleado, pues, los grupos de narcotraficantes no son grupos armados que busquen algún fin político ni que pretendan desestabilizar el orden gubernamental, esto es, no pretenden hacer cambios en el régimen jurídico ni alterar la estructura de gobierno, aunque, si son un grupo fáctico de poder, y aunque se utilicen a las fuerzas armadas, estas no se enfrentan ante un grupo insurgente. Añadiendo que desde un punto de vista normativista, el artículo 89 fracción VIII de la Constitución señala que el Presidente de la Republica solo podrá declarar la guerra previa ley que emita el Congreso de la Unión, que para el caso concreto, dicha ley no existe, pues en ningún momento se ha solicitado opinión al Congreso de la Unión sobre alguna acción militar emprendida por el gobierno mexicano.

La situación real sobre si se trata de una acción de seguridad pública o una acción bélica es demasiado nebulosa, y se desconoce la situación que impera en el país, pues incluso, los grupos delictivos que son combatidos han manifestado su adhesión al régimen político y respaldo institucional.

²⁴³ Cfr. Herrera Beltrán, Claudia, *El gobierno se declara en guerra contra el hampa*; inicia acciones en Michoacán, La Jornada, 12 de diciembre de 2006, México, año 22, número 7939, p. 14.

Ejemplo de ello, ha sido el comunicado de 2010 emitido por la familia michoacana en el que se señala que ese grupo se integra de personas comprometidas con su país y con su estado, que cuentan con valores y que trabajan por un lugar mejor erradicando grupos delictivos que afectan la paz social y dañan a las personas, haciendo de manifiesto que con el pretexto de combatirlos, el gobierno mexicano ha emprendido reiterados atropellos contra la población civil y que están dispuestos a desaparecer si el gobierno se hace cargo efectivamente de la seguridad pública,²⁴⁴ y efectivamente, son un grupo con determinado sistema de valores morales y religiosos que en lo personal promueven una abstinencia de alcohol, drogas y ciertos excesos muy similares al modo de vida de los grupos cristianos.

Sin embargo, su concepción del bien es demasiado paradójica, pues se ocupan del tráfico de drogas, secuestros y trata de blancas, así como usar medios de salvajismo para la tortura a la que denominan justicia divina, debido a que ven como paganos a grupos criminales rivales a los que deben exterminar por el bien de la sociedad, así, que la familia michoacana se le ha ligado con el culto de la nueva Jerusalén, que adquiere tintes de un grupo sectario extremista que se sostiene del tráfico de drogas y de personas. Entonces se colige que este grupo en particular es una secta religiosa, no un grupo insurgente por lo que el término de guerra está mal aplicado.

Pero con la idea de utilizar al Ejército en atribuciones que le corresponden a la autoridad civil comienzan las violaciones flagrantes y sistemáticas a la constitución, pues, solo determinadas autoridades pueden dar cumplimiento a las órdenes de cateo y de aprehensión libradas por un juez, sin embargo nunca quedó claro bajo que mecanismo legal se daba facultades al ejército para cumplimentar tales ordenes, pues en aquel momento la única autoridad

²⁴⁴ Higa Alquicira, Daniel, *El cartel de la familia michoacana está dispuesto a desaparecer*, Política y sociedad by suite 101, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://suite101.net/article/el-cartel-de-la-familia-michoacana-dispuesta-a-desaparecer-a29931>.

competente que podía dar ejecución a una orden de aprehensión o de cateo era la policía ministerial o judicial, lo cual atrajo muchísimas inconformidades, pues, de acuerdo a las reglas procesales y de una interpretación armónica del artículo 21 constitucional en su primer párrafo anterior a la reforma constitucional de 2008 se hablaba de que el ministerio público se auxiliaría de una policía que estaría bajo su mando, así como que la autoridad judicial según el artículo 16 constitucional párrafo segundo y tercero establecían que la autoridad judicial librara la orden de aprehensión, lo cual, al librarla, era enviada al área de mandamientos judiciales de las procuradurías a efecto de que la policía ministerial procediera a cumplirla.

Así que nos encontramos con casos de miembros del Ejército que efectúan cateos y dan cumplimiento a órdenes de aprehensión, pero no nos señalaron la existencia de protocolos de cooperación entre las procuradurías y las fuerzas armadas para llevar tal fin, y no lo señalaron por el simple motivo de que no existían, tanto han sido estas violaciones que hasta la Suprema Corte se ha mencionado al respecto en la siguiente tesis:

“FUERZA PÚBLICA. LA OMISIÓN DE EXPEDIR Y SEGUIR PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN POLICIAL EN ESA MATERIA, IMPLICA LA FALTA DE MEDIDAS POR PARTE DEL ESTADO PARA RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS.

Cuando un agente de policía usa la fuerza se ve obligado a tomar decisiones en cuestión de segundos y si su respuesta no está previamente orientada por procesos estandarizados o protocolos, el riesgo que se corre de que su conducta resulte contraproducente, aumente los riesgos o genere lesiones, es muy grande, y puede dar lugar a una situación de franca vulnerabilidad de los derechos humanos. Por ello, los llamados protocolos o procesos de estandarización de ciertas acciones, auxilian precisamente en que al llevar a la práctica esas acciones riesgosas en sí mismas, puedan ser mejor realizadas a través de métodos que han sido probados como eficaces y proporcionales para las circunstancias, pues en ellos se establecen formas de acción y de reacción, en este caso, de los agentes de policía, que les permiten dar una respuesta

cuidada y eficaz a las situaciones espontáneas o planeadas en las que deben participar. En este sentido, la omisión de expedir y seguir esos protocolos en la actividad policial, implica la falta de medidas por parte del Estado para respetar los derechos humanos, en tanto que contribuyen al mejor desempeño de esa función, sobre todo en lo que atañe a detenciones y, en general, actos de sometimiento ante la autoridad que resulten justificados, ya sea por ministerio de ley (por ejemplo, flagrancia) o por orden judicial (por ejemplo, orden de aprehensión).”²⁴⁵

En otras palabras, el uso del Ejército fue nefasto y violatorio de Derechos Humanos al no contar con los protocolos necesarios.

Aún así, no bastó entonces solo el frente de Michoacán, después le siguió Tijuana y Sinaloa, para los mismos objetivos y en específico contra el cartel de Juárez toda vez de que “esta última entidad se ha constituido en el bastión de esas organizaciones y es también una de las zonas productoras de mariguana”²⁴⁶ que con el tiempo, se extendería a todo el país, pero cuyos mecanismos son aún desconocidos.

Solo podemos narrar de este punto en adelante las cruentas violaciones a Derechos Humanos y las constantes balaceras y ejecuciones que ha provocado esta aparente guerra, que tenía como finalidad según Medina Mora “romper el liderazgo operativo y el contacto físico y geográfico potencial que estas personas pudieron tener con las estructuras de sus organizaciones criminales y paralelamente coadyuvar a la seguridad... y claro de las

²⁴⁵ Tesis: P. LXX/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, Enero de 2011; Pág. 53.

²⁴⁶ Castillo García, Gustavo, *Despliega el gobierno operativo contra el narcotráfico en Sinaloa*, La Jornada, 5 de Enero de 2007, México, año 23, número 8035, p.p. 3-6.

obligaciones internacionales (contenidas) en el tratado de Extradición con Estados Unidos.”²⁴⁷

La última declaración de Medina Mora nos deja ver claramente el objeto de esta campaña, es obviamente los intereses estadounidenses en nuestro país, mientras Calderón seguía con el discurso de “la inseguridad sigue minando la calidad de vida de los mexicanos”²⁴⁸ pero, la inseguridad que en realidad preocupaba a los mexicanos era la común, tal vez ser asaltado en el transporte público, pero a partir de 2006, la inseguridad se extendió como una nube incontrolable sobre toda la nación, la inseguridad ahora consistía en ser secuestrado, quedar atrapado entre el fuego cruzado de las batallas entre sicarios y militares, o ser detenido en los falsos cateos y retenes efectuados por el Ejército.

Debemos recordar y hacer mención especial en esta investigación a un grupo que merece una especial atención sin duda es el de los “Z”, que han cobrado desde la guerra de Calderón una especial trascendencia, pues estos nos pueden recordar un tanto a la creación del doctor Frankenstein, pues, para combatir a los grupos del cartel del golfo, el gobierno mexicano integro un cuerpo de elite de fuerzas armadas, los que recibieron entrenamiento de la C. I. A. y de cuerpos del ejército Israelí, se les asigno un lugar específico el cual debían resguardar contra el cartel del golfo.

Sin embargo, debido a los bajos salarios que percibían, el riesgo y los malos tratos, fueron fácilmente cooptados por el crimen organizado, pues el cartel al cual debían combatir les ofreció grandes cantidades de dinero y privilegios para que fungieran como su brazo armado, así Arturo Guzmán Decena comandando a soldados de los grupos aeromóvil de fuerzas especiales,

²⁴⁷ Aranda, Jesús, *El gobierno preparado para una respuesta violenta del narco*, La Jornada, 22 de Enero de 2006, México, año 23, número 8034, p.p. 3-7.

²⁴⁸ Herrera Beltrán, Claudia, *Ofrece Calderón ganar la guerra al crimen organizado*, La Jornada, 23 de enero de 2007, México, año 23, número 8053, p. 9.

infantería y fusileros paracaidistas desertaron del Ejército y se unieron al crimen, continuaron hasta 2008, hasta que el gobierno mexicano capturo a Oziel Cárdenas Guillen quien era el cabecilla de los Z, y lo extradito a Estados Unidos, creando un auténtico vacío de poder, muy similar al que aconteció en los años 20 cuando en Estados Unidos fue capturado Alphonse Capone, estallando en aquel tiempo la guerra de *Castellamarsese*.

Así, en México, los Z reclamaron autonomía, enfrentándose al cartel del golfo, fusionándose con los Beltrán-Leyva y atacando al cartel de Sinaloa, esto trajo una ola de violencia tornando a los grupos delictivos aún más sanguinarios y con un menor sentido de empatía, pues se han dedicado a realizar secuestros y homicidios en cantidades industriales, y debido a las bajas que han sufrido han optado por reclutar forzosamente a inmigrantes de Sudamérica y a menores de edad, registrándose casos escalofriantes como el del “ponchis” que es un niño de 14 años de edad utilizado como sicario, pero que había sido drogado para obligarlo a participar en varias ejecuciones amenazándole con la muerte en caso de no participar.²⁴⁹

Ante este contexto, un supuesto grupo de víctimas de los Z, se reunió con la finalidad de exterminarlos, se autonombran Mata Zetas, o cartel del golfo nueva generación, y han declarado en el comunicado de fecha 24 de septiembre de 2011 que debido a la situación de inseguridad del país, se han dañado a los más desprotegidos, tienen como principio ético prohibido el secuestro, la extorsión, el robo, las vejaciones y todo lo que afecte el patrimonio nacional, familiar, anímico y moral, constituyéndose como un grupo armado del pueblo y para el pueblo con el único interés como objetivo del cartel de los Z, respetando

²⁴⁹ El encargado de degollar, *Cayo el “ponchis” niño sicario de 14 años*, *Univisión Noticias*, (en línea consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://noticias.univision.com/narcotrafico/noticias/article/2010-12-03/cayo-el-nino-sicario-de#axzz29IJCdEc>

a las fuerzas armadas que comprenden que ellas no pueden actuar al margen de la ley que ellos fomentan.²⁵⁰

La realidad es que no sabemos la naturaleza de este grupo, porque ellos se autonomban como justicieros ilegales tal como se representaba a los gánsters en los años 20 y al igual que ellos, en el imaginario popular se les tiene como vengadores anónimos dignos de respeto y admiración, prueba de ello, son los comentarios que circulan en Internet del común de la población en el que llegan a expresar “El jefe de los mata zetas para presidente!!!!!!!!!!!! y sus compas sean los políticos que hagan el bien en la sociedad !!!!!!!!! =D (sic)”²⁵¹, mientras el Gobierno Federal los acusa de narcotraficantes igual de violentos que los z.

Existen versiones conspiracionistas que los señalan como otro grupo conformado por cuerpos de elite de la marina que deben enfrentarse a los Z, lo cierto es que a menudo aterrorizan a la población con macabros videos en los cuales se interroga a determinados personajes que confiesan ser servidores públicos que han colaborado con los Z, para posteriormente ejecutarlos, ya sea afrente a las cámaras o solamente se muestran sus cadáveres abandonados.

Como el caso de una mujer extorsionadora en Ciudad Juárez que es capturada por los mata zetas con una lista de negocios que debían pagar derecho de piso y que posteriormente es ejecutada y abandonado su cadáver con una rosa en la espalda,²⁵² incluso, llegan a tal extremo de tirar cadáveres en plena carretera, como cuando se encontraron 34 cadáveres en una autopista

²⁵⁰ Cfr. Noticiasmexico.com, *Video mata zetas comunicado sobre Veracruz*, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2011), disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=qTzYrjDqrHQ>

²⁵¹ *Idem*.

²⁵² CDJUAREZNOTICIAS, *Interrogan y ejecutan a mujer extorsionadora en cd (sic) juarez*. (en línea consultado el 19 de octubre de 2011) disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=FysFETYBwoU&feature=related>

de Veracruz a unos días de comenzar el operativo Veracruz seguro, y de los cuales, la mayoría contaba con antecedentes penales.²⁵³

Dejando de lado a los grupos criminales y sus disputas, así como es nebulosa su naturaleza, es también nebulosa la información dura sobre los resultados de la guerra contra el narco, puesto que hasta enero de 2011, el gobierno mexicano reconocía 47 515 muertes derivadas de ejecuciones, enfrentamientos con fuerzas federales, y todo homicidio relacionado con el crimen organizado,²⁵⁴ sin embargo, grupos como México Unido Contra la Delincuencia, acusa al Estado de maquillar las cifras, pues sus estadísticas arrojan 80 475 muertes en el mismo periodo²⁵⁵ y lo que más extraño resulta es que el secretario de defensa de Estados Unidos Leon Panetta aseguró que la cifra de muertes en la lucha contra el narco en México es de 150 mil,²⁵⁶ así que, no existe ninguna certeza sobre la realidad que impera en el país, pues otras informaciones ofrecen una visión más patética de la situación.

Como el que en el cable 228419 enviado por la embajada de Estados Unidos a su país, en el que se señala que el Gobierno Federal en esta guerra contra el crimen organizado ha perdido todo el control de ciertas zonas de México

²⁵³ Abandonan 14 cuerpos en carretera de Veracruz, El Universal, 13 de junio de 2012, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/estados/86306.html>

²⁵⁴ Casillas, Daniel, *Reconoce gobierno 47 mil 515 muertes ligadas al narco*, Animal Político, Enero 11 de 2011, (en línea consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://www.animalpolitico.com/2012/01/crecen-11-homicidios-relacionados-con-el-narco-pgr/>

²⁵⁵ Vergara, Rosalía, de *“Maquilla” gobierno de Calderón cifra de muertos por guerra antinarco: PRD*, 12 de enero de 2012, Proceso, (en línea consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://www.proceso.com.mx/?p=294667>

²⁵⁶ EFE, *Cifra de muertos en contra del narco (sic) en México es de 150 mil: EU*, Excelsior, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&seccion=dinero&cat=21&id_nota=821885

y solicita desesperadamente el apoyo de Estados Unidos,²⁵⁷ situación que nunca ha sido reconocida por el gobierno Mexicano y que incluso según declaraciones de Felipe Calderón, se va ganando, pero, que en el señalado cable, se hace mención de que se cuenta solo con 15 meses para lograr algún avance y por si fuera poco, Estados Unidos se ha dado cuenta por medio de sus embajadas en México que nuestro Ejército se encuentra desorganizado y falto de preparación, además de dividido y con el peligro de que pueda incorporarse a las filas del narcotráfico.²⁵⁸

Efectivamente, de todo lo narrado en líneas anteriores, se observa que la percepción de inseguridad en los ciudadanos es alta, además, de que no existen fuentes del todo confiables que demuestren la realidad actual, pues dicha información es tan variable como fuentes existan, aunque todas ellas son válidas, pues proceden de reconocidas organizaciones no gubernamentales, del gobierno y de órganos extranjeros, sin embargo, algo es seguro, que el número de muertos arrojados por esta guerra contra el narcotráfico ha sido muy superior a la cantidad de muertos que hubieran existido por el abuso directo de drogas, y no se diga de la marihuana, que es la droga ilegal más consumida y la cual no ha registrado una sola muerte, y cuyos daños a la salud individual son muy discutibles, así que, en aras de proteger, o supuestamente proteger un bien jurídico, que en este caso es la salud entendida como un bien colectivo (y muy abstracto pues dentro de él se contempla el bienestar social) se ha sacrificado otros bienes jurídicos de mayor envergadura, como la vida humana.

