

---

---

## Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila de Zaragoza

---

VOTO DISIDENTE que formula el magistrado LUIS EFRÉN RÍOS VEGA dentro del Recurso de Apelación 42/2021-T

---

Posesión simple de narcóticos | Suplencia de la deficiencia de la queja | Prueba idónea | Uso lúdico de la marihuana | Derecho a la libre determinación de la personalidad | Justicia terapéutica

---

Con base en el artículo 9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza<sup>1</sup>, razono mi «posición disidente» del fallo de la mayoría de esta Sala Colegiada Penal, a partir del siguiente:

### CONTENIDO

|  | <i>Párrafos</i> | <i>Página</i> |
|--|-----------------|---------------|
| I. LA CUESTIÓN DE LA OPINIÓN PARTICULAR .....          | 1               | 3             |
| II. HECHOS .....                                       | 2-3             | 3             |
| III. PRUEBA LÍCITA E IDÓNEA .....                      | 4-12            | 4             |
| IV. ¿ES DELITO POSEER 70.50 GRAMOS DE MARIJUANA? ..... | 13-15           | 5             |
| 1. Libertad cannabis .....                             | 16-21           | 6             |
| 2. Constitucionalidad de la conducta .....             | 22-33           | 7             |
| V. JUSTICIA TERAPÉUTICA .....                          | 34-38           | 9             |

---

<sup>1</sup> En adelante Ley OPJECZ.

|  |
|--|
| <b>TABLA DEL VOTO PARTICULAR</b><br><b>TOCA PENAL 44/2021-T</b>  |
| <b>SENTENCIADO</b><br>R.U.R. M   |
| <b>ACTO IMPUGNADO</b><br>Sentencia condenatoria de fecha 5 de agosto de 2016, dictada por el Magistrado del Cuarto Tribunal Distrital, con residencia en la ciudad de Piedras Negras, Coahuila.  |
| <b>DATOS DEL CASO</b><br>Causa Penal: 69/2016<br>Delito: Posesión simple de narcóticos   |
| <b>CUESTIÓN PRINCIPAL</b><br>¿Es constitucional sancionar penalmente a una persona por poseer marihuana para su consumo personal, lúdico o recreativo?   |
| <b>RESUMEN</b><br>1. El sentenciado fue condenado por el delito de posesión simple de narcóticos. Se le impuso una pena de 10 meses de prisión y 15 unidades de medida y actualización como pena pecuniaria. Se le concedió el beneficio de condena condicional, en su modalidad de multa sustitutiva. Se le suspendieron sus derechos políticos durante el tiempo de la sanción privativa de la libertad. El Ministerio Público, inconforme con el fallo de primer grado, promovió recurso de apelación.<br>2. En segunda instancia, por mayoría, se modificó la sentencia únicamente con el efecto de suspender los derechos políticos del sentenciado solo en el caso de que se determine ejecutar la pena de prisión impuesta. |
| <b>TEMAS CLAVES</b><br>Posesión simple de narcóticos   Suplencia de la deficiencia de la queja   Prueba idónea   Uso lúdico de la marihuana   Derecho a la libre determinación de la personalidad   Justicia terapéutica   |

## I. LA CUESTIÓN DE LA OPINIÓN PARTICULAR

1. Con absoluto respeto a la mayoría, expreso los motivos de mi disidencia pues, a mi juicio, la Sala Penal debió, en suplencia de la queja<sup>2</sup> a favor del sentenciado, declarar la

<sup>2</sup> Véase artículo 523 del Código de Procedimientos Penales.

inconfiguración típica de la conducta, por tratarse de la constitucionalidad de una conducta, como lo es la mera posesión de marihuana para uso personal, sin fines de comercio indebido u otro contexto de delincuencia que ponga en riesgo grave a un bien jurídico penalmente relevante, de acuerdo con las consideraciones siguientes:

- a) la prueba no es lícita ni suficiente. El Ministerio Público no presentó la prueba pericial idónea para acreditar que la planta asegurada reúna las características que la ley establece para su configuración ilícita; pero, además, la detención infraganti, sin sospecha razonable, genera dudas razonables de la veracidad en la posesión de la marihuana;
- b) sancionar penalmente la mera conducta de poseer (incluso cannabis prohibido sin fines de comercio), resulta inconstitucional, por criterio reiterado de la SCJN, con base en el respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad;
- c) en todo caso, los jueces penales debemos optar por modelos de justicia alternativa para gestionar un mejor modelo de justicia penal en función del valor de los bienes jurídicos a proteger.

## II. HECHOS

2. El hecho materia de acusación que señaló en juicio la fiscalía consiste en que el sentenciado el 7 de febrero de 2016, fue detenido por la Policía Investigadora del Estado, tras una revisión corporal fue sorprendido en posesión de 70.50 gramos de marihuana, lo que equivale, según las reglas de la experiencia, a no más de 100 cigarros de marihuana.

3. Esta detención, al margen de su ilicitud porque no existe ninguna sospecha razonable que justifique la privación de su libertad (solo se detuvo a una persona en la calle, sin ninguna conducta sospechosa: vender marihuana a otras personas, por ejemplo), constituye una intromisión arbitraria de la libertad porque la conducta de poseer marihuana, en sí misma, no es un delito, porque no está probado, porque no se puede criminalizar la mera posesión de la marihuana y porque, finalmente, los jueces podemos optar por el principio de mínima intervención, a fin de aplicar un tratamiento médico a una persona farmacodependiente, si se estima necesario por razones de salud pública.

### III. PRUEBA LÍCITA E IDÓNEA

4. Para dictar una sentencia de condena, es necesario que se compruebe el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado<sup>3</sup>, pues toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba lícita y suficiente del delito<sup>4</sup>, pero además esa prueba tiene que ser lícita e idónea; es decir, la prueba debe ser la que resulte 1) obtenida lícitamente, sin violación a los derechos humanos ni a las formalidades esenciales; y 2) la necesaria y adecuada, con rigor científico, para demostrar la verdad del hecho a probar.

5. En primer lugar, los hechos de la detención hacen dudar sobre la veracidad de la posesión de la marihuana. En efecto, si a una persona se le detiene en flagrante delito de posesión simple de marihuana, sin sospecha razonable, este Tribunal Penal, como instancia revisora, no puede más que dudar en la licitud de la prueba: si se detiene a alguien en forma ilegal, ese actuar indebido de la autoridad contamina los hallazgos de la posesión si al final de cuentas no existe sospecha razonable como lo ha señalado la jurisprudencia de la SCJN.

6. En efecto, la policía tiene facultades de realizar labores de prevención y vigilancia en la vía pública de una comunidad. Pero no tiene facultades para perseguir a personas que, al tener aparentemente contacto visual con ellas, se den a la fuga: el que corre en la calle pública, en sentido estricto, no es ningún fugado de la justicia, salvo que la policía tenga datos de una sospecha razonable de un delito. Pero si, además, la policía detiene, sin sospecha razonable, a cuanta persona que corre por la calle y le encuentran presuntamente marihuana, a mi juicio, la prueba de la posesión es de dudosa legalidad, porque no está basada en un actuar lícito de detención, lo que se encuentre en posesión está contaminado y, por ende, los jueces penales debemos fijar un precedente judicial para evitar la arbitrariedad de las autoridades que, a partir de una forma detención ilícita, llega a condenar a personas sin el debido juicio.

---

<sup>3</sup> Véase artículo 487 del Código de Procedimientos Penales.

<sup>4</sup> Véase artículo 323 del Código de Procedimientos Penales

7. Este tipo de delito, asimismo, para que se pueda acreditar la comisión del tipo penal de posesión de narcóticos, dada la complejidad que la ley de salud reconoce en la configuración de las sustancias prohibidas, se requiere por las características propias del cannabis (que contiene más de 500 compuestos químicos diferentes), una prueba técnica e idónea para determinar que el hallazgo se trata de un estupefaciente prohibido.

8. En el caso concreto, la prueba, además de ilícita, no es suficiente. El Ministerio Público no presentó la prueba pericial idónea para acreditar que la planta asegurada reúna las características que la ley establece para su configuración ilícita.

9. En efecto, existen diferentes tipos de cannabis, de conformidad con la Ley General de Salud, a saber: Cannabis Sativa, Indica o Marihuana<sup>5</sup>. En forma técnica, no es suficiente un mero análisis o inspección de cannabinoides para determinar si se trata de un narcótico ilegal o un cannabinoide legal (como el cáñamo).

10. Es necesario, por tanto, un análisis químico, debidamente fundado y motivado, que cumpla con los requisitos de validez impuestos por la norma, en el que se apliquen todas las operaciones y experimentos que la ciencia exige, para determinar los riesgos a la salud pública, según las propiedades de la planta.

11. Porque la mera posesión de mariguana, sin considerar el contenido de THC (tetrahidrocanabinol, compuesto químico psicoactivo predominante en el cannabis), implicaría sancionar por igual cualquier objeto del delito (la planta) que, por su naturaleza, tiene diferentes propiedades, características y riesgos para la salud pública, según la peligrosidad del narcótico.

12. Luego para poder determinar si la planta en posesión se trata de un estupefaciente o psicotrópico ilegal, es indispensable una pericial química que describa las características del cannabis prohibido.