²⁵⁷ Cfr. Embajada de México, *Cable Que relata la Ayuda Que México necesita de EE UU (sic)*, el país, 2 de diciembre de 2010, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/internacional/Cable/relata/ayuda/Mexico/necesita/EE/UU/elpepuint/20101202elpepuint_38/Tes

²⁵⁸ Embajada de México, *Cable Sobre La Ayuda de EE UU en la lucha contra el narcotráfico*, El País, 2 de diciembre de 2010, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/internacional/Cable/ayuda/EE/UU/lucha/narcotrafico/elpepuint/20101202elpepuint_41/Tes

Así las cosas, se han registrado mayor número de muertos en seis años que los muertos causados por sobredosis de marihuana en lo que lleva de existencia, así como la paz social, pues, en primer momento no existe mayor afectación que la muerte, y se ha aterrorizado a la población con retenes militares que han provocado la muerte de inocentes, se han fabricado chivos expiatorios y en aras de legitimar esta situación el gobierno a teatralizado ignominiosas detenciones.²⁵⁹

Por mucho que se sugiera los efectos dañosos de la marihuana como en los años 60 en que cannabis y *hippy* eran sinónimos y estos causaban una mala imagen social, no se puede equiparar con el hecho de que ciudadanos inocentes queden atrapados en balaceras entre grupos armados y/o fuerzas federales, o con la impresión de toparse en las carreteras con decenas de cadáveres abandonados o colgados, o peor aún, provocar que jóvenes y niños sean reclutados por grupos delictivos para ser armados sicarios o como “pozoleros” cuyo trabajo es desintegrar en sosa cáustica los cadáveres de los ejecutados, esto, es en realidad un factor para que jamás se conozca el número de muertos, pues muchos que son considerados desaparecidos ya han sido ejecutados y sus cuerpos desintegrados.

Además, no podemos olvidar que muchos desaparecidos eran inmigrantes sudamericanos de los que no existe ningún registro, en resumen, esta guerra contra el narco ha partido de la idea de proteger un bien jurídico demasiado abstracto, pero ha conseguido que se afecten otros de mayor

²⁵⁹ No olvidemos el caso de Florance Cassez, que fue detenida por secuestradora en condiciones muy dudosas, y se mostró una detención ficticia haciéndola pasar como real a los medios de comunicación en la que se violaron todos los Derechos Humanos de la francesa, no se le prestó la ayuda consular debida y la cual nunca fue reconocida por las supuestas víctimas, solo una de ellas la reconoce como su captora pero posteriormente rectifica señalando que el agente del ministerio público la presiono para señalar a la francesa como su victimaria.

envergadura, incluso, bienes como la soberanía nacional, pues sin ningún tipo de autorización o de conocimiento oficial del gobierno, se han armado a grupos criminales con operativos como “rápido y furioso”, o peor aún, se han encontrado agentes del FBI y de la CIA operando y arrestando a personas en territorio mexicano, quizás, de una forma subjetivista, el mayor bien de un estado es su soberanía, pues es lo que le da independencia, pero en esta lucha contra el narco se ha atropellado en innumerables ocasiones.

Utilizando el *reductio ad absurdum* se puede decir que a un enfermo de gripa se le ha suministrado vaporizaciones de cloro para matar los gérmenes, logrando efectivamente matar gérmenes, células y envenenando el cuerpo provocando la muerte, el objetivo puede cumplirse, pero a un precio demasiado alto como el de atropellar los Derechos Humanos.

4.1.3 VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS.

La venta de drogas ilícitas, de las cuales el 80% de ellas corresponde a la marihuana reporta ganancias de hasta 13 mil 800 millones de dólares, de los cuales 8 mil 500 millones de dólares corresponden a la marihuana, sin embargo, la lucha contra los plantíos ha llevado a los narcotraficantes a elaborar drogas sintéticas que no requieren de más²⁶⁰ espacio que el de una modesta cocina en la que se montan laboratorios clandestinos, evidentemente, se trata de un negocio muy rentable, por lo que es preferido a los Derecho Humanos.

Es de sobra evidente la mala decisión de inmiscuir a las fuerzas armadas en funciones que por definición corresponden a las policías civiles, el argumento consistía en que la milicia no estaba infiltrada por el crimen y porque profesaban casi una devoción religiosa de lealtad al presidente, sin embargo no tienen la instrucción necesaria para respetar a los ciudadanos.

²⁶⁰ Cfr. Castillo García, Gustavo, et al., *Carteles mexicanos obtienen 13 mil 800 m.d.d. por ventas de drogas en E. U.*, La Jornada, 20 de febrero de 2006, México, año 22, número 7719, p. 3.

Tan grave es el problema que incluso Amnistía Internacional ha denunciado esta situación pues “los pocos datos que se disponen indican un marcado aumento en los abusos a manos del ejército (sic) en los dos últimos años, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) afirma que en 2006 recibió 182 quejas contra la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA); en 2007, 307 quejas; in (sic) 2008, 1230, y durante los sis primeros meses de 2009 la cifra ya ascendía a 559. En 2006, la Comisión no formuló ni una sola recomendación contra la SEDENA respecto a violaciones de Derechos Humanos, en 2007, formuló 6 (tres casos relacionados con tortura y malos tratos y uno por una ejecución ilegal o extrajudicial), en 2008, 14 (6 relacionadas a torturas y malos tratos y 4 a ejecuciones ilegales) y al acabar octubre de 2009, otras 25 (15 relacionadas con tortura y otros malos tratos y una desaparición forzada.”²⁶¹

Ante esta situación, el jefe de la Dirección de Derechos Humanos de la SEDENA declaró en julio de 2009 que ya se tramitaban juicios contra 53 miembros del Ejército por cargos de homicidio y tortura, obteniéndose 12 sentencias condenatorias, lo que obviamente no señalo, es que todos esos asuntos correspondían a sucesos registrados antes de 2006 y antes del inicio de la guerra contra el narco en Michoacán.²⁶²

Hasta 2009, se han registrado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos por lo menos 45 casos fundados de violaciones graves a Derechos Humanos realizadas por miembros de las fuerzas armadas emitiéndose las recomendaciones correspondientes.²⁶³ Además que de marzo de 2008 a septiembre de 2009 la Comisión Estatal de Derechos Humanos recibió 22 quejas por desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, aunque en realidad,

²⁶¹ Amnistía Internacional, *México, nuevos informes de violaciones de Derechos Humanos a manos del ejército*, España, Amnistía Internacional-EDAI, 2009, p. 6.

²⁶² *Cfr. Ibidem*, p. 10.

²⁶³ *Cfr. Ibidem*, p. 6.

se piensa que los casos acontecidos han sido mucho mayores, pero no llegan a saberse por las constantes represalias y amenazas de los cuerpos militares.²⁶⁴

Por lo menos, hasta 2012 la oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos reporto que desde 2006 habría 3 mil personas que sufrieron desapariciones forzadas en esta lucha contra el narco, en la que han participado directa o indirectamente agentes estatales.²⁶⁵

Así mismo, el grupo de trabajo enviado a México por parte de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU en 2012 recibió información en “relación a detenciones que habrían sido cometidas por delitos militares en contra de civiles quienes habrían sido llevados a instalaciones militares.

En muchas ocasiones, los elementos militares y de otras fuerzas de seguridad que realizaron las detenciones habrían utilizado los excesivamente amplios conceptos de cuasi-flagrancia y flagrancia equiparada que permiten a cualquier persona detener a otra varias horas e inclusive días después de la comisión de un delito... El grupo de trabajo recibió alegaciones acerca de los casos en los que personal militar habría interrogado a personas detenidas y de casos en los que se habría utilizado la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.”²⁶⁶

De este modo, también se extralimitaron en el ejercicio de las funciones asignadas, pues desde 2006 la Presidencia de la Republica determinó que realizaran “tareas concernientes exclusivamente a las autoridades civiles. Estas organizaciones consisten en el despliegue de miles de militares en zonas urbanas o en puntos estratégicos como carreteras y puestos de control y registros de casas, individuos y automóviles, en muchas ocasiones sin contar

²⁶⁴ *Cfr. Idem.*

²⁶⁵ *Cfr. Hernández Valencia, Javier (coord.), Oficina del Alto Comisionado de la ONU para Derechos Humanos, Informe de misión a México, México, ONU, 2012, p.18.*

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 19

con una orden judicial dictada por una autoridad civil competente..., el grupo de trabajo no recibió información clara y específica sobre el tipo de control que las autoridades civiles realizarán cada vez que las autoridades militares detienen a civiles.”²⁶⁷

A la par de las acciones desplegadas por la autoridad militar, lejos, muy lejos de emitir resultados, la violencia ha ido, hasta la fecha, en un aumento exponencial, pues de 2008 a 2009, la violencia y homicidios atribuidos a la delincuencia organizada se calculan entre 14 mil, tan sólo en Ciudad Juárez, en el mismo lapso se registraron 3052 ejecuciones atribuidas a los carteles de la droga y 73 miembros del Ejército fueron abatidos.²⁶⁸

Por lo menos durante 2007, *Human Right Watch*, señaló 90 violaciones graves a Derechos Humanos,²⁶⁹ las cuales continúan, y basta como ejemplo citar el caso de “Gustavo Acosta, de 31 años, él y su familia fueron despertados por el ruido de disparos que provenían afuera de su vivienda, en Apodaca, Nuevo León, tras escuchar golpes en la puerta de entrada, Acosta abrió y se encontró con varios miembros armados de la Marina, quienes le preguntaron porqué esa familia había disparado contra ellos. Según su hermano y su padre, quienes presenciaron los hechos. Cuando Acosta respondió que no estaban armados, uno de los soldados lo habría ejecutado allí mismo de un disparo.”²⁷⁰

A la par de todos estos incidentes, el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, José Luis Soberanes, señaló que la PGR solamente estaba actuado como “tapadera y alcahuete de actos de tortura y ejecuciones extrajudiciales”.²⁷¹

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ Cfr. Amnistía Internacional, *op. cit.*, nota 261, p.p. 6-7.

²⁶⁹ Human Right Watch, *Informe Mundial de Derechos Humanos*, México, HRW, 2012, p. 1.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 2.

²⁷¹ Olivares Alonso, Emir, *Acusa Soberanes a PGR de alcahuetear actos de tortura*, La Jornada, 25 de agosto de 2006, México, año 22, n. 7904, p.3.

La mayoría de las recomendaciones emitidas a la SEDENA concluyen cuando la citada secretaría determina que no es posible determinar la presencia de efectivos militares en la comisión de ilícitos y por tanto, no es posible comprobar la violación a Derechos Humanos.

Sin embargo, tal polémica ha causado tal situación, que hasta existe ya una reinterpretación de la competencia del fuero de guerra cuando existan violaciones a Derechos Humanos o se inmiscuya como víctima un civil, en el sentido de que la autoridad civil debe conocer de tales asuntos. En este tema se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación al señalar en esencia que cuando la víctima fuera civil de conocer un tribunal militar se le impediría su participación activa en el juicio al cual tiene derecho, así ha quedado señalado en la siguiente tesis.

“FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR CONTRAVIENE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, con base en los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinó que las conductas cometidas por militares que puedan vulnerar derechos humanos de civiles no pueden ser competencia de la jurisdicción militar, porque en ese supuesto los tribunales militares ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal tanto para efectos de la reparación del daño, como para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En este contexto, el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, al dar lugar a que la jurisdicción militar conozca de las causas penales seguidas contra militares respecto de delitos del orden común o federal que, cometidos por aquéllos al estar en servicio o con motivo de éste, puedan afectar los derechos humanos de personas civiles, contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso citado, máxime que de lo previsto

en el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se colige que la jurisdicción militar deba conocer de los juicios seguidos contra militares por delitos que puedan implicar violación de derechos humanos de víctimas civiles, como lo determinó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010.”²⁷²

En la ejecutoria que le ha dado origen a la tesis que antecede se ha señalado que incluso la tendencia de los Estados democráticos es la de ir desapareciendo la jurisdicción militar y que debe atenderse a la naturaleza de la afectación, es decir, en caso de supervivencia del fuero de guerra este debe vigilar única y exclusivamente bienes jurídicos propios de la función castrense, pero en el caso de que aparentemente sea de competencia militar un hecho, si en él se involucran de manera determinante Derechos Humanos debiera conocer el Fuero Común, esto lo podemos observar en los siguientes párrafos.

"272. El Tribunal considera pertinente señalar que reiteradamente ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea estrictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno. En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

²⁷² Tesis: P. VI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, Pleno, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1, Pag. 364, n. *ius* 2003047.

273. Asimismo, esta Corte ha establecido que, tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria. En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que "[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso", el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial.

274. En consecuencia, tomando en cuenta la jurisprudencia constante de este Tribunal, debe concluirse que si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los bienes jurídicos de la esfera castrense, dicha persona debe ser siempre juzgada por tribunales ordinarios. En este sentido, frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar.²⁷³

De modo que los hechos delictivos para efecto de que sean considerados bajo la jurisdicción militar deben afectar al ejercicio militar como excepción y no como es la regla general dañar los bienes jurídicos de la sociedad, pues tal caso, debe conocer la autoridad civil. Esto se asienta en el siguiente párrafo de dicha ejecutoria.

"275. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso

²⁷³ Ejecutoria: LXVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, Pleno, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, Pag. 313, n. *ius* 23183.

penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (supra párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.”²⁷⁴

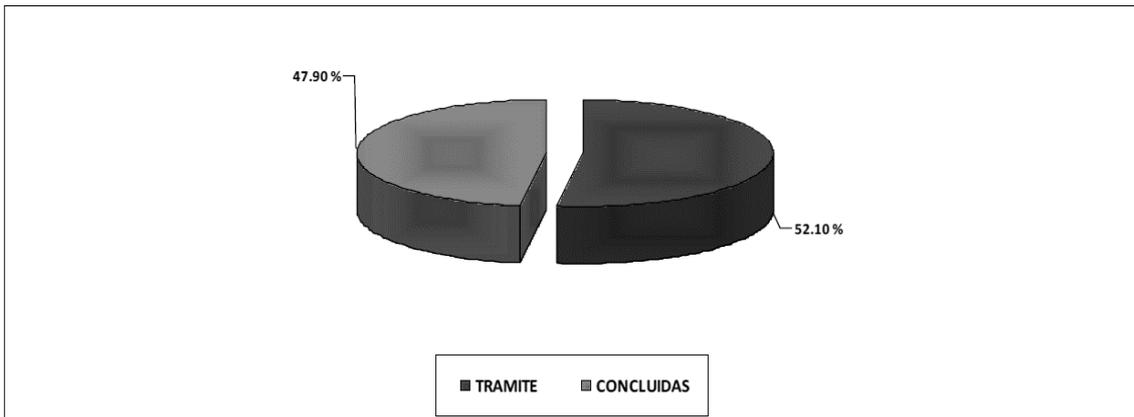
De conservarse el fuero militar como hasta hace poco se mantenía que invariablemente la conducta desplegada si se involucraba un militar debía conocer el la justicia militar impediría a la víctima el ejercicio de conquistas legales que “casi” la convierten en parte del proceso penal, es decir, en el fuero de guerra no podría impugnar determinaciones del Ministerio Público militar como el no ejercicio o reserva de la acción penal y mucho menos impugnar las determinaciones de los jueces militares de primera instancia.

En cuanto a la mejora de la justicia para los gobernados, podemos señalar que la autoridad jurisdiccional del ejército solo debe conocer de faltas a la disciplina militar, y bajo ninguna circunstancia de conocer sobre los actos de salvajismo del ejército que atentan contra los gobernados y sus derechos.

En lo que va de 2013 la SEDENA ha recibido cerca de 600 denuncias, es decir, si bien han existido ciertos cambios respecto a la administración de justicia con respecto a la participación de personal militar en violaciones a Derechos Humanos, no debemos dejar de mencionar que las quejas presentadas siguen en aumento.

“En este sentido, esta Dependencia informa que del 1/o. de diciembre del 2012 al 8 de agosto de 2013, se han presentado **643** quejas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por actos presuntamente violatorios de derechos humanos atribuibles a personal militar, de las cuales **308** fueron concluidas por dicho Organismo Nacional y **335** se encuentran en trámite.

²⁷⁴ *Idem.*



Las **308 quejas** antes señaladas fueron concluidas de la siguiente manera:

- 178 (57.79%)** por la vía de la orientación jurídica al quejoso por no tratarse de violaciones a derechos humanos.
- 73 (23.70%)** por no existir materia para seguir conociendo del expediente de queja.
- 29 (9.41%)** por haberse solucionado el expediente de queja mediante los procedimientos de conciliación.
- 16 (5.19%)** durante el trámite respectivo.
- 6 (2.46%)** por acuerdo de acumulación de expedientes.
- 4 (1.94%)** por no ser competencia de la C.N.D.H.
- 1 (0.32%)** por haberse emitido la recomendación correspondiente.
- 1 (0.32%)** por desistimiento del quejoso.²⁷⁵

Y de todas, muy pocas han concluido con los responsables detenidos y condenados.

²⁷⁵ Secretaría de la Defensa Nacional, *Situación de Quejas y Recomendaciones*, México, SEDENA, 2013, p. p.3-4.

Entonces, de vemos que la política de prohibición de la marihuana al representar la mayoría del mercado de drogas ilícitas que se expenden en el mercado negro, trae aparejada la criminalización de determinados grupos sociales y la creación del mercado negro, lo que implica mayores costos en el usuario final derivados del esfuerzo que hacen los grupos delictivos al invertir en armamento y vidas humanas para proteger la mercancía.

Con lo anterior no quiero decir ni justificar a los grupos delincuenciales, que no les interesa la vida de los seres humanos que utilizan como carne de cañón para proteger la mercancía ilegal, lo que quiero decir es que las autoridades no combaten el fenómeno de manera inteligente, pues, para que existan los grupos delincuenciales, requieren como presupuesto *sine qua non* el que exista la prohibición que haga a la marihuana ilícita.

Además que el costo social es demasiado elevado al combatir una sustancia que aunque sea generalizado en su consumo, jamás podría causar la descomposición social que ahora se vive, el ejemplo más claro, es que por medio de la violencia que asola el país desde 2006 la esperanza de vida de los mexicanos se ha visto sistemáticamente reducida pues descendió de 71.9 años de vida a 71.1 años de acuerdo para la media nacional, pero, sin duda, el daño se aprecia con mayor certeza en el estado de Durango cuya esperanza de vida en sus habitantes bajó de 72.9 años de vida a 70.2, además de que en los estados de Baja California, Chihuahua, Durango, Guerrero, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Sinaloa y Sonora los homicidios se colocaron como la principal causa de muerte.²⁷⁶

El estudio titulado “Impacto de la violencia homicida en la esperanza de vida masculina en México”, liga directamente la pérdida de la esperanza de vida en los habitantes de México con la violencia sufrida desde 2006 por factores como el crimen organizado, la corrupción, la impunidad y la

²⁷⁶ Cfr. Toribio, Laura, *Homicidios tiran esperanza de vida en México*, Excélsior, 4 de agosto de 2013, México, p. 2.

desigualdad social, que han generado la hiper-mortalidad en hombres tal cual lo señala la siguiente tabla.²⁷⁷

Estado	Homicidios	Diabetes mellitus	Accidentes de transporte	Otras causas	Total AEVP	AEVP Homicidios (%)
México (todos los estados)	0,84	0,85	0,57	4,92	7,18	11,69
Aguascalientes	0,29	0,82	0,77	4,38	6,26	4,69
Baja California	1,68	0,70	0,25	5,68	8,30	20,23
Baja California Sur	0,27	0,72	0,87	4,89	6,75	3,98
Campeche	0,26	0,72	0,55	4,92	6,45	4,08
Coahuila	0,55	1,02	0,49	4,90	6,96	7,96
Colima	0,58	0,75	0,76	4,62	6,71	8,61
Chiapas	0,32	0,65	0,25	6,03	7,24	4,36
Chihuahua	5,23	0,68	0,66	5,44	12,01	43,52
Distrito Federal	0,44	1,03	0,35	4,62	6,45	6,86
Durango	2,60	0,70	0,86	4,94	9,11	28,50
Estado de México	0,55	1,02	0,48	4,32	6,37	8,65
Guanajuato	0,38	1,05	0,81	4,56	6,80	5,61
Guerrero	2,29	0,73	0,50	4,73	8,25	27,77
Hidalgo	0,23	0,80	0,56	5,35	6,94	3,37
Jalisco	0,48	0,80	0,75	4,79	6,81	7,08
Michoacán	0,97	0,84	0,89	5,07	7,76	12,45
Morelos	0,87	0,89	0,44	4,48	6,67	12,97
Nayarit	1,38	0,56	1,00	4,49	7,43	18,54
Nuevo León	0,47	0,75	0,31	4,95	6,48	7,24
Oaxaca	0,87	0,73	0,69	5,34	7,63	11,37
Puebla	0,29	1,02	0,52	5,08	6,92	4,22
Querétaro	0,20	0,82	0,79	4,71	6,51	3,00
Quintana Roo	0,43	0,72	0,46	4,90	6,51	6,57
San Luis Potosí	0,48	0,74	0,67	4,39	6,28	7,67
Sinaloa	2,80	0,49	0,84	4,18	8,30	33,67
Sonora	0,96	0,65	0,76	5,22	7,60	12,68
Tabasco	0,36	0,96	1,07	5,43	7,82	4,57
Tamaulipas	0,66	0,85	0,62	4,75	6,89	9,57
Tlaxcala	0,22	1,03	0,61	4,18	6,05	3,66
Veracruz	0,31	0,88	0,41	5,92	7,53	4,15
Yucatán	0,08	0,49	0,58	4,89	6,04	1,35
Zacatecas	0,45	0,70	0,98	4,62	6,75	6,72

En este sentido, podemos observar los efectos de la violencia en la siguiente tabla comparativa que señala los años de esperanza de vida perdidos (EVP) por

²⁷⁷ Cfr. González-Perez GJ, Vega-López MG, Cabrera-Pivaral CE. Impacto de la violencia homicida en la esperanza de vida masculina de México. Rev panam. Salud Pública. 2012; 32 (5):335-42.

Nota, se respeta las indicaciones de los autores en cuanto a la forma de cita.

causa de homicidios y esperanza de vida temporaria (EVT) entre mexicanos de 15 a 75 años de edad.²⁷⁸

Estado	AEVP				EVT		
			Cambio				
	1998-2000	2008-2010	Absoluto 1998-00/2008-10	Relativo anual 1998-00/2008-10 (%)	1998-2000	2008-2010	Diferencia 1998-00/2008-10
México (todos los estados)	0.58	0.84	0.26	3.71	52.77	52.82	0.05
Aguascalientes	0.11	0.29	0.18	9.35	53.70	53.75	0.04
Baja California	0.96	1.68	0.72	5.48	50.32	51.70	-0.39
Baja California Sur	0.26	0.27	0.01	0.51	53.09	53.25	0.16
Campeche	0.49	0.26	-0.22	-6.35	53.56	53.55	-0.01
Coahuila	0.26	0.55	0.30	7.43	53.32	53.03	-0.29
Colima	0.42	0.58	0.15	3.03	53.09	53.30	0.21
Chiapas	0.75	0.32	-0.43	-8.98	52.38	52.76	0.38
Chihuahua	0.87	5.23	4.36	16.43	51.49	48.00	-3.49
Distrito Federal	0.44	0.44	0.00	-0.05	52.81	53.55	0.74
Durango	0.76	2.60	1.84	11.62	53.30	50.90	-2.41
Estado de México	0.76	0.55	-0.21	-3.23	52.73	53.63	0.89
Guanajuato	0.27	0.38	0.11	3.34	53.28	53.20	-0.08
Guerrero	1.67	2.29	0.62	3.10	53.02	51.75	-1.26
Hidalgo	0.26	0.23	-0.03	-1.24	52.95	53.06	0.11
Jalisco	0.39	0.48	0.09	2.15	53.01	53.19	0.18
Michoacán	0.84	0.97	0.13	1.46	52.78	52.23	-0.55
Morelos	0.90	0.87	-0.03	-0.36	53.13	53.33	0.20
Nayarit	0.65	1.38	0.73	7.21	53.68	52.57	-1.11
Nuevo León	0.12	0.47	0.35	12.71	53.88	53.52	-0.36
Oaxaca	1.22	0.87	-0.35	-3.48	51.74	52.37	0.64
Puebla	0.43	0.29	-0.14	-3.91	51.93	53.09	1.15
Querétaro	0.31	0.20	-0.11	-4.60	52.49	53.49	1.00
Quintana Roo	0.38	0.43	0.05	1.20	53.99	53.49	-0.50
San Luis Potosí	0.55	0.48	-0.06	-1.25	53.80	53.72	-0.08
Sinaloa	1.02	2.80	1.77	9.58	53.30	51.70	-1.60
Sonora	0.52	0.96	0.45	6.07	52.39	52.39	-0.01
Tabasco	0.32	0.36	0.04	1.25	52.86	52.18	-0.68
Tamaulipas	0.41	0.66	0.24	4.53	53.29	53.12	-0.17
Tlaxcala	0.29	0.22	-0.07	-2.88	53.57	53.95	0.38
Veracruz	0.32	0.31	0.00	-0.09	52.66	52.46	-0.20
Yucatán	0.08	0.08	0.00	-0.40	54.06	53.96	-0.10
Zacatecas	0.40	0.45	0.06	1.34	53.80	53.24	-0.56

4.2 RUMBO A UNA SOLUCIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DEL CONFLICTO.

4.2.1 AVANCES POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO.

La situación social ha hecho eco en el derecho, tanto en México como en el mundo, en el caso de México se han hecho muy tibios avances en materia de narcóticos, pero que producen efectos apenas paliativos que no pueden enfrentar el problema de fondo desde su razón inicial.

²⁷⁸ *Idem.*

“El 28 de abril de 2009 el Congreso de la Unión aprobó las reformas a la Ley general de Salud, al Código Penal Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales, que en agosto fue publicado y firmado por el presidente Calderón en el que se autoriza que una persona pueda portar hasta cinco gramos de marihuana... se trata de cantidades muy menores incluso para el consumidor ocasional, ya no se diga un adicto, que en realidad no liberalizan su consumo; por el contrario lo penalizan, ya que portar una cantidad mayor a esos límites implica la cárcel.”²⁷⁹

Ese pequeño aumento a las cantidades permitidas de marihuana implica apenas un avance, pues en su versión anterior la Ley General de Salud apenas permitía dos gramos, lo que implicaba una mayor criminalización de los consumidores, pues, apenas 5 gramos es lo suficiente para la fabricación de un cigarrillo.

Ahora bien, veamos que la Suprema Corte ha intentado dar pasos en ese sentido, tratando el problema como un asunto de salud pública, sin embargo, no ha logrado distinguir la peculiaridades de la marihuana con respecto a las demás drogas ilícitas, dándole el mismo tratamiento de una droga dura, lo que en efecto lleva a la Corte a cometer errores y caminar en el sentido equivocado, aunque, cabe reconocerlo, genera efectos apenas paliativos.

Estos errores de la Corte con respecto a la marihuana van encaminados a considerar la farmacodependencia como un problema de salud pública e incluir en ella a la marihuana en el sentido que esta causa una enfermedad adictiva que requiere rehabilitación, lo cual es un error, pues, si bien es un avance el considerar al uso recreativo de la marihuana como una excluyente de delito al evitar la posible criminalización de un reducido número de individuos que sean sorprendidos consumiéndola o poseyéndola, no ataca el problema de fondo, que es el que la marihuana y su consumo ocasional y recreativo no afecta en grado tal a la salud pública que amerite su regulación penal.

²⁷⁹ Aguilar, *op. cit.*, nota 220, p.29.

La Suprema Corte nos señala:

EXCUSA ABSOLUTORIA. EL ARTÍCULO 199, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL DERECHO A LA SALUD (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009).

El citado precepto, al establecer que al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 del Código Penal Federal no se le aplicará pena alguna, viola el derecho a la salud contenido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues permite someterlo a un proceso penal y, posiblemente, declararlo culpable del delito de posesión de narcóticos, ya que al tratarse de un enfermo en nada contribuye a su rehabilitación determinar su responsabilidad en ese delito. El derecho a la salud está integrado por diversas acciones positivas y negativas por parte del Estado, entre las que destacan: 1) la obligación de prevenir la existencia de enfermedades, y 2) cuando no se ha podido prevenir la enfermedad, debe garantizar el tratamiento y, en caso de que el padecimiento lo permita, la rehabilitación del enfermo, para lo cual no puede obstaculizarla. Esto implicaría que como parte del derecho a la salud debe entenderse que un enfermo tiene el derecho a ser tratado con dignidad, pues de lo contrario no se lograría su rehabilitación, violando así el contenido básico del propio derecho. Cabe destacar, que el derecho a tratamiento (rehabilitación) comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de auxilio en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra enfermedades infecciosas, pero en ningún caso, la prevención, tratamiento y lucha de enfermedades puede utilizar como vía para lograr otros fines del derecho penal, por compleja o estigmatizada que

sea la enfermedad relacionada con el comportamiento del individuo. Así, cuando a un farmacodependiente -enfermo- se le instaura un proceso penal en su contra y se le llega a declarar culpable de un delito con motivo de la posesión de droga para su propio consumo, se le estigmatiza y etiqueta, con lo cual no se colabora para su rehabilitación. En otras palabras, no puede considerarse que el proceso penal sea la vía correcta para el tratamiento de un farmacodependiente, pues puede ser remitido a las autoridades sanitarias para los efectos del tratamiento que corresponda, sin utilizar el máximo sistema represor con que cuenta el Estado, como lo es el derecho penal. Por ello, en nada ayuda a la rehabilitación de una persona el hecho de que una vez consignada una causa penal por posesión de drogas para consumo personal, se tenga que seguir un proceso penal a pesar de que se demuestre que es un farmacodependiente y, eventualmente, pueda llegarse a dictar una sentencia en la que se establezca que el inculpado es penalmente responsable, aunque no se le aplique pena alguna, pues el solo hecho de considerarlo responsable del delito de posesión de droga para el consumo personal, a pesar de que se demuestre pericialmente que se trata de un enfermo, constituye una violación al derecho a la salud, dado que dicha resolución no ayuda a su rehabilitación.²⁸⁰

En esta tesis la Corte reconoce la inutilidad del sistema penal para el tratamiento de los consumidores de drogas ilícitas e incluso va más allá y determina la inconstitucionalidad del Código Penal al darle tratamiento a los usuarios de drogas como responsables de un delito y negarles su derecho de acceso a la salud, sin embargo y pese a lo esgrimido por la Corte, los problemas no se desvanecen y no se responde a la problemática.

Pues al hablar de la excluyente de la farmacodependencia resulta nugatoria pues es acotada por los ya señalados límites a la posesión que como excepción señala la Ley General de Salud, es decir, reconocen la necesidad que tiene un “adicto” (y lo pongo entrecomillado en virtud de que la marihuana no

²⁸⁰ Tesis: P. VII/2010, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, Tomo XXXI, Febrero de 2010, Pág. 19.

causa adicción) de adquirir y consumir su droga, debido a la “enfermedad” (la marihuana no causa enfermedades graves ni mentales) que resulta en un incontrolable impulso que no le permite apreciar la ilicitud de su actuar, es decir, la necesita de forma imperiosa sin poder evitar al implicar una pérdida parcial de la conciencia y de la gobernanza de sus actos.

Pero también, habría que señalarle al “adicto” a la marihuana, que su impulso imperioso e incontrolable, solo puede llevarle a adquirir o poseer hasta 5 gramos de marihuana, en virtud de que si por su incontrolable necesidad adquiriera y poseyera 5.1 gramos de marihuana, se encuadraría en una hipótesis delictiva.

Aunque parezca absurdo el comentario, es lo que ha establecido el Poder Judicial en la siguiente tesis:

FARMACODEPENDENCIA. CONSTITUYE UNA CAUSA EXCLUYENTE DEL DELITO CONDICIONADA A LAS DOSIS MÁXIMAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la tesis P. VII/2010, señaló que la farmacodependencia es una enfermedad y, por tanto, constituye una causa de exclusión del delito. Ahora bien, la posesión de narcóticos por parte de farmacodependientes, no puede constituir una acción desmedida, sino que debe sujetarse a las dosis máximas establecidas en la tabla de orientación de consumo personal e inmediato prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud. Delimitación que atiende a la libertad del farmacodependiente, al no restringirle el consumo de sustancias que requiere por el problema de salud que presenta, así como la protección a la salud de terceros evitando la posesión indiscriminada de narcóticos. Por tanto, la posesión de narcóticos en cantidad superior a las establecidas en la tabla de referencia, no actualiza la causa de exclusión del delito contemplada en el

artículo 15, fracción IX, del Código Penal Federal, no obstante que el sujeto activo padezca dicha enfermedad.²⁸¹

En otras palabras, aunque la Corte ya haya establecido que la farmacodependencia es una enfermedad (malamente incluyéndose de esta manera a la marihuana) también nos ha establecido que para fines de la Ley Penal no lo está quien sobre pase los límites de la Ley General de Salud, es decir, un “adicto” es un enfermo mientras no rebasa de 5 gramos de marihuana en cuyo caso el Estado está obligado a garantizarle su derecho a la salud, pero si sobrepasa esa cantidad, resulta que ya no es un enfermo sino un peligro social que debe ser encarcelado.

No es descabellado lo anterior si consideramos que ya ha sido dicho en su oportunidad por el ministro de la Suprema corte de la Nación José de Jesús Gudiño Pelayo al sostener:

“...el legislador sólo nos informa sobre cuáles son los psicotrópicos de mayor consumo en nuestro país, pero no nos informa cuáles fueron los métodos, fuentes o reportes que tomó en consideración para determinar las dosis máximas de consumo personal o inmediato, y si tal información es empírica o bien, científica. Simplemente alude a un intercambio de experiencias, cuando en el caso se requiere de un análisis científico de la naturaleza del narcótico, sus diversas dosis y de los efectos que pueden generar en el ser humano, para demostrar que sí se pueden establecer criterios generales en calidad de topes máximos de consumo, después de los cuales no cabe otra posibilidad más que afirmar (no sólo presumir) que la persona es delincuente.