#### **IV. ¿ES DELITO POSEER 70.50 GRAMOS DE MARIGUANA?**

13. En segundo lugar, no estoy de acuerdo con el proyecto porque, al margen de la prueba ilícita e insuficiente, considero que se debe interpretar constitucionalmente el tipo penal para

---

<sup>5</sup> Véase artículo 479 de la Ley General de Salud.

determinar si resulta penalmente relevante la mera conducta de poseer (incluso cannabis prohibido), sin fines ilícitos de comercio u otro contexto de riesgo de delincuencia.

14. En diverso voto particular sostuve que no es constitucional que el uso de la mariguana pueda justificar una prohibición absoluta para obtener la libertad condicional, sin tener en cuenta los escrutinios de proporcionalidad que la SCJN ha realizado para ejercer la libertad de fumar marihuana con fines lúdicos o recreativos. En todo caso, se debe aplicar el test de proporcionalidad a cada caso concreto en particular, para solo limitar la libertad preparatoria cuando el sujeto abusa de ciertas bebidas, estupefacientes o sustancias análogas que generen un riesgo real y grave de propensión de delinquir o de afectar a la víctima o grupos vulnerables<sup>6</sup>.

15. A mi juicio, si no se acredita que la posesión de un narcótico prohibido es para fines de venta o se comercializa, no se puede configurar una conducta que puede ser un delito por la mera conducta de poseer la marihuana, pues de lo contrario, se estaría castigando el ejercicio de ciertas libertades lúdicas o recreativas que la SCJN ha reconocido como una libertad fundamental que no debe limitarse arbitrariamente ni en forma automática ni categórica, conforme a su doctrina de proporcionalidad.

## **1. Libertad Cannabis**

16. La SCJN desde 2019 generó un precedente del uso del cannabis que impacta en la configuración de las conductas ilícitas de los delitos de narcomenudeo.

17. En la jurisprudencia federal, se reconoce el derecho fundamental de las personas a emplear, para fines lúdicos, la mariguana, con base en el respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica que las personas mayores de edad decidan, sin interferencia arbitraria, qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar. De esta manera, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de la autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución General<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Véase voto particular formulado dentro del Recurso de Apelación 28/2020-E.

<sup>7</sup> Véase DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LA PROHIBICIÓN PARA EL AUTOCONSUMO DE MARIHUANA CONTENIDA EN LA LEY GENERAL DE SALUD INCIDE

18. Sobre las prohibiciones absolutas al consumo lúdico o recreativo de la marihuana previstas en la Ley General de Salud, la Corte señaló que son inconstitucionales, toda vez que provocan una afectación innecesaria y desproporcionada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la SCJN destaca que la medida no es necesaria debido a que existen medios alternativos que son igualmente idóneos para proteger la salud y el orden público, pero que afectan en menor grado al derecho fundamental en cuestión<sup>8</sup>.

19. Asimismo, señaló que la medida no es proporcional para proteger la salud y el orden público porque la ley ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza<sup>9</sup>.

20. Derivado de esa línea jurisprudencial fijada por la Primera Sala de la SCJN en diversos amparos indirectos en revisión, en fecha 15 de julio del 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Federación una declaratoria general de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Pleno de la SCJN, en la que declaró la inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones administrativas previsto en diversas porciones de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud, que prohibía absolutamente a la Secretaría de Salud emitir autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de cannabis y tetrahidrocannabinol (THC) con fines recreativos, por considerarlo violatorio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad reconocido por el artículo 1 de la Constitución General.

21. Luego la libertad cannabis es, en principio, un derecho de las personas que no puede prohibirse como un delito, salvo que existan conductas de daño o riesgo grave que exijan la tutela penal de bienes jurídicos: por ejemplo, se puede establecer

---

PRIMA FACIE EN EL CONTENIDO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL. (Primera Sala de la SCJN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, pág. 489).

<sup>8</sup> Véase INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD. (Primera Sala de la SCJN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, pág. 493).

<sup>9</sup> Véase PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO. (Primera Sala de la SCJN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, pág. 495).

en la ley penal, por el daño que produce, que una pena de un delito (daños, lesiones, homicidio, etc.) se puede agravar a una persona por estar bajo el influjo voluntario de la mariguana.

## 2. Constitucionalidad de la conducta

22. La Ley General de Salud establece que las personas, para su uso personal e inmediato, tienen derecho a poseer hasta 5 gramos de mariguana con la autorización debida<sup>10</sup>. Si alguien excede de dicha cantidad, incurre en el delito de posesión simple de narcóticos que se sanciona desde diez meses hasta con tres años de prisión y multa<sup>11</sup>.

23. A partir del criterio de la SCJN, considero que lo procedente en el caso en cuestión, en suplencia de la deficiencia de la queja a favor del sentenciado, procede declarar la inconfiguración típica de la conducta, pues a mi juicio la posesión de más de 5 gramos de marihuana no es, por sí misma, penalmente relevante porque no daña o pone en riesgo grave un bien jurídico, el ejercicio de una libertad fundamental: poseer marihuana para fines personales, aunque no sea inmediatos.