No puede justificarse la existencia de la tabla sólo con base en el argumento de que se propugna por el combate al narcomenudeo, cuando precisamente las sustancias que el propio legislador reconoce como de mayor

²⁸¹ Tesis: 1a./J. 74/2010 , 1ª Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, Tomo XXXIII, Febrero de 2011; Pág. 368

consumo, son las que ameritarán penas menores en comparación a las previstas en el régimen anterior, además de que serán del conocimiento de la autoridad local.

Si el mercado de las sustancias de mayor consumo se verá favorecido con penas menores a las antes previstas, entonces ¿cómo puede sostenerse que el Estado mexicano está empleando todos los recursos a su alcance para combatir a las organizaciones criminales que promueven el consumo de drogas entre nuestra juventud? ¿Cómo puede afirmarse que la inserción de la tabla respeta el derecho a la salud de la sociedad y, paralelamente, del farmacodependiente?

Lo anterior me lleva a concluir que la reforma no tiene una finalidad constitucionalmente válida, respetuosa del artículo 4o. constitucional, ni mucho menos que la medida sea racional, por avalarla la ciencia médica, o adecuada para preservar el derecho a la salud, ni del farmacodependiente ni de la sociedad.

Ahora bien, tal como lo reconoce la ejecutoria, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Federal, y exige, entre otras cosas, lo siguiente: 1) El Estado tiene la obligación de prevenir la existencia de enfermedades; y, 2) Cuando no se ha podido prevenir la enfermedad, el Estado está obligado a garantizar el tratamiento y, en el caso de que el padecimiento lo permita, la rehabilitación del enfermo, para lo cual no puede obstaculizarla.

Sin embargo, de manera tácita y tal vez sin proponérselo, la propia ley acota los casos en los que una persona está enferma. Me explico. Si el farmacodependiente posee una cantidad de narcótico superior al establecido, entonces ya no será considerado como tal para efectos legales, con independencia de lo que las ciencias de la salud puedan opinar en torno al tema. Ello nos lleva a la consideración de que el legislador, a capricho, define lo que debe entenderse como farmacodependiente para otorgarle el derecho a ser excluido del delito.

Si el propio legislador circunscribe el ámbito de una enfermedad, entonces no está tomando las medidas necesarias para enfrentar el padecimiento real, y lo que queda por concluir es que de manera arbitraria está reconociendo quién sí está enfermo y quién no.

Es cierto que deben existir límites en la posesión de narcóticos, pero el trabajo legislativo no demuestra por qué, por ejemplo, 40 miligramos (es decir, 0.040 gramos) de metanfetamina, es una dosis máxima para un farmacodependiente y por qué no los 400 miligramos (o 0.4 gramos) de esa misma sustancia puede constituir una dosis personal y de consumo inmediato.

Esta circunstancia me genera inquietud, pues una primera revisión de la doctrina que existe sobre el tema, me revela que la pureza de la metanfetamina es ahora muy alto, de un 60% a un 90%; que hay dosis comunes de 100 a 1000 mg/día y los usuarios crónicos pueden ingerir hasta 5000 mg/día. Una ingestión frecuente de droga puede darse de ocho a diez veces por día durante tres a diez días. Las dosis elevadas (0.3 a 1 o más gramos) se utilizan porque la tolerancia a los efectos se desarrollan rápidamente. Los usuarios que inicialmente inhalan o fuman metanfetamina a menudo encuentran que necesitan administrar el fármaco por vía intravenosa para lograr los efectos deseados.

A manera de ilustración, hago referencia a la información que obtuve en diversas páginas de Internet en torno al grado de tolerancia a la metanfetamina:

a) Las dosis bajas de clorhidrato de metanfetamina van de los 5 a los 10 mg; las medias de 20 a 40 mg; y las altas de 50 a 90 mg. Dosis mayores pueden resultar letales entre consumidores sin tolerancia.

b) Dosis. Las dosis bajas varían entre los 5 mg. y los 10 (vía intravenosa) 15 (por vía nasal u oral) o 20 mg. (fumada). Las dosis medias van de los 10 a los 40 mg., y las dosis altas de 30 a 60 mg. Hay que resaltar que la metanfetamina genera gran acostumbamiento y que los adictos utilizan dosis cada vez mayores, dosis que pueden ser letales para usuarios no habituados.

c) Las dosis bajas de clorhidrato de metanfetamina van de los 5 a los 10 mg. (una cabeza de cerilla); las medias de 20 a 40 mg. y las altas de 50 a 90 mg. Dosis mayores pueden resultar muy peligrosas entre consumidores sin tolerancia.

d) Los efectos duran entre 4 y 20 horas (5-50 mg), pero si se aumenta la dosis, pueden durar más de 24 horas. El viaje empieza después de unos 30 o 40 minutos si se ingiere y después de unos 5 o 15 minutos si se inhala.

e) Potencial de dependencia. La tolerancia es muy alta y se desarrolla con excepcional rapidez. Habiendo iniciado con dosis terapéuticas de 10 a 30 mg., después de tres o cuatro semanas los usuarios regulares pueden necesitar hasta 500 mg., para experimentar los mismos efectos; cantidad que afecta gravemente a personas sin hábito. Aunque no causa dependencia física en sentido estricto, el potencial de dependencia psicológica es bastante alto. El síndrome de abstinencia puede durar algunas semanas. Se manifiesta por ansiedad, fatiga, alteraciones de sueño, irritabilidad, hambre intensa y depresión severa, síntomas que pueden durar hasta un mes.

Como se podrá observar, la información es coincidente en el sentido de que la tolerancia media a la metanfetamina es de 40 mg., el cual a su vez constituye el tope máximo de consumo personal inmediato previsto en el artículo 479 de la Ley General de Salud; por tanto, me parece dudosa la razonabilidad del criterio que empleó el legislador para considerar cuándo se está frente a un problema de farmacodependencia.

Por otro lado, de la información periodística emitida en la época de la reforma, se deja entrever que la intención del Ejecutivo era simplemente establecer límites de tolerancia para la portación personal de narcóticos. Sin embargo, esto no se refleja en el trabajo legislativo, pues más que constituir un

simple límite de tolerancia es el tope máximo con base en el cual se considera que una persona está enferma.”²⁸²

Así podemos ver lo absurdo de la política pública en materia de drogas ilícitas, en virtud de que al ser la marihuana una sustancia con características diversas a las drogas duras como la cocaína, se le aplique el mismo tratamiento considerando a sus usuarios como enfermos y adictos si su posesión de sustancia es de hasta 5 gramos y como delincuentes si es a partir de 5.1 gramos.

El problema no se trata de determinar la actualidad o no de una excluyente del delito, sino de determinar que la violación a un bien jurídico realizado por el consumo de marihuana no amerita la intervención del Derecho penal y que la supuesta protección penal ha causado consecuencias desastrosas en el país. Entonces, es irracional sostener a la farmacodependencia como una excluyente del delito, debido a que el delito jamás debió ser configurado en algún Código Penal.

4.2.2 AVANCES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.

Comenzó el avance en Argentina de una manera muy similar en México, pues la Corte Suprema de aquel país, determino que es inconstitucional el castigar penalmente al adicto aún y cuando se sobrepasara los máximos establecidos en la Ley,²⁸³ así mismo, tampoco es punible cuando se proceda al consumo o adquisición de marihuana en el supuesto de que el consumidor padezca alguna enfermedad que sea tratable con la hierba, es decir, no será punible si una persona adquiere marihuana y padece glaucoma o alguna enfermedad en estado avanzado como sida o cáncer.

²⁸² Gudiño Pelayo, José de Jesús, Amparo en revisión 576/2010, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, Página 430.

²⁸³ Cfr. Aguilar, op. cit., nota 220, p. 30.

Fue tal el eco que se produjo en el Poder Legislativo de aquel país que se ha avanzado de manera importante al adicionarse la Ley 23.737 (Lucha y Represión contra el Narcotráfico) agregando el artículo 29 *Quater* que a la letra dice:

“Se considerará autorizada la comisión de alguna de las conductas descritas en los artículos 5, 14 y 28 de la presente ley con variedades del compuesto químico tetrahidrocannabinol (THC), ya sea de origen natural o sintético, y con fines terapéuticos o para la investigación de su posible eficacia como medicación terapéutica o de control de síntomas. El ejercicio legítimo de estas conductas queda sujeto a la reglamentación establecida por la autoridad competente”

Debemos señalar, que de la exposición de motivos que presenta la ley, que ya fue debidamente aprobada y turnada al ejecutivo de aquella nación para su debida promulgación, (esperando hasta el momento en que se escribe el presente la fecha de publicación) parece orientada como el primer paso rumbo a una total reestructuración paradigmática en cuanto al tratamiento de la marihuana, pues reconoce su valor terapéutico:

“Los antecedentes empíricos revelan que la utilización de compuestos cannabinoides y químicos de tetrahidrocannabinol (THC) han tenido resultados positivos para el tratamiento de ciertas afecciones. En particular, se ha considerado que "algunas de las virtudes terapéuticas que se atribuyen al cannabis son, por ejemplo, el alivio de la ansiedad y reducción de las náuseas provocadas por la quimioterapia. También está indicado para la pérdida de apetito en enfermos de sida, para los espasmos dolores en enfermos con esclerosis múltiple y para el incremento de la tensión ocular provocada por el glaucoma. Algunos estudios han destacado también el poder antiasmático que tiene el THC en pacientes con cierto tipo de insuficiencia respiratoria". En similar sentido, se ha considerado que "[e]l uso terapéutico del cannabis, que se recetará bajo estricto control médico, 'se destinará para combatir los vómitos que provoca el tratamiento con quimioterapia y los efectos de la anorexia en enfermos de sida', ha asegurado el director general de Recursos Sanitarios de

la Generalitat. 'También pretende aliviar los problemas musculares derivados de la esclerosis múltiple o amiotrófica, así como los dolores crónicos de sintomatologías que no respondan a otro tipo de pautas terapéuticas', ha añadido".

De manera coincidente, "los reportes del NIH y de la British Medical Association sugieren que la conocida característica de la marihuana de despertar el apetito, podría ayudar a los enfermos de SIDA que sufren una gran pérdida de peso, al colaborar en la difícil tarea de recuperar la masa muscular perdida". Esto ha sido verificado en el estudio 'Utilización Terapéutica del Cannabis en el Estado español' realizado a partir de 2.250 pacientes de España, enfermos de cáncer de mama, sida y esclerosis múltiple que consumen esta sustancia. El 47% lo hace porque les ayuda a disminuir el dolor asociado al tratamiento de su enfermedad y todos aseguran que el resultado es satisfactorio. En Estados Unidos la prestigiosa Academia Nacional de Ciencias de EE.UU. se dedicó a estudiar el uso médico de la marihuana. Tras 18 meses de investigaciones, la Academia se pronunció a favor de la droga: consideró que el cannabis constituía un tratamiento potencialmente eficaz contra ciertos síntomas de enfermedades como el cáncer y el SIDA. La utilización de cannabis con fines medicinales se encuentra autorizado en 15 estados de los EE.UU."²⁸⁴

Al respecto en Argentina solo faltaría esperar la reglamentación siguiente para efecto de ordenar los medios de producción y venta de marihuana terapéutica, lo cual, a nuestro parecer ocurrirá durante 2014.

Si bien es cierto que no se despenaliza su consumo, es un paso muy importante en el sentido de que se comienza a dar valor médico a sus efectos, de modo que poco a poco comienzan a derrumbarse los mitos que se generaron

²⁸⁴ Conti, Diana Beatriz, *régimen contra el narcotráfico - ley 23737 - incorporación del artículo 29 quater, sobre despenalización del consumo de la marihuana para uso terapéutico*, expediente 0083-D-2012, Comisiones de Legislación Penal y Acción Social y Salud Pública, Cámara de Diputados, Argentina, 2012, p. 5.

en torno a ella durante la administración de Hoover en Estados Unidos la cual la privó de todo efecto medicinal considerándola altamente dañina y enloquecedora.

Además, el dictamen presentado en la hermana Argentina confirma uno de los elementos de nuestra racionalidad jurídica al confirmar a la marihuana como un aliado en la lucha por el mejoramiento de la salud individual.

4.2.3 EL CASO HOLANDÉS.

Mucho se ha hablado de Holanda y al igual que a la marihuana se les ha dotado de grandes mitologías.

Su consumo recreativo es lícito en cierta medida, aunque, su producción está muy limitado y su tráfico es duramente reprimido, entonces desde 1976 se expidió la llamada “Ley del Opio” que daba un gran salto al distinguir a la marihuana de las drogas duras, dándosele a las drogas duras una mayor severidad penal, pero, sustituyendo el consumo de opioides y derivados de la cocaína y heroína por metadona como agente de tratamiento rehabilitador.

Resulta paradigmático en el sentido de que se reconoce que la marihuana no contiene los mismos efectos de las drogas duras, liberándose prácticamente su consumo, pero manteniendo algunas restricciones que mantienen a sus usuarios bajo el control estatal.²⁸⁵

Hasta antes de 1976 con la “Ley del Opio” la situación de represión de la marihuana era incluso más benevolente que la de México, pues la cantidad máxima no punible era de hasta 30 gramos, sin embargo, posteriormente a dicha Ley, fue sustituida la penalidad de dos años de prisión a un arresto de hasta un mes conmutable por una multa de 5 mil florines.

²⁸⁵ Cfr. Van Kalmthout, A. M., *Aspectos de la Política Holandesa en Materia de Drogas*, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, Eguzkiloire, México, número 2, octubre 1988, p. 90.

Lo anterior debido a tres razones principales:

“a) las dudas fundadas sobre los efectos nocivos reales de los productos derivados del cáñamo.

b) las dudas fundadas sobre el contenido real de la llamada teoría del precursor.

c) La separación del círculo de las drogas blandas del de las drogas duras.”²⁸⁶

La intención original del legislador holandés era transferir totalmente a la marihuana del campo del Derecho Penal al campo Administrativo al colocarla exactamente al mismo nivel de otros excitantes como el alcohol y el tabaco, sin embargo, fracasó el intento por la presión de Estados Unidos que no permitió un paso tan adelantado, debido a que Holanda había suscrito en 1961 el “pacto Único de Nueva York” que le prohibía al país europeo la completa liberalización de la marihuana.

“Sin embargo, este obstáculo tuvo pocas consecuencias en la práctica. Y puede decirse que la posesión, la producción y el pequeño tráfico de drogas blandas están de “facto” legalizados. Nunca o rara vez se denuncian o juzgan estas formas de comportamiento todavía formalmente punibles. Esto posiblemente porque en Holanda no rige el principio de legalidad sino el principio general de oportunidad. Como es sabido, este deja a la Fiscalía un amplio espacio de decisión y le permite prescindir de una persecución penal si el interés social no exige una intervención; incluso porque eventualmente podría producir más daño que el propio delito mismo. Por eso, para los delitos que se producen frecuentemente, como los delitos de la Ley del Opio, se han determinado líneas de actuación para las Fiscalías. Estas directrices señalan, entre otras, las prioridades que deben observarse en la investigación y persecución de hechos

²⁸⁶ *Ibidem.* p. 91.

punibles... no existe un interés en el tratamiento jurídico-penal de las faltas relativas al cannabis.”²⁸⁷

En efecto, además de la total liberalización de la marihuana del ámbito penal para efectos terapéuticos, el uso recreativo es apenas sancionado, es decir, se han establecido determinados grupos de reunión llamados *coffeeshops* en los cuales se expende y consume en su interior marihuana, la contradicción en el sistema radica en que mientras el consumo en su interior está plenamente legalizado, la forma de adquirirlo por parte de los dueños del establecimiento resulta aún ilegal, pues, aunque está permitido el auto-cultivo, este debe ser moderado y para uso propio, lo cual no resulta en un mayor conflicto teórico debido a que el combate a la marihuana no representa una prioridad para el Estado Holandés, de modo que la Fiscalía puede libremente aplicar los llamados criterios de oportunidad.

Cabe resaltar lo que debemos entender por criterios de oportunidad, y nos resulta idóneo tomar como válida la definición del Dr. Polanco que reza que “se entiende como la facultad otorgada al Ministerio Público para aplicarlo durante la investigación, por medio del cual pretende prescindir total o parcialmente de investigar o de acusar a un sujeto que merece ser sancionado.”²⁸⁸ Dándole dicha facultad de implementación a la representación social por la causa de que el hecho es irrelevante para la sociedad al no lesionar el interés social.²⁸⁹

Si tomamos en cuenta la facultad concedida a la autoridad holandesa, en el sentido de que la conducta no lesiona el interés colectivo y tomando consideración el principio de *extrema ratio* en el Derecho Penal, podemos entonces inferir que esa conducta, en principio, no tiene por qué ser delito.

²⁸⁷ *Idem.*

²⁸⁸ Polanco Braga, Elías, *Lecciones del Nuevo Procedimiento Penal Mexicano: Oral, acusatorio y Adversarial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Estudios Superiores “Aragón”, 2013, p. 135.

²⁸⁹ *Cfr. Idem.*

Las consecuencias de la aparente liberalización de la marihuana en Holanda parece indicar efectos benéficos, pues el uso de drogas y en especial de marihuana ha descendido considerablemente, pues del 10% de jóvenes asiduos a la hierba en 1976 se redujo en 40% para 1983, convirtiéndose la mayoría en consumidores ocasionales de un cigarrillo por mes.²⁹⁰

El problema de Holanda en la actualidad, resultó no en un mayor consumo de marihuana por parte de su población, sino en el consumo de marihuana de turistas que en cuyo país de origen se encuentra sancionado penalmente, así la presión internacional obligó a Holanda a emitir registros de consumidores donde solo sus ciudadanos podían ser usuarios de los *coffeeshops* y se prohibió el establecimiento de nuevos lugares de este tipo, lo que llevó a mayores conflictos, pues comenzaron a cerrar sistemáticamente, y los ya existentes, reportaban inmensas pérdidas pues se limitaba el turismo de droga, es decir, los *coffeeshops* eran ampliamente visitados por turistas, no por la población holandesa.

Hasta este momento el conflicto financiero, es decir, económico que no de salud pública, ha llegado a los tribunales de la Haya en Amsterdam, donde se ha resuelto que debido a la mala política pública del gobierno holandés, se debe indemnizar a los locatarios de *Coffeeshops* por las pérdidas millonarias que has sufrido.²⁹¹

Con la situación de Holanda desmitificamos el argumento de que una liberalización de la marihuana implica su mayor consumo y daños a la salud pública de un pueblo además de que el sistema de salud holandés no ha recibido una presión significativa por ello.

²⁹⁰ Cfr. Van Kalmthout, *op. cit.* Nota 285, p. 92.

²⁹¹ Cfr. Gofree, José Pablo, *Holanda deberá indemnizar a los "coffee-shops" por pérdidas*, España, ABC-Internacional, 7 de agosto de 2013, p.6.

4.2.4 PROPUESTA DE UNA NORMATIVIDAD IDÓNEA CON RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LA MARIHUANA.

En octubre de 2008, se presentó una iniciativa de Ley por parte del entonces diputado Víctor Hugo Círigo Vásquez de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, donde se plantea la legalización de la marihuana por virtud de razonamientos próximos a los planteados en este trabajo de investigación, pero de forma escueta y parca, analizando únicamente los efectos sociales como las ejecuciones derivadas de la guerra contra el narco desde 2006, sin hacer especial mención a los razonamientos jurídicos idóneos relativos a la salud pública ni su sustento doctrinario.

Sin embargo, es muy importante lo planteado, en el sentido de que se realizan propuestas que contribuyen de manera significativa a solucionar el conflicto relacionado con la marihuana, pues se señaló que:

“a) El Consejo de Salubridad General dictará las medidas respecto al uso terapéutico de la cannabis. Asimismo, la Secretaría de Salud federal deberá emitir la Norma Oficial Mexicana correspondiente, para garantizar el adecuado uso terapéutico.

b) Se prevé que existan establecimientos en los que se permita la venta para consumo personal de marihuana hasta 5 gramos por persona. Se requerirá licencia de funcionamiento para la apertura de tales establecimientos en los que estará prohibida la venta de bebidas alcohólicas, la entrada a menores de edad y no podrán encontrarse a menos de 1000 metros de centros educativos. La violación de estas disposiciones podrá ser sancionada con multa equivalente de doce mil hasta dieciséis mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate.

c) Se establece la prohibición de consumir cannabis o sus derivados en la vía pública así como en establecimientos públicos no autorizados. Quien infrinja tal disposición será sancionado con el equivalente de 21 a 30 días de salario

mínimo vigente en la zona económica de que se trate o con arresto de 25 a 36 horas.

d) Se permite que una persona pueda portar hasta 30 gramos de cannabis. Si alguien es sorprendido con una cantidad mayor será sancionado penalmente.

e) Se prevé que respecto del cultivo, procesamiento, distribución, transporte y venta al mayoreo de marihuana para su uso terapéutico o industrial, será la autoridad federal quien deberá emitir la normatividad correspondiente, además de que será facultad exclusiva del Gobierno Federal definir las zonas donde se permitirá el cultivo de la cannabis y adquirir la totalidad de las cosechas por sí o a través de un solo intermediario.

f) Se permite el cultivo de cannabis sativa, índica y americana o marihuana en las viviendas particulares de hasta cinco plantas.

g) Se prohíbe también la importación y exportación de cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas y sus productos derivados, fuera del territorio nacional.

h) Asimismo, queda prohibida toda publicidad relacionada con la cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas y sus productos derivados, a excepción de aquella publicidad gubernamental o de organizaciones de la sociedad civil que tenga por objeto prevenir la farmacodependencia respecto de dicho estupefaciente. ²⁹²

²⁹² Círigo Vásquez, Víctor Hugo, *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Reforman y Adicionan Los Artículos 3º, 4º, 13, 17, 192, 198, 199, 237, 245, El Título del Capítulo XI del Título Duodécimo Y Sus Artículos correspondientes; así como los Artículos 289, 308 BIS, 421 Y 464, todos de la Ley General de Salud, México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, 2008, p.p. 6-7.*

Propuestas muy atractivas, pero, en vista de lo expuesto en esta investigación, se debe desvanecer todo temor relacionado con la marihuana, y aplicarse una normatividad igual (de acuerdo a su naturaleza) que la del alcohol.

De la propuesta señalada, no se comparte el inciso b), en virtud de que 5 gramos son apenas la cantidad necesaria para un consumidor que fabrica un cigarrillo, entonces, si no existe en la reglamentación un límite específico para la venta al menudeo de alcohol y tabaco que son más dañinos, tampoco debe haberlo para la marihuana, sin embargo, el grado de intoxicación haría suponer determinados riesgos que van indirectamente ligados al consumo de marihuana, como son el que el propio consumidor sea víctima de algún ilícito o su resultante incapacidad para conducir vehículos automotores o para poder llegar a salvo a su casa.

También debe ser considerada la posibilidad de que el sujeto simplemente desee adquirir reserva suficiente de hierba para consumirla en el interior de su domicilio al ser más seguro y no exponerse a la vía pública después de su consumo, o como pasa con el alcohol, las calidades y características de la marihuana podrían variar, y resulte atractivo para el usuario simplemente coleccionarla.

Entonces, por única medida precautoria, el límite debería ser fijado en 250 gramos de marihuana que un establecimiento pueda vender al usuario en un solo día. Cabe señalar, que el límite podría incluso ser mayor, pues no existe un marco o método específico para determinar su idoneidad, pero, tampoco podría señalarse algo menor, porque es la cantidad suficiente para el un consumidor la almacene en la seguridad de su domicilio y no deba exponerse tan frecuentemente en la vía pública al ir a adquirirla.

Tampoco se comparte el inciso c) de la propuesta citada, en virtud de que un límite punible de esa naturaleza acarrearía las mismas consecuencias de extorsión en la vía pública, así que, por medida precautoria, una persona que no cuente con licencia específica para su transportación, y exceda de cinco kilogramos de marihuana únicamente debería hacerse acreedor a una multa de

500 a un mil veces el salario mínimo vigente en la zona, sin que pueda ser arrestado ni asegurada su carga.

En cuanto al inciso e) agregaría para evitar la paradoja de Holanda, el cultivo y distribución para fines recreativos, es decir, para el libre consumo de sus usuarios, con las restricciones propias con las que cuenta el alcohol y el tabaco, así pues, la autoridad federal otorgará los permisos y lineamientos correspondientes.

En cuanto al inciso f), señalaría que el consumo personal directo debería contar para el particular de un terreno especial de hasta dos metros cuadrados donde el gobernado pueda cultivar el número de plantas que en el puedan ser acomodadas, sin un límite específico, o su equivalente de masetas o cultivo hidropónico, en cuyo caso, si deseara cultivar una superficie mayor, se le entenderá como productor industrial de marihuana y deberá acudir ante la autoridad federal a solicitar el permiso necesario, e inscribirse en el registro especial de comerciantes que señale la Ley, en caso contrario, se hará acreedor a las sanciones Administrativas correspondientes que consistirán en multas de 500 mil a un millón 500 mil salarios mínimos vigentes en la zona económica donde se encontrase, además de pagada la multa, se le concederá un término de dos meses a efecto de que regularice su situación o de la misma forma se le impondrá una nueva multa en los mismos términos e incluso haciéndose acreedor a la sanción penal correspondiente, no por el consumo, sino por su desobediencia a la autoridad federal.

En el caso del comercio a la marihuana se propone agregar, además del IVA de Ley, un impuesto especial y directo acumulable al IVA de 30% del valor final de lo vendido, en consideración de que es más económico que el actual Impuesto Sobre la Renta, pero lo suficientemente alto para evitar el total abaratamiento de la droga, pero no lo demasiado barato para exponerse a consumir marihuana “adulterada” como actualmente pasa con los cigarrillos de tabaco.

Es decir, la dicha cantidad de impuestos ayudaría a las finanzas del Estado y sumadas a los costos de producción y distribución de la marihuana, echaría por tierra el argumento de que se volvería barata y accesible a personas vulnerables.

De manera que, vertiendo la cantidad de razonamientos expuestos es posible emitir una propuesta de Ley que resolviera el problema actual de la marihuana y ayudara a resolver en gran medida el del narcotráfico en general; quedando de la siguiente manera:

LEY GENERAL DE SALUD, CÓDIGO PENAL FEDERAL Y LEY DEL
IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS

PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN LOS ARTÍCULOS 3, 4, 13, 17, 192, 198, 199, 215, 219, 234, 237, 245, EL TÍTULO DEL CAPÍTULO XI DEL TÍTULO DUODÉCIMO Y SUS ARTÍCULOS CORRESPONDIENTES; ASÍ COMO LOS ARTÍCULOS 289, 308 BIS, Y 464 DE LA LEY GENERAL DE SALUD; ASÍ COMO 238 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

ÚNICO: Se reforman y modifican los artículos 3, 4, 13, 17, 192, 198, 199, 215, 219, 234, 237, 245, 289, 308 bis, y 464 de la Ley General de Salud, se adicionan los Artículos del capítulo XI del título duodécimo 275, 276, 277, 277 bis, 277 ter y 277 quater, todos de la Ley General de Salud, 238 del Código Penal Federal y 2 de la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios para quedar como sigue:

LEY GENERAL DE SALUD.

Artículo 3º.- En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:

I a XXII...

XXIII. El programa contra la farmacodependencia, en el que se pondrá énfasis en la prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos en los jóvenes que se encuentran cursando la educación básica y media superior.

XXIV a XXX...

Artículo 4o.- ...

I a III...

IV. Los gobiernos de las entidades federativas.

Artículo 13.- La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

A y B ...

C. Corresponde al Ejecutivo Federal y a los gobiernos de las entidades federativas la prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos, con la divulgación de información objetiva y basada en la verdad científica sobre los efectos de cada droga sea cual fuere su naturaleza, evitando la generalización de las mismas y dando el trato diferenciado que cada una tenga en su naturaleza.

D. se evitara la divulgación de estereotipos y conceptos puramente morales que ayuden a marginar y criminalizar a los usuarios de alucinógenos, psicotrópicos y estupefacientes.

Artículo 17.- Compete al Consejo de Salubridad General:

I. a VII bis...

VIII. Analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuestas de reformas o adiciones a las mismas,

IX. Dictar medidas respecto al uso terapéutico de cannabis sativa, índica y americana o marihuana, con base en la presente Ley y demás leyes aplicables, y

X. Las demás que le correspondan conforme a la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley.

Artículo 192.- La Secretaría de Salud elaborará un programa nacional contra la farmacodependencia, y lo ejecutará en coordinación con dependencias y entidades del sector salud y con los gobiernos de las entidades federativas. En dicho programa deberán contemplarse todas aquellas medidas necesarias para la prevención del consumo de estupefacientes y psicotrópicos, entre las que deberán considerarse todos aquellos medios de difusión dirigidos principalmente a los alumnos de educación básica y media superior en los que se instruya de acuerdo al avance científico sobre los riesgos de cada droga en particular, así como del marco legal aplicable y los servicios de salud públicos que impartirá el Estado en sus diversos niveles de competencias para el tratamiento de la toxicomanía.

El tratamiento de prevención se basará en la atención psicológica temprana de familias disfuncionales, e individuos que por un estado depresivo u análogo soliciten atención al Estado.

Artículo 198. Únicamente requieren autorización sanitaria los establecimientos dedicados a:

I. a VI ...

VII. El cultivo, procesamiento, distribución, comercialización o venta para consumo individual de cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas y sus productos derivados.

[...]

[...]

Artículo 199.- Corresponde a los Gobiernos de las Entidades Federativas ejercer la verificación y control sanitario de los establecimientos que expendan o suministren al público alimentos y bebidas no alcohólicas y alcohólicas, en estado natural, mezclados, preparados, adicionados o acondicionados, para su consumo dentro o fuera del mismo establecimiento, basándose en las normas oficiales mexicanas que al efecto se emitan. La Secretaría de Salud realizará la verificación y control sanitario de los establecimientos que expendan o suministren al público cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas y sus productos derivados.

CAPITULO II

Alimentos y Bebidas no Alcohólicas

Artículo 215.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por:

I. Alimento: cualquier sustancia o producto, sólido o semisólido, natural o transformado, que proporcione al organismo elementos para su nutrición; considerándose en este apartado las semillas de la CANNABIS sativa, índica y americana o mariguana.

CAPITULO III

Bebidas Alcohólicas

Artículo 219.- para efectos de prevención y tratamiento de los usuarios, reglamentaciones y prohibiciones se equipara a la CANNABIS sativa, índica y americana o mariguana, su resina y preparados como bebida alcohólica según su propia naturaleza.

Las medidas y prohibiciones que sean aplicables a las bebidas alcohólicas serán aplicables a la CANNABIS sativa, índica y americana o mariguana, su resina y

preparados, de acuerdo a su naturaleza siempre y cuando no haya reglamentación específica.

CAPITULO V Estupefacientes

Artículo 234.- Para los efectos de esta Ley, se consideran estupefacientes:

...

Se excluye la CANNABIS sativa, índica y americana o mariguana, su resina, preparados y semillas.

...

Artículo 234 bis. Para efectos de esta Ley se considera a la CANNABIS sativa, índica y americana o mariguana, su resina y preparados como alucinógeno equiparable a los estupefacientes según su especial naturaleza.

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

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

...

se excluye cualquier sustancia propia o derivada de la marihuana y del tetrahidrocannabinol en cualquiera de sus formas.

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

...

tetrahidrocannabinol en cualquiera de sus formas, compuestos o presentaciones naturales o industrializadas.

...

TITULO DECIMO SEGUNDO

Control Sanitario de Productos y Servicios de su Importación y Exportación

CAPITULO XI

CANNABIS SATIVA, ÍNDICA Y AMERICANA O MARIHUANA, SU RESINA, PREPARADOS Y SEMILLAS Y SUS PRODUCTOS DERIVADOS.

Artículo 275. El Gobierno Federal tendrá la facultad exclusiva para emitir la normatividad correspondiente en materia de cultivo, procesamiento, distribución, transporte y venta al mayoreo de cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas y sus productos derivados, respecto de su uso terapéutico o uso industrial.

El Gobierno Federal otorgará autorizaciones a particulares para establecer las zonas donde se permitirá el cultivo de la cannabis y establecerá los permisos y trámites correspondientes para la venta y transporte de la misma por particulares con fines comerciales en el mismo sentido y restricciones señaladas para la producción y venta de bebidas alcohólicas.

Artículo 276. El Gobierno Federal expedirá la normatividad correspondiente para regular lo relativo a los establecimientos en los que se expendan para consumo individual cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina y preparados, con base en lo siguiente:

I. No se podrá vender más de 250 gramos por persona de cannabis sativa, índica y americana o marihuana y su resina por un establecimiento a una sola persona en un mismo día.

II. Queda prohibida la venta y consumo de bebidas alcohólicas, tabaco, bebidas energizantes u otras drogas, a excepción de café líquido, pasteles y caramelos, en los establecimientos a que se refiere este artículo.

III. No se permitirá el acceso a personas menores de edad, ni su consumo, solo en el caso de hallarse bajo prescripción médica para enfermos de enfermedades terminales o que por su dolor y molestia física se requiera de ella. Quien infrinja lo señalado en esta fracción será acreedor de las sanciones penales correspondientes por el delito de corrupción de menores.

IV. No podrán otorgarse licencias para la apertura de dichos establecimientos mercantiles que expendan cannabis sativa, índica y americana o marihuana su resina y preparados a menos de 1000 metros de centros educativos.