24. En el caso concreto se le encontraron al sentenciado 70.50 gramos de marihuana, lo que de acuerdo con las máximas de la experiencia, equivale a no más de 100 cigarros, es decir, cinco cajetillas de lo que pudiera ser una caja comercial de tabaco.

25. El proyecto de la mayoría, incluso, refiere que no se acreditó con prueba alguna que el sentenciado perteneciera a la delincuencia organizada, ni tampoco quedó acreditado que la posesión tuviera fines de venta.

26. Para que una conducta de posesión de más de 5 gramos de marihuana pudiera ser penalmente relevante por el principio de daño, tiene que demostrarse, a mi juicio, los fines de venta o comercialización ilícita; de lo contrario, se estaría coartando una libertad personal de poseer marihuana para fines personales.

27. En tal sentido, se entiende razonablemente que en el caso concreto la posesión de la marihuana tenía fines de consumo lúdico o recreativo personal, por tanto, el tipo penal no puede prohibir el ejercicio de una libertad plenamente reconocida por la

---

<sup>10</sup> Véase artículo 479 de la Ley General de Salud.

<sup>11</sup> Véase artículo 477 de la Ley General de Salud.

SCJN y, por tanto, se debe interpretar que una conducta así no debe considerarse como típica.

28. En todo caso, el sobrepasar el límite legal establecido de 5 gramos y la falta de autorización, podría configurar una sanción administrativa, pero no penal.

29. La criminalización de poseer marihuana, sin otros fines más que los personales, resulta arbitrario, porque se trata del ejercicio de una libertad por el libre desarrollo a la personalidad que no daña o pone en riesgo a los demás.

30. La Constitución, en efecto, establece que solo debe castigarse por la ley penal las conductas que afectan bienes jurídicos en forma proporcional.

31. Las personas que poseen marihuana, sin fines de comercio, pueden afectarse a sí mismas. El consumir esta droga puede producir riesgos para la salud personal, como lo puede ser un cigarro con nicotina, las bebidas embriagantes o los alimentos con exceso en sodio o azúcares.

32. Pero el Derecho penal, por regla general, no se justifica para protegernos de nosotros mismos: sancionar paternalismos injustificados. Los daños propios no son, por sí mismos, conductas penalmente relevantes. Ni tampoco para prohibir conductas bajo el moralismo legal: por más que a la mayoría le produzca reprochable poseer marihuana, tal conducta no es un delito si no causa un daño<sup>12</sup>.

33. Si alguien posee más de 5 gramos de marihuana, sin fines de venta u otros contextos de delincuencia, resulta arbitrario imponer penas de prisión por la mera posesión. Se puede optar por otras sanciones administrativas o políticas públicas restrictivas, incluso; pero limitar la libertad por ejercer una libertad, resulta inconstitucional.

---

<sup>12</sup> Véase Ríos Vega, L.E. (2007): "Moralidad sexual y Derecho: moralismo, individualismo y garantismo", disponible en [«https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8808/moralidad\\_efren\\_RU\\_2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y»](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8808/moralidad_efren_RU_2007.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

## V. JUSTICIA TERAPÉUTICA

34. En tercer lugar, los jueces penales debemos optar por modelos de justicia alternativa para gestionar un mejor acceso a la justicia penal en función del valor de los bienes jurídicos a proteger.

35. La perspectiva punitiva, por tanto, debe modificarse, porque más allá de penalizar una conducta de poseer marihuana, se debe utilizar, por ejemplo, la justicia terapéutica, en lugar de punir la mera posesión sería más benéfico un proceso terapéutico en casos estrictamente necesarios e indispensables para la salud pública.

36. El objetivo principal de la justicia terapéutica es el estudio de las normas y procedimientos legales, así como de la actuación de todos los agentes involucrados en los mismos, con el objeto de fomentar el desarrollo de leyes, procedimientos y roles legales que contribuyan al bienestar emocional y psicológico de las partes directamente afectadas, así como de la ciudadanía en general<sup>13</sup>.

37. La justicia terapéutica, en efecto, es un tratamiento médico que puede resolver mejor los riesgos de la salud pública de la posesión ilícita de la marihuana, en lugar de castigar con la cárcel a las personas que son adictivas a la mariguana.

38. En consecuencia, el principio de mínima intervención del Derecho penal exige que la justicia penal pueda optar por optar por alternativas terapéuticas para tratar a personas que requieren procedimientos de salud, con el personal médico adecuado, para su bienestar personal, más que justificar la privación de su libertad por su adicción en el uso lúdico o recreativo de la mariguana.

Por todo lo expuesto, razono mi posición disidente.

**LUIS EFRÉN RÍOS VEGA**  
**MAGISTRADO**

---

<sup>13</sup> Véase Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica, 2012