Artículo 277. Cada persona podrá portar para consumo personal hasta 250 gramos de cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina y preparados, de rebasar ese gramaje se impondrá una multa de 500 a 1500 días de salario mínimo vigente en la zona geográfica que corresponda.

Artículo 277 bis. Queda prohibido el consumo de cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina y preparados en la vía pública o establecimientos públicos no autorizados. El incumplimiento de esta disposición será sancionado con el equivalente de 21 a 30 días de salario mínimo vigente en la zona económica de que se trate.

Artículo 277 ter. La Secretaría de Salud deberá emitir la Norma Oficial Mexicana correspondiente respecto de la cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y productos derivados.

Artículo 277 quater. En las viviendas particulares podrá cultivarse hasta una superficie de dos metros cuadrados o su equivalente en macetas, macetones, jardineras u análogos o cultivos hidropónicos, decidiendo libremente el total de plantas de marihuana, su especie y cuidados que requieran. En caso de ser varias las propiedades del usuario de marihuana, solo podrán cultivarse en una de ellas, o en varias siempre y cuando no se excedan en su conjunto de la superficie señalada en este artículo.

Si excediere la superficie señalado en el párrafo anterior, la autoridad sanitaria local o federal amonestara al usuario indicándole que reduzca el tamaño del cultivo u obtenga los permisos necesarios para dedicarse a la producción industrial, dándole el término de seis meses para tal efecto. De no cumplir se entenderá que el usuario es productor industrial de marihuana y de inmediato se dará aviso a la autoridad sanitaria federal según el caso, para efecto de que imponga multa de quinientos mil a un millón quinientos mil salarios mínimos vigentes en la zona de que se trate.

Artículo 289.- La importación y exportación de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y productos o preparados que los contenga, requieren autorización de la Secretaría de Salud. Dichas operaciones podrán realizarse únicamente por la aduana de puertos aéreos que determine la Secretaría de Salud en coordinación con las autoridades competentes.

En ningún caso podrán efectuarse por vía postal. Queda prohibida la importación y exportación de cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas y sus productos derivados, dentro o fuera del territorio nacional respectivamente.

Artículo 308 bis. Queda prohibida toda publicidad relacionada con la cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas y sus productos derivados, para cualquier fin distinto al industrial y con excepción de aquella publicidad gubernamental o de organizaciones de la sociedad civil que tenga por objeto prevenir la farmacodependencia respecto de dicho estupefaciente con base en información científica, veraz, oportuna y completa.

Artículo 464.- A quien, adultere, falsifique, contamine, altere o permita la adulteración, falsificación, contaminación o alteración de alimentos, bebidas no alcohólicas, bebidas alcohólicas, cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas o sus productos derivados, o cualquier otra sustancia o producto de uso o consumo humano, con peligro para la salud, se le aplicará de uno a nueve años de prisión y multa equivalente de cien a mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que

se trate.

Igual pena se impondrá al productor y distribuidor de cannabis sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas o sus productos derivados, que no contando con los permisos necesarios que señale la Secretaría de Salud y posterior a tres requerimientos de la autoridad federal para regularizar su situación insista en no regularizarla.

En todo procedimiento, ya sea en su etapa de investigación o de proceso, la autoridad local o federal que conozca de asuntos relacionados con psicotrópicos, estupefacientes, alucinógenos, sus preparados y derivados, estará obligada a valorar las especiales circunstancias del individuo, su grado de dependencia o adicción, debiendo aplicar el criterio de oportunidad que corresponda y canalizarlo a la institución que señale la Ley para su tratamiento y rehabilitación en caso de ser necesario.

DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL:

Artículo 198.- Al que dedicándose como actividad principal a las labores propias del campo, siembre, cultivo o coseche plantas de amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares, por cuenta propia, o con financiamiento de terceros, cuando en él concurren escasa instrucción y extrema necesidad económica, se le impondrá prisión de tres meses a un año, Pudiéndose aplicar valorando las especiales circunstancias del asunto el Criterio de Oportunidad que en etapa de investigación o procedimiento corresponda.

DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS

Artículo 2o.- Al valor de los actos o actividades que a continuación se señalan, se aplicarán las tasas y cuotas siguientes:

- I. En la enajenación o, en su caso, en la importación de los siguientes bienes:

...

- C) Tabacos labrados y marihuana en cualquier forma o presentación:

- | | |
|--|-------|
| 1. Cigarros..... | 160% |
| 2. Puros y otros tabacos y cannabis labrados..... | 160% |
| 3. Puros y otros tabacos y cannabis labrados hechos enteramente a mano.
..... | 30.4% |

Adicionalmente a las tasas establecidas en este numeral, se pagará una cuota de \$0.35 por cigarro enajenado o importado. Para los efectos de esta Ley se considera que el peso de un cigarro equivale a 0.75 gramos de tabaco o marihuana, incluyendo el peso de otras sustancias con que esté mezclado el tabaco o marihuana, en los casos no previstos el cannabis en cualquiera de sus especies o presentaciones, resinas, derivados a excepción de sus semillas, textiles, sogas y fibras para fines del vestido e industriales, se equipará en cuanto a su arancel al tabaco, pagando las mismas tasas y tarifas aplicables siempre y cuando se utilice con fines comerciales.

...

CAPITULO V DE LAS OBLIGACIONES DE LOS CONTRIBUYENTES

Artículo 19.- Los contribuyentes a que se refiere esta Ley tienen, además de las obligaciones señaladas en otros artículos de la misma y en las demás disposiciones fiscales, las siguientes:

...

- X. Los fabricantes, productores o envasadores, de alcohol, alcohol desnaturalizado y mieles incristalizables, de bebidas con contenido alcohólico,

cerveza, tabacos labrados, cannabis en cualquiera de sus especies o presentaciones, resinas y derivados cualesquiera que estos sean, bebidas energizantes, concentrados, polvos y jarabes para preparar bebidas energizantes, deberán llevar un control físico del volumen fabricado, producido o envasado, según corresponda, así como reportar trimestralmente, en los meses de abril, julio, octubre y enero, del año que corresponda, la lectura mensual de los registros de cada uno de los dispositivos que se utilicen para llevar el citado control, en el trimestre inmediato anterior al de su declaración.

La obligación a que se refiere esta fracción no será aplicable a los productores de vinos de mesa, ni cultivadores particulares para consumo personas de marihuana que por Ley no se consideren productores comerciales e industriales de cannabis en cualquiera de sus especies o presentaciones.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO.- En cuanto a la solicitud de licencias, permisos y autorizaciones de las que habla este Decreto no se otorgarán sino hasta un año después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación en tanto que la Secretaría de Salud emite la Norma Oficial Mexicana que Corresponda y el Ejecutivo Federal emite la reglamentación necesaria.

Todo permiso, autorización o licencia que sea requerido para la transportación de alcohol con fines de comercio, será exigido para transportar cannabis y sus derivados, salvo, sus semillas, fibras textiles e industriales.

TERCERO.- Las personas condenadas por delito contenido en las normas que en el presente Decreto queden derogadas, obtendrán desde luego y de forma inmediata su libertad, siempre y cuando, no hayan cometido delito diverso que subsista, o se haya cometido por medio de violencia física o moral; los indiciados

a los que se les siga procedimiento penal, en cualquiera de sus etapas, por alguna de las conductas que queden derogadas en el presente Decreto quedarán desvinculadas y se extinguirá la causa o investigación penal.

En caso de duda, se aplicara la norma e interpretación que más favorezca al indiciado, procesado, imputado o condenado, según sea el caso.

CUARTO.- La autoridad Administrativa que corresponda, podrá hacer valer los procedimientos administrativos y en su caso penales por cuanto hace a los créditos fiscales que se generen en razón del arancel impuesto a la cannabis en cualquiera de sus especies y formas, salvo, sus textiles, fibras y las semillas de marihuana con fines meramente alimenticios, quedando los particulares sujetos de la disposiciones fiscales aplicables.

QUINTO.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público expedirá la reglamentación correspondiente a más tardar diez meses después de la publicación de este Decreto en cuanto a los mecanismos pertinentes para lograr la recaudación del arancel impuesto a la cannabis en cualquiera de sus especies y formas, salvo, sus textiles y fibras que serán equiparables al algodón y las semillas de marihuana equiparables al frijol con fines meramente alimenticios; queda facultada para emitir la tabla correspondiente de pago de derechos que los particulares realizaran para obtener los permisos, licencias y autorizaciones ante la Secretaría de Salud.

SEXTO.- Se deroga toda disposición en contrario al presente Decreto.

4.3 COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS POR PARTE DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

Sin duda un salto paradigmático en la forma de la actuación del Estado con respecto al trato de la marihuana lo ha dado la República Oriental del

Uruguay, pues ha partido de una Legislación Penal muy similar a la mexicana para situarse a la vanguardia del control de la marihuana.

Así las cosas, el artículo tercero de la Ley 14.294 sobre estupefacientes dispone:

“Quedan prohibidos la plantación, el cultivo, la cosecha y la comercialización de cualquier planta de la que puedan extraerse estupefacientes u otras sustancias que determinen dependencia física o psíquica, con excepción -según los casos- de los que se realicen con exclusivos fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica.

Las plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Salud Pública y quedarán bajo su control directo.

Toda plantación no autorizada deberá ser inmediatamente destruida con intervención del Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Turno que entienda en la causa”.

Mientras que por su parte el artículo 30 de la Ley citada nos expone las sanciones a que son acreedoras las personas que se encuentran ubicados en las hipótesis de producción, de drogas y que a la letra dice.

“El que, sin autorización legal, produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias, según los casos, capaces de producir dependencia psíquica o física, contenidas en las listas a que refiere el artículo 1º, precursores químicos u otros productos químicos, contenidos en las Tablas 1 y 2 de la presente ley, así como los que determine el Poder Ejecutivo según la facultad contenida en el artículo 15 de la presente ley, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría”.

Cabe señalar que en el artículo 1 de la Ley en estudio se habla de la cannabis en todas sus variantes, mientras que en su artículo 31 se expresa las hipótesis de posesión y distribución:

“ El que, sin autorización legal, importare, exportare, introdujere en tránsito, distribuyere, transportare, tuviere en su poder no para su consumo, fuere depositario, almacenare, poseyere, ofreciere en venta o negociare de cualquier modo, alguna de las materias primas, sustancias, precursores químicos u otros productos químicos mencionados en el artículo anterior será castigado con la misma pena prevista en dicho artículo.

Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal, con arreglo a la convicción moral que se forme el Juez a su respecto, debiendo fundamentar en su fallo las razones que la han formado”.

Podemos entender que pese a que el ordenamiento uruguayo en materia penal respectivo a las drogas es hasta cierto punto más descuidado en tanto a su sistematización en comparación con el mexicano, pese a ello es básicamente el mismo principio prohibicionista impuesto por los Estados Unidos de América, pues la misma Ley 14.294 remite a concepciones morales subjetivas para determinar hasta que gramaje se puede considerar posesión de droga para el uso personal y hasta que gramaje es usado para distribuir, y tan irracional es el tratamiento sobre drogas que la Ley hace suyas como parte integrante de su compendio normativo las listas de sustancias tóxicas que han sido prohibidas y “satanizadas” por organismos internacionales, pues su artículo primero así lo determina.

“Artículo 1º.- Será monopolio del Estado la importación y exportación de las sustancias contenidas en las listas I y II de la Convención Unica de Nueva York de 1961, ratificada por la ley 14.222 de 11 de julio de 1974, así como de las

sustancias contenidas en la lista I del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas realizado en Viena, Austria, en febrero de 1971, y aquellas que conforme a los estudios o dictámenes de la autoridad sanitaria nacional o recomendaciones de Organismos Internacionales, el Poder Ejecutivo resuelva incluir, excluir o trasladar en las mismas.”

Muy acertadamente la Presidencia del Uruguay encabezada por José Mujica se ha dado cuenta del problema, y el 8 de agosto de 2012 plantea un cambio radical de la política de Estado con respecto a la marihuana formulándose un proyecto de ley que abriría la puerta para que el Estado asumiera el total control de la política respectiva de la marihuana y su control, a grandes rasgos el proyecto presentado es bastante simple, pero en su simpleza se ve reflejada la claridad de viejas verdades que todo el mundo ve, pero que se han ignorado, como el hecho de que la guerra contra las drogas está mal planteada y ha fracasado estrepitosamente, pues el problema no puede resolverse por medio de la violencia del Estado.

Así el proyecto del Presidente Mujica señala “debe quedar muy en claro que Uruguay se ha destacado internacionalmente en su lucha contra el consumo de drogas legales e ilegales. Para el caso del tabaco, el Gobierno anterior definió una drástica política aceptada por la población y continuada por este Gobierno. Debido a ello nuestro país enfrenta en estos momentos juicios internacionales multimillonarios por parte de la poderosa empresa tabacalera Phillips Morris. Sin embargo no abatiremos nuestras posiciones al respecto. Importa señalar que no abandonaremos nuestras políticas de combate a las drogas por esas tan previsibles consecuencias. El Poder Ejecutivo seguirá trabajando con todos los medios posibles a su alcance para disminuir y de ser posible erradicar el consumo de drogas legales e ilegales como lo hacemos y haremos en el combate contra toda práctica perjudicial para la salud.

Es en ese marco ineludible, que comenzamos a comprobar y afirmar que, lamentablemente, estamos ante el fracaso estrepitoso de una estrategia internacional (que hemos acompañado regional y nacionalmente) diseñada hace relativamente poco tiempo exclusivamente contra drogas declaradas ilegales que ni son todas ni son las que más daño producen. Que se ha fracasado en esta “Guerra” a las drogas queda evidenciado en cuatro dramáticos aspectos:

Uno: que a pesar de ella, y luego de medio siglo de dura aplicación, el consumo se ha expandido y con él sus pésimas consecuencias. Ha crecido en lugares donde ya se consumía pero además invade lugares donde antes no se consumía.

Por la otra parte, las incautaciones logradas mediante tanto despliegue y tanto gasto son irrisorias en todo el mundo al compararlas con el tamaño de los diversos mercados...

Dos: la humanidad ha despilfarrado colosales sumas de dinero y otros recursos de vasta gama, incluidos los humanos y los de la ciencia, en el camino equivocado de una guerra equivocada. Y lo peor: han sido países pobres lo (sic) que han dilapidado en ello recursos que no tienen, dejando de aplicarlos en actividades que no pueden esperar...

Pero, además de la ya citada, hemos pagado el error con durísimas consecuencias sociales. Entre ellas la inundación de las cárceles (una gran internación compulsiva en masa) y el desborde de los sistemas judiciales como así también la doble moral y la perversión que acompañan forzosamente a todo comercio ilícito. El consumidor es denigrado obligatoriamente al quedar sometido a ese tipo de comercio si quiere acceder a lo que desea: esto, la doble moral y la anomía, no le sale ni le saldrá gratis a ninguna sociedad porque también abre las puertas hacia otras calamidades.

Tres:... Acciones de todo tipo destinadas a la prevención... La comparación de lo que se ha gastado y gasta en represión con lo que se debería gastar en este otro frente, es una de las manifestaciones más crudas del fracaso.

Y Cuatro, (sic) la peor consecuencia de todas: ha dado origen, como previenen los manuales elementales de economía, a una suculenta “reserva de mercado”, monopolio de hecho y de derecho para las actividades criminales. Un mercado obligado a pagar por las drogas precios siderales dejando en manos de cada vez más poderosas mafias, la rentabilidad y la acumulación sin impuesto alguno, que dichos precios generan. Estamos pues, también, ante una clara competencia desleal y subsidiada, incluso de empresas de fachada para el lavado, contra empresas que cumplen la ley.

Cada eslabón de esa larga “cadena productiva” “disfruta” de tales beneficios que, acumulados, hacen prácticamente imposible e ilusorio pretender derrotar a los traficantes con los siempre escasos recursos de los Estados.

En suma: el “remedio” ha resultado mucho peor que la “enfermedad”.²⁹³

Podemos comentar que en nuestro apartado 3.4 en este trabajo de investigación sostenemos que el Estado crea determinados monopolios y en el caso de la marihuana lo ha creado por medio de la prohibición penal, lo cual es justamente lo observado por Mujica, y se necesita una comprensión básica y elemental de la realidad para entender que la utilización del Derecho Penal contra la marihuana sencillamente no sirve más que para causar un daño peor en la sociedad.

²⁹³ Mujica Cordano, José Alberto, *Proyecto de Ley Cm 534*, Presidencia de la República Oriental del Uruguay, agosto de 2012, p.p. 3-5.

El primer paso en este proyecto uruguayo fue transmitir al Estado el total control de la política relacionada con la marihuana, siendo muy claro al señalarlo en el siguiente párrafo.

“Sin perjuicio de lo dispuesto por el Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974 y sus modificaciones, el Estado asumirá el control y la regulación de las actividades de importación, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, comercialización, y distribución de marihuana o sus derivados, en los términos y condiciones que al respecto fije la reglamentación.

Así mismo, el Estado ejercerá toda otra actividad material que resulte necesaria, previa, concomitante o posterior, para la ejecución de las actividades referidas en el inciso anterior, en los términos y condiciones que al respecto fije la reglamentación.

Las actividades referidas en los incisos anteriores, deberán ser realizadas exclusivamente en el marco de una política de reducción de daños que, asimismo, alerte a la población acerca de las consecuencias y efectos perjudiciales del consumo de marihuana, así como a los únicos efectos de una minimización de riesgos y daños de la población potencialmente consumidora, en las condiciones que, a su respecto, fije la reglamentación.”²⁹⁴

La reglamentación de que nos habla el texto ocurrió en 2013, en el que se planteaba un límite establecido de 40 gramos mensuales de marihuana, la posibilidad de crear clubes para consumo, autoproducción y un organismo de Estado dedicado exclusivamente a la regulación administrativa de la producción

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 13.

venta y consumo de marihuana para uso recreativo, medicinal y el gran avance, el uso industrial.

El 4 de julio de 2013, la Comisión de Adicciones de la cámara de diputados aprobó dicha iniciativa, tocando el turno a la Cámara de Diputados que la aprobó el 31 de julio de 2013, haciendo lo propio el parlamento el 10 de diciembre y promulgándose el 24 de diciembre.

El objetivo del nuevo cuerpo normativo uruguayo es proteger la salud de una manera inteligente, es decir, deja de apostar a la criminalización de los usuarios y productores de marihuana, es decir, prevenir e informar y dejar en claro que el Estado ya no desperdiciara sus fuerzas en algo inútil. En consecuencia el artículo uno señala:

“Artículo 1º.- Declárense de interés público las acciones tendientes a proteger, promover y mejorar la salud pública de la población mediante una política orientada a minimizar los riesgos y a reducir los daños del uso del cannabis, que promueva la debida información, educación y prevención, sobre las consecuencias y efectos perjudiciales vinculados a dicho consumo así como el tratamiento, rehabilitación y reinserción social de los usuarios problemáticos de drogas.”

Así el legislador entiende que la utilización del Derecho Penal es presupuesta para la existencia del delito, y debe existir delito para que exista la delincuencia organizada, de modo que si eliminamos el presupuesto de la sanción penal y transferimos la producción y distribución de marihuana al Estado, obtenemos como resultado el debilitamiento total del narcotráfico ilegal; es por eso que su artículo 4 señala

“Artículo 4º.- La presente ley tiene por objeto proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico buscando, mediante la intervención del Estado, atacar las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales y económicas del uso problemático de sustancias psicoactivas, así como reducir la incidencia del narcotráfico y el crimen organizado.”

El gran pilar y piedra angular del nuevo cuerpo normativo del Uruguay hace su aparición en el artículo cinco que ordena modificar el texto de la Ley 14.294 quedando como sigue:

“Artículo 5º.- Sustitúyese (sic) el artículo 3º del Decreto-Ley N° 14.294, de 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por el artículo 1º de la Ley N° 17.016, de 22 de octubre de 1998, por el siguiente:

"ARTÍCULO 3º.- Quedan prohibidos la plantación, el cultivo, la cosecha y la comercialización de cualquier planta de la que puedan extraerse estupefacientes y otras sustancias que determinen dependencia física o psíquica, con las siguientes excepciones:

A) Cuando se realicen con exclusivos fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica. Las plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Salud Pública y quedarán bajo su control directo.

Tratándose específicamente de cannabis, las plantaciones o cultivos deberán ser autorizados previamente por el Instituto de Regulación y Control de Cannabis (IRCCA), y quedarán bajo su control directo, sin perjuicio de los contralores que la legislación vigente otorga a los organismos correspondientes en el ámbito de sus respectivas competencias.

B) La plantación, el cultivo y la cosecha así como la industrialización y expendio de cannabis psicoactivo con otros fines, siempre que se realice en el marco de la legislación vigente y con autorización previa del IRCCA, quedando bajo su control directo. Se entiende por cannabis psicoactivo a las sumidades floridas con o sin fruto de la planta hembra del cannabis, exceptuando las semillas y las hojas separadas del tallo, incluidos sus aceites, extractos, preparaciones de potencial uso farmacéutico, jarabes y similares, cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) natural, sea igual o superior al 1% (uno por ciento) de su volumen.

C) La plantación, el cultivo y la cosecha así como la industrialización y comercialización de cannabis de uso no psicoactivo (cáñamo). Las plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca y quedarán bajo su control directo.

Se entiende por cannabis de uso no psicoactivo (cáñamo) a las plantas o piezas de la planta de los géneros cannabis, las hojas y las puntas floridas, que no contengan más de 1% (uno por ciento) de THC, incluyendo los derivados de tales plantas y piezas de las plantas.

Las semillas de variedades de cáñamo no psicoactivo a utilizar no podrán superar el 0,5% (cero con cinco por ciento) de THC.

D) La plantación, el cultivo, la cosecha, el acopio para fines de investigación así como la industrialización para uso farmacéutico, siempre que se realice en el marco de la legislación vigente y acorde a lo que establezca la reglamentación, debiendo contar con autorización previa del IRCCA quedando bajo su control directo.

E) La plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de plantas de cannabis de efecto psicoactivo destinados para consumo personal o compartido en el hogar. Sin perjuicio de ello se entiende destinados al consumo personal o compartido en el hogar, la plantación, el cultivo y la cosecha domésticos de hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos anuales.

F) La plantación, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis de efecto psicoactivo realizados por clubes de membresía, los que serán controlados por el IRCCA. Dichos clubes deberán ser autorizados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a la legislación vigente, y en la forma y condiciones que establecerá la reglamentación que se dicte al respecto.

Los clubes de membresía deberán tener un mínimo de quince y un máximo de cuarenta y cinco socios. Podrán plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de la recolección de la plantación un máximo de acopio anual proporcional al número de socios y conforme a la cantidad que se estableciere para el uso no medicinal de cannabis psicoactivo.

G) El IRCCA otorgará licencias de expendio de cannabis psicoactivo a las farmacias (de acuerdo con el Decreto-Ley N° 15.703, de 11 de enero de 1985 y sus leyes modificativas) conforme las condiciones establecidas en la legislación vigente y el procedimiento y requisitos que estableciere la reglamentación. El expendio de cannabis psicoactivo para consumo personal requerirá que se acredite en el registro correspondiente según lo establecido en el artículo 8° de la presente ley, conforme a las estipulaciones legales, en tanto el expendio para uso medicinal requerirá receta médica.

El expendio de cannabis psicoactivo para uso no medicinal no podrá superar los 40 gramos mensuales por usuario.

Toda plantación no autorizada deberá ser destruida con intervención del Juez competente. El Poder Ejecutivo reglamentará las disposiciones de los literales precedentes, inclusive los mecanismos de acceso a las semillas, el que siendo destinado a plantaciones de cannabis psicoactivo para consumo personal en el marco de la legislación vigente, se considerará en todos los casos como actividad lícita. Dicha reglamentación es sin perjuicio de los contralores que la legislación vigente establece para toda plantación o cultivo que se realice en territorio nacional, en lo que resultare aplicable. Asimismo, la reglamentación establecerá los estándares de seguridad y las condiciones de uso de las licencias de cultivos para los fines previstos en los literales precedentes.

La marihuana resultante de la cosecha y el cultivo de las plantaciones referidas en los literales B), D) y E) del presente artículo no podrá estar prensada".

Además utilizan en el nuevo trato al cannabis el modelo holandés de la Justicia Restaurativa, es decir, se pretende más proteger al usuario de marihuana que estigmatizarlo por medio de la criminalización, y deja abierta la puerta para no ser tan duros con el principio de legalidad al tratar con personas usuarias de la hierba. Pues en su artículo 7 establece la modificación al artículo 30 de la Ley 14.294.

"ARTÍCULO 30.- El que, sin autorización legal, produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias, según los casos, capaces de producir dependencia psíquica o física, contenidas en las listas a que refiere el artículo 1º, precursores químicos y otros productos químicos, contenidos en las Tablas 1 y 2 de la presente ley, así como los que determine el Poder Ejecutivo según la facultad contenida en el artículo 15 de la presente ley, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría.

Quedará exento de responsabilidad el que produjere marihuana mediante la plantaci3n, el cultivo y la cosecha de plantas de cannabis de efecto psicoactivo en los términos de lo dispuesto en el artículo 3  de la presente ley. El destino a que refiere el literal E) del artículo 3  será valorado, en su caso, por el Juez competente y con arreglo a las reglas de la sana crítica, en caso que se superaren las cantidades all  referidas".

Falta poco para Uruguay en el tema de la marihuana, pues ya se cuenta con el paquete de reformas que replantea la postura de Estado con respecto a los usuarios y productores, se tiene un nuevo organismo encargado de regular la política respectiva y cuenta con apoyo de gran parte de la sociedad, sin embargo, y pese a estar promulgada aún es muy pronto para ver sus efectos, pues, a la fecha en que concluye este trabajo de investigaci3n, las reformas est n en proceso de ser aplicadas, los jueces ya tienen un nuevo criterio y tanto fiscales como el 3rgano jurisdiccional de inmediato comenzaron a aplicarlos, sin embargo el organismo aun no es creado materialmente y por lo tanto no se han expedido licencias de producci3n o consumo de ningún tipo.

Aunque tenemos el ejemplo de Holanda y el de Uruguay es mucho más avanzado que el holandés aún no hay estadísticas ni trabajos de campo que nos permitan observar el impacto en la sociedad ni el desarrollo social, en lo particular es muy buena la propuesta uruguaya, y es muy parecida a la que se elabora en este trabajo de investigaci3n, es decir, la prohibici3n en automático genera criminalidad y delincuencia organizada, por lo tanto permitir la autoproducci3n para fines recreativos terminara siendo un golpe devastador contra el narcotráfico ilegal.

No comparto en gran medida la idea de poner límites a la posesi3n o venta de marihuana, toda vez de que se percibe cierto temor aún por parte del Estado con respecto al uso recreativo de la cannabis, el ponente sugiere terminar con ese miedo de una vez y por todas, pero, es dado reconocer que sin duda es la legislaci3n más avanzada al respecto, es un verdadero salto paradigmático y

tomando en cuenta la presión internacional resulta perfecta para el tiempo y el espacio en que se ubica el Uruguay, posiblemente en el futuro las naciones tomen el ejemplo de este valiente país y posteriormente se terminen con todos los mitos sobre la marihuana y terminen los límites tan rígidos que aún permanecen incluso en la reglamentación de este país sudamericano.

En cuanto a la creación de un organismo especializado en Uruguay comento que resulta perfecto, pero, en el caso de México no me agrada tanto la idea de generar un nuevo organismo de esa naturaleza, debido a que la Secretaría de Salud cuenta ahora mismo con la suficiente burocracia para poder hacer frente a un reto de esa envergadura, además de que en México todas las buenas intenciones legislativas terminan muriendo a manos de una comisión especializada o de organismos autónomos que solo incrementan el tortuismo burocrático que terminan entorpeciendo la aplicación de la norma. En el caso uruguayo aún no hay datos, el organismo solo existe en el papel, y no se puede juzgar su eficacia, pero se merece un voto de confianza.

El fundamento teórico de este trabajo de investigación quedó comprobado en los razonamientos del Presidente Mujica que con la simpleza y elegancia que caracteriza al pueblo uruguayo expresa que la prohibición penal solo ha traído caos, corrupción y muerte, y esto es así de simple porque no necesitamos acreditar una verdad con medios rebuscados cuando esta es evidente. En cuanto a la propuesta que se realiza, son solo elementos de estructura y sistematización los que los hacen diferentes, y esto es claro, la tradición legislativa del Uruguay es diferente a la mexicana, otro orden y otra forma de redactar normas, pero en esencia es lo mismo, solamente que no comparto la idea de los límites tan estrechos que aún permanecen en la normatividad uruguaya, pero tomando en cuenta lo polémico del tema y la presión de sectores conservadores y de la comunidad internacional me parece una muy buena opción, viable, clara y colmada de validez.

De todo lo expuesto podemos extraer las siguientes:

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Ley seca en Estados Unidos de América es origen, y ejemplo de la sanción penal de la marihuana, motivada por el celo religioso y un exacerbado moralismo, que resulta en el ejemplo idóneo sobre los efectos históricos de la prohibición irracional.

SEGUNDA.- El bien jurídico de la Salud Pública resulta demasiado abstracto y su protección se basa en la prevención del peligro abstracto, encuentra sustento en impresiones morales y en la postura teórica del Derecho Penal del enemigo pero al ser de mera prevención se observa irracional en la Teoría del Garantismo Penal.

TERCERA.- La generalización del consumo de marihuana no supone afectaciones graves a la Salud Pública que ameriten la intervención del Derecho Penal en su regulación al estar dentro de un marco metodológico encuadrado por drogas lícitas (alcohol y tabaco) más dañinas; es decir, no se cumple con el principio de *extrema ratio* ni con el de proporcionalidad contenido en el artículo 22 constitucional.

CUARTA.- La política anti-marihuana obedece a un efecto de la política espejo de intereses económicos en Estados Unidos de América, cuya aplicación ha resultado ser más dañina que cualquier posible efecto atribuible a la marihuana.

QUINTA.- Al no cumplirse ninguno de los elementos que implican la racionalidad jurídica, la sanción penal de la marihuana resulta irracional. Confirmándose la hipótesis planteada y arrojando como única solución la regulación administrativa de la producción, venta y consumo de marihuana equiparable al alcohol y al tabaco.

FUENTES CONSULTADAS

- ADAMS, Willi Paul, *Los Estados Unidos de América*, trad, de Máximo Cajal, 28a ed., México, Siglo XXI, 2005, vol. 30.
- AGGARWAL, Sunil K. et. al. *Medicinal use of cannabis in the United States: Historical perspectives, current trenes, and future directions*, en *Journal of Opioid Management*, May-June, Estados Unidos, 2009.
- AGUILAR V., Rubén, et. al., *El narco, la guerra fallida*, Punto de Lectura, México, 2009.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *México, nuevos informes de violaciones de Derechos Humanos a manos del ejército*, España, Amnistía Internacional-EDAI, 2009.
- ARANDA, Jesús, *El gobierno preparado para una respuesta violenta del narco*, La Jornada, 22 de Enero de 2006, México, año 23, número 8034.
- ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, España, 1997.
- BARCENAS Villanueva, Manuel, et. al., Artículo 22 constitucional, mesa 5, 29 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- BULYGIN, Eugenio, *teoría y técnica de la legislación*, Revista mexicana de estudios parlamentarios, México, primera época, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre, 1991.
- CALDERÓN, Felipe, *Guerra contra el narco*, en *retoricas.com*, diario *online*, consultado 29, julio, 2013. visible en <http://www.retoricas.com/2010/10/discurso-felipe-calderon-guerra-narco.html>.
- CAÑAS Fernández, José Luís, *Antropología de las adicciones, psicoterapia y rehumanización*, España, Dickinson. 2004.
- CASILLAS, Daniel, *Reconoce gobierno 47 mil 515 muertes ligadas al narco*, Animal Político, Enero 11 de 2011, (en línea consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://www.animalpolitico.com/2012/01/crecen-11-homicidios-relacionados-con-el-narco-pgr/>
- CASTELL, Manuel, *La conexión perversa: La economía criminal global*, en *La*

- era de la información*, economía y cultura, España, Fin de milenio, 2002.
- CASTILLO García, Gustavo, et al., *Balacera entre narcos y policías en Acapulco*, La Jornada, 28 de enero de 2006, México, año 22, número 7696.
- , et. al., *Acapulco bajo sitio militar y policiaco*, La Jornada, 29 de Enero de 2006, México, año 22, número 7697.
- , *Despliega el gobierno operativo contra el narcotráfico en Sinaloa*, La Jornada, 5 de Enero de 2007, México, año 23, número 8035.
- , et al., *Carteles mexicanos obtienen 13 mil 800 m.d.d. por ventas de drogas en E.U.*, La Jornada, 20 de febrero de 2006, México, año 22, número 7719.
- CATALÁN, Ignacio, *Abandonan 14 cuerpos en carretera de Veracruz*, El Universal, 13 de junio de 2012, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/estados/86306.html>
- CÍRIGO Vásquez, Víctor Hugo, *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Reforman y Adicionan Los Artículos 3º, 4º, 13, 17, 192, 198, 199, 237, 245, El Título del Capítulo XI del Título Duodécimo Y Sus Artículos correspondientes; así como los Artículos 289, 308 BIS, 421 Y 464, todos de la Ley General de Salud*, México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, 2008.
- CDJUAREZNOTICIAS, *Interrogan y ejecutan a mujer extorcionadora en cd (sic) Juárez*. (En línea consultado el 19 de octubre de 2011) disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=FysFETYBwoU&feature=related>
- COBIAN R., Felipe, *Vocación represora*, Proceso, número 1570, 3 de diciembre de 2006.
- CORREA de Carvalho, José Teodoro, *Tráfico de drogas, prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, España, Juruá editora, 2009.
- COMISIONES unidas de puntos constitucionales; justicia; de gobernacion (sic); de seguridad publica (sic) y de estudios legislativos, Proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitucion (sic) politica (sic) de los Estados Unidos Mexicanos, en Martínez Monroy, Raquel (edit.), Cuaderno de apoyo. Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública. (proceso legislativo), México, Congreso de la Unión, 2008.
- CONTI, Diana Beatriz, *régimen contra el narcotráfico - ley 23737 –*

- incorporación del artículo 29 quater, sobre despenalización del consumo de la marihuana para uso terapéutico*, expediente 0083-D-2012, Comisiones de Legislación Penal y Acción Social y Salud Pública, Cámara de Diputados, Argentina, 2012.
- COURTWRIGHT, David T., *Las drogas y la formación del mundo moderno*, trad. de Maria Pino Moreno, España, Paidós, 2002.
- BROOKS, David, *Se consume en el Senado de E. U. la legalización de la tortura*, La Jornada, 29 de septiembre de 2006, México, año 22, número 7939.
- DARRELL E. Issa, *et al. The Department of Justice's Operation Fast and Furious: Fueling Cartel Violence, 112th Congress of United States, United States of America*, 2011.
- DÍAZ de León D'Herz, Elvia Rosa, *et. al.*, Artículo 22 constitucional, mesa 2, 29 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- DÍEZ Ripollés, Jose Lúis, *presupuestos de un modelo racional de legislación penal*" España, Doxa, 2001, cuadernos de filosofía, num. 24.
- EFE, *Cifra de muertos en contra del narco (sic) en México es de 150 mil: EU*, Excelsior, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&seccion=dinero&cat=21&id_nota=821885
- EJECUTORIA: LXVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Pleno, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 1, Pag. 313.
- EL FARO, Marzo 28 de 1909.
- EL UNIVERSAL, 1 de enero de 1920, año V, Tomo XIV.
- , 2 de enero de 1920, año V, Tomo XIV.
- , 6 de enero de 1920, año V, Tomo XIV.
- , año XIII, Tomo 1, 7 de enero de 1929
- , año XIII, Tomo 1, 9 de diciembre de 1929.
- EMBAJADA DE MÉXICO, *Cable Que relata la Ayuda Que México necesita de EE UU (sic)*, el país, 2 de diciembre de 2010, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/internacional/Cable/relata/ayuda/Mexico/necesita/EE/UU/elpepuint/20101202elpepuint_38/Tes

-----, *Cable Sobre La Ayuda de EE UU en la lucha contra el narcotráfico*, El País, 2 de diciembre de 2010, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en:

http://www.elpais.com/articulo/internacional/Cable/ayuda/EE/UU/lucha/narcotrafico/elpepuint/20101202elpepuint_41/Tes

ESCOBAR Ángeles, Enrique, *et. al.*, Artículo 22 constitucional, mesa 6, 29 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

ESCOHOTADO, Antonio, *Historia de las drogas*, 7a ed., España, Alianza editorial, 1998, vol. 2

-----, *Aprendiendo de drogas, uso y abusos, prejuicios y desafíos*, 12a ed., España, Anagrama, 2005, compactos anagrama

-----, *Historia elemental de las drogas*, 2ª ed., España, Anagrama, 2003, compactos anagrama.

FERNÁNDEZ, Jose R, *et. Al.*, *Rimbonabant sanofi-synthélabo*, University of Alabama, Estados Unidos, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal, et. al.*, 6ta ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, España, Trotta, 2004.

FRIEDMAN, Thomas, *The lexus and the olive tree*, Estados Unidos de América, Anchor Books, 2000.

FLORES, Sandra, *Narco pactos con Washington*, proceso número 1571, 10 de diciembre de 2006.

FRONTALINI Rekers, Romina, "Populismo y Castigo Penal", *Revista de pensamiento penal*, Argentina, publicación quincenal, julio de 2013.

GARCÍA Ramírez Efraín, *Las drogas, análisis jurídico del delito contra la salud*, 5a ed., México, Sista, 2006

GARCÍA Ramírez, Sergio, *Delincuencia organizada*, 4ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2005.

GOBIERNO Federal, *Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Guía de consulta*, México, 2008.

GOFREE, José Pablo, *Holanda deberá indemnizar a los "coffee-shops" por*

- perdidas*, España, ABC-Internacional, 7 de agosto de 2013.
- GONZALEZ Amador, Roberto, *Sextuplico México importación de armamento los pasados 10 años*, La jornada, 30 de abril de 2006, México, año 22, número 7788.
- GONZÁLES Garza, Javier, et. al., Iniciativa de reforma al artículo 22 constitucional, en Martínez Monroy, Raquel (edit.), Cuaderno de apoyo. Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública. (proceso legislativo), México, Congreso de la Unión, 2008.
- GONZÁLEZ-PEREZ GJ, Vega-López MG, Cabrera-Pivaral CE. Impacto de la violencia homicida en la esperanza de vida masculina de México. Rev panam. Salud Pública. 2012; 32 (5):335-42.
- GONZÁLES-SALAS, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, México, Oxford University press, 2001.
- GRANADOS Chapa, Miguel Ángel, *Puño derecho, el gabinete de calderón*, Proceso, número 1570, 3 de diciembre de 2006.
- GREIFF, Gustavo de, *La creación legislativa de delitos*, en Greiff , Pablo de, et. al. (comp.), *Moralidad, legalidad y drogas*, México, Fondo de cultura económica, 2002.
- GUDIÑO Pelayo, José de Jesús, Amparo en revisión 576/2010, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, Página 430.
- GUITRON Fuente Villa, Julián, *El derecho familiar, la familia y la legalización de las drogas*, en Eduardo López Betancourt (coord.) Memorial del simposio internacional Argentina- España- México drogas ¿legalización?, México, UNAM, 2010.
- GUTIÉRREZ Sáenz, Raúl, *Introducción a la ética*, 4ta. ed., México, Esfinge, 2002.
- HANES, Sharon y Hanes Richard C., *Great depression and New deal*, U.X.L. Thomson Gale, United States of America, 2003.
- HANSON, Glen R, et. Al., *Drugggs and society*; 7a ed. Estados Unidos, Jones and Darlett Publishers, 2002.
- HERNÁNDEZ Valencia, Javier (coord.), Oficina del Alto Comisionado de la ONU para Derechos Humanos, Informe de misión a México, México, ONU, 2012.
- HERRERA, *Carta enviada al presidente*, Archivo General de la Nación, Fondo

- Obregón-Calles, vol. 56, exp. 121-h-m-56, años 1921-1928, 24 de mayo de 1927, p. p. 173-175.
- HERRERA Beltrán, Claudia, *El gobierno se declara en guerra contra el hampa*; inicia acciones en Michoacán, La Jornada, 12 de diciembre de 2006, México, año 22, número 7939.
- , *Ofrece Calderón ganar la guerra al crimen organizado*, La Jornada, 23 de enero de 2007, México, año 23, número 8053.
- HIGA Alquicira, Daniel, *El cartel de la familia michoacana está dispuesto a desaparecer*, Política y sociedad by suite 101, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://suite101.net/article/el-cartel-de-la-familia-michoacana-dispuesta-a-desaparecer-a29931>.
- HITLER, Adolfo, *Mi Lucha*, trad. Alberto Saldivar, Chile, E-pub, 2008.
- HOLLANDER, Kurt, *Batalla en el desierto, la lucha entre la plata y el peyote*, en letras libres, febrero, 2012.
- HUMAN RIGHT WATCH, *Informe Mundial de Derechos Humanos*, México, HRW, 2012.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, et al., *Encuesta Nacional de Adicciones 2002*, INEGI, México, 2002.
- JAKOBS Günther, *Derecho Penal del enemigo*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas ediciones, 2003.
- , *sociedad, norma y persona en teoría de un Derecho Penal funcional*, trad. Manuel Cancio Melia et. al., Colombia, Universidad de Colombia, 1996, Cuadernos de conferencias y artículos, num 13.
- , *Estudios de Derecho Penal*, España, UAM ediciones, 1997.
- JEFE del Departamento de Salubridad, *Oficio dirigido al presidente de la república*, Archivo General de la Nación, Fondo Obregón-Calles, vol. 51, exp. 121-A-T-121-D2-V, años 1921-1928, 27 de noviembre de 1922.
- JORDÁN, Joaquín, *Apoptosis: muerte celular programada*, Offarm, Universidad de Castilla la Mancha, Junio 2003, vol. 22, num. 6.
- KRAMER, Heinriche, *Malleus Maleficarum el martillo de las brujas*, trad. Floreal Maza, Argentina, Orión, 1975.
- LÓPEZ Betancourt, Eduardo, *Drogas su legalización*, México, Porrúa, 2009.
- LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate et al., Universidad Iberoamericana, México, 2006.

- , *Poder*, trad. Luz Mónica Talbot *et. al.*, Universidad Iberoamericana – Anthropos, España, 1995.
- MACEDO, Miguel S., *Exposición de motivos*, en leyes penales mexicanas, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, vol II
- , *Exposición de motivos*, en leyes penales mexicanas, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, vol. III.
- MARTÍNEZ Consuegra, Estela, *El concepto de riesgo en la agenda penal mexicana: El sexenio de Felipe Calderón*, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, vol. 8, número 15, Julio-Diciembre 2012, UNAM.
- MORRISON, Samuel, Eliot, et al., trad. den Duran D'Olon, et al., *Breve historia de los Estados Unidos*, 3a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
- MUJICA Cordano, José Alberto, *Proyecto de Ley Cm 534*, Presidencia de la República Oriental del Uruguay, agosto de 2012.
- MUÑOS Conde, Francisco, *El derecho Penal del Enemigo*, Conferencias Magistrales, México, INACIPE, 2003.
- MUSTO, David F., *Pautas en el abuso de drogas y la respuesta de Estados Unidos* en Smith, Peter H. comp., *El combate a las drogas en América*, trad. De Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- NOTICIASMEXICO.COM, *Video mata zetas comunicado sobre Veracruz*, (en línea, consultado el 19 de octubre de 2011), disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=qTzYrjDqrHQ>
- OFICIAL Mayor de la Secretaria de Salud, *oficio dirigido al secretario particular del presidente*, Archivo General de la Nación, Fondo Obregón-Calles, vol. 51, exp. 121-a-t-121-d2-V, años 1921-1928, 12 de junio de 1923.
- OLIVARES Alonso, Emir, *Acusa Soberanes a PGR de alcahuetear actos de tortura*, La Jornada, 25 de agosto de 2006, México, año 22, n. 7904.
- OSORIO y Nieto, Cesar Augusto, *Delitos contra la salud*, 2ª ed., México, Porrúa, 2002
- OSORIO, J. A., *Temperancia: las víctimas del alcohol*, el abogado Cristiano ilustrado, septiembre, 1912.
- PADILLA Sanabria, Lizbeth Xochitl, *Los sistemas Ideológicos, Económicos*,

- Políticos y Jurídicos en el sistema capitalista-neoliberal y la necesidad de su redeterminación*, Tesis de grado de Doctorado, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, 2012.
- PEDREIRA González, Félix Maria, *Delitos de trafico de drogas y principios de Derecho Penal*” en Eduardo López Betancourt, *drogas: ¿legalización?*, Memorial del Simposio Internacional Argentina-España-México, México, UNAM-Facultad de Derecho, 2010.
- PLETCHER Marck J., *Association Between Marijuana Exposure and Pulmonary Function Over 20 Years*, *The journal of American medical Association*. Vol. 307, n. 2., enero 11, 2012.
- POLANCO Braga, Elías, *Lecciones del Nuevo Procedimiento Penal Mexicano: Oral, acusatorio y Adversarial*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad de Estudios Superiores “Aragón”, 2013.
- RAMOS, José Maria, *Las políticas antidrogas y comercial de Estados Unidos en la frontera con México*, México, Colegio de la frontera norte, 1995.
- RAWLS, Jhon, *Teoría de la justicia*, 2a edición, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- RESA Nestares, Carlos, *Saldos del sexenio*, Proceso 1570, 03 de diciembre de 2006.
- REYES Echandia, Alfonso, *Tipicidad*, Colombia, Themis, 1989.
- RIVERA Llano, Abelardo, *Derecho penal posmoderno*, Colombia, Temis, 2005.
- RIVERO Ortiz de Alcántara, Irma, *et. al.*, Artículo 22 constitucional, mesa 6, 29 de abril de 2008. en Dirección general de la coordinación de compilación y sistematización de tesis, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- RODRÍGUEZ Carranza, Rodolfo, *Farmacología de la marihuana*, en Coloquio sobre adicciones bases farmacológicas del consumo de la marihuana y su impacto en la protección de los Derechos Humanos, 24 de enero de 2013, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 10:45 hrs.
- ROSENZWEIG, Mark R., *e.t al.*, *Psicología fisiológica*, 2a ed., trad. De Montserrat Pérez Paines et. al., México, Mc Graw-Hill, 1995.
- SANTOS Campos, Gonzalo, *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*, serie roja y Cámara de Diputados, México, 2000.
- SAVATER, Fernando, en Neuman, Elías, *Legalización de las drogas*, 3ª. ed.,

- Argentina, Universidad Argentina, 2005.
- SECRETARÍA DE LA DEFENSA NACIONAL, *Situación de Quejas y Recomendaciones*, México, SEDENA, 2013.
- SECRETARIO DE SALUD, *oficio dirigido al secretario particular del presidente*, Archivo General de la Nación, fondo Obregón-Calles, vol. 51, exp. 121-d2-V, años de 1921-1928, 12 de agosto de 1922.
- SOLÓRZANO Niño, Roberto, *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*, 6a ed., Colombia, Temis, 2009.
- STORS, K. Larry, *et. al.*, *CRS Report for Congress, Mexico's Counter-Narcotics Efforts under Fox, December 2000 to October 2004*, *The Library of Congress*, Estados Unidos de América, 2004.
- SUÁREZ-MIRA Rodríguez, Carlos (coord.) *et. al.*, *Manual de derecho penal, parte especial*, 3a ed., España, 2005, t. II, p. 435 citado por Correa de Carvalho, José Teodoro, *Tráfico de drogas, prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, España, Juruá editora, 2009.
- SUBIRATS, Josep, *La ley seca en Norte América 1920-1933*, (en línea) (consulta 11, octubre, 2012), Mundo Historia Magazine, disponible en http://www.mundohistoria.org/blog/articulos_web/la-ley-seca-norteamerica-1920-1933.
- SUE, David, *et.al.*, *Comportamiento anormal*, 4a ed., trad. De Jorge Alberto Velásquez Arellano, México, Mc Graw-Hill, 1995.
- TELLO, Francisco Javier, *Medicina forense*, Harla, México, 1991.
- TESIS: P. LXX/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, Enero de 2011
- TESIS: P. VI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo I, Pag. 364.
- TESIS: P. VII/2010, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, Febrero de 2010, Pág. 19.
- TESIS: 1a./J. 74/2010 , 1ª Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, Febrero de 2011; Pág. 368
- TORIBIO, Laura, *Homicidios tiran esperanza de vida en México*, Excélsior, 4 de agosto de 2013, México.
- TREVERTON, Gregory F., *Los narcóticos en la relación de México y Estados Unidos*, en Roett, Riordan comp., México y Estados Unidos, México,

Siglo XXI, 1989.

UNIVISION COMMUNICATIONS INC, *El encargado de degollar, Cayo el "ponchis" niño sicario de 14 años*, *Univisión Noticias*, (en línea consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en:

<http://noticias.univision.com/narcotrafico/noticias/article/2010-12-03/cayo-el-nino-sicario-de#axzz29JPCdEc>

VAN KALMTHOUT, A. M., *Aspectos de la Política Holandesa en Materia de Drogas*, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, Eguizkilore, México, número 2, octubre 1988.

VARGAS, Eduardo, *Medicina forense y deontología médica*, Trillas, México.

VÁZQUEZ Montalbán, Manuel, *Imágenes y recuerdos, siglo XX, 1920-1930, La Rebelión de las masas*, 7a. ed., España, Difusora Internacional. 1969.

VERGARA, Rosalía, de *"Maquilla" gobierno de Calderón cifra de muertos por guerra antinarco: PRD*, 12 de enero de 2012, *Proceso*, (en línea consultado el 19 de octubre de 2012) disponible en <http://www.proceso.com.mx/?p=294667>

WALLERSTEIN, Immanuel, *El universalismo europeo. El discurso del poder*, México, siglo XXI, 2007.

WEIL, Andrew y Rosen, Winifred, *Del café a la morfina*, trad. de Francisco Gonzáles Aguilar, España, punto de lectura, 2002

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Preamble to the Constitution of the World Health Organization. Official Records of the World Health Organization* No. 2, 1946.

ZAFFARONI, Eugenio R. (coord.), *Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina, informe final*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Ediciones de palma, Argentina, 1986.

ZAMBRANO, Alfonso, *El populismo punitivo, jornadas juzgados del pueblo*, España, Pontavedra, 2007.

ZÚÑIGA Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal, contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, España, 2009.