
Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila de Zaragoza

VOTO CONCURRENTE que formula el magistrado LUIS EFRÉN RÍOS VEGA dentro del Recurso de Apelación 40/2021-T

Posesión simple de narcóticos | Libertas Cannabis | Uso lúdico de la marihuana | Derecho a la libre determinación de la personalidad | Principio de insignificancia | El moralismo legal | El individualismo moral | El garantismo penal | Daño o peligro al bien jurídico

Con base en el artículo 9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila de Zaragoza¹, razono mi «posición concurrente» del fallo de la mayoría de esta Sala Colegiada Penal, a partir del siguiente:

CONTENIDO

	<i>Párrafos</i>
I. LA CUESTIÓN DE LA OPINIÓN PARTICULAR	1-3
II. HECHOS	4-5
III. MORALIDAD Y DERECHO	6
a) <i>El moralismo legal</i>	7-10
b) <i>El individualismo moral</i>	11-15
c) <i>El garantismo penal</i>	16-25
d) <i>Conclusiones</i>	26-27
IV. ¿SE DAÑA O PONE EN PELIGRO UN BIEN JURÍDICO?	28-38

<p>TABLA DEL VOTO PARTICULAR TOCA PENAL 40/2021-T</p>
<p>SENTENCIADO *****</p>

¹ En adelante Ley OPJECZ.

ACTO IMPUGNADO
Sentencia condenatoria de fecha 22 de noviembre de 2016, dictada por el Magistrado del Cuarto Tribunal Distrital, con residencia en la ciudad de Piedras Negras, Coahuila.
DATOS DEL CASO
Causa Penal: 249/2016 Delito: Posesión simple de narcóticos
CUESTIÓN PRINCIPAL
¿Hay lesión a un bien jurídico en el ejercicio de la libertad de poseer marihuana para consumo personal, lúdico o recreativo?
RESUMEN
<ol style="list-style-type: none"> 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. 2. En segunda instancia, por unanimidad, se decretó el sobreseimiento de la causa.
TEMAS CLAVES
Posesión simple de narcóticos Libertad Cannabis Uso lúdico de la marihuana Derecho a la libre determinación de la personalidad Principio de insignificancia El moralismo legal El individualismo moral El garantismo penal Daño o peligro al bien jurídico

I. LA CUESTIÓN DE LA OPINIÓN PARTICULAR

1. Razono mi «opinión particular» para concurrir en las consideraciones del fallo porque, a mi juicio, es correcto el sobreseimiento de la causa, en efecto, el sancionar la mera conducta de poseer marihuana sin acreditar fines de venta o comercialización, sería de tal intensidad que encuadraría en la necesaria violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho plenamente reconocido por la SCJN.

2. Sin embargo, con absoluto respeto a la mayoría, disiento de los razonamientos adoptados por la Sala Penal, pues no comparto los motivos desarrollados para decretar el sobreseimiento de la causa por actualizarse el principio de insignificancia de la lesión al bien jurídico y consecuentemente una causal de atipicidad, en función de que el inculpado solo excedió en 1.5 gramos la dosis máxima de 5 gramos autorizada por la Ley General de Salud.

3. A mi juicio, y como he venido sosteniendo en diversos votos particulares², la mera 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 principio de insignificancia presupone necesariamente que existe daño al bien jurídico aunque sea mínimo, yo por el contrario considero que no existe daño al bien jurídico, sino se comprueban los fines de venta o comercialización.

II. HECHOS

4. El hecho materia de acusación que señaló en juicio la fiscalía consiste en que el sentenciado el 24 de marzo de 2015, fue detenido por la Policía Investigadora del Estado, tras una revisión corporal fue sorprendido en posesión de 6.5 gramos de marihuana, lo que equivale, según las reglas de la experiencia, a no más de 8 cigarros de marihuana.

5. 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 hay daño al bien jurídico, 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.

IV. MORALIDAD Y DERECHO

6. El consumo de marihuana se ha conceptualizado como un acto inmoral, pero por ello ¿debería ser prohibido y sancionado penalmente? ¿Puede una mayoría moral imponer límites a la libertad de otros? ¿Es válido prohibir el ejercicio de una libertad? Estas interrogantes me parece que son el punto central a discutir en el caso que se nos presenta ante esta Sala Penal, y para ello la filosofía del derecho nos plantea el debate entre derecho y moral, a partir de las siguientes tesis:

a) El moralismo legal

² Véase voto particular formulado dentro del Recurso de Apelación 44/2021-T y voto particular formulado dentro del Recurso de Apelación 42/2021-T.

7. Lord Patrick Devlin en su libro *The Enforcement of Morals* defiende la tesis del moralismo legal que sostiene que un acto inmoral por sí mismo puede ser una condición necesaria y suficiente para penalizar una conducta que ponga en peligro la estabilidad de la sociedad. Él sostiene tres ideas torales:

- i) Una sociedad puede pronunciarse sobre temas de la inmoralidad porque la moral es un asunto público y no nada mas privado, ya que es la propia sociedad la que define un conjunto de ideas morales que deben fijar las pautas de comportamiento para sus miembros;
- ii) El derecho es el instrumento para imponer la moralidad pública cuando se estime comprometido el orden y la estabilidad de esa sociedad; y,
- iii) La forma de determinar lo que es o no es inmoral, se presume de la percepción que tenga cualquier persona razonable.

8. Según esta postura la inmoralidad pública del hombre medio, razonable que actúa por su recto entender y sentimiento de la moral pública debe ser suficiente para que el derecho imponga la conducta prohibida, a fin de que los miembros de la sociedad que se alejen de lo moralmente correcto, deben ser castigados penalmente.

9. Esta idea se basa en un principio de cohesión social a partir de la moral que comparta la sociedad. Pues como la sociedad tiene derecho a defender su integridad, la inmoralidad afecta al cuerpo social porque tiende a desintegrarla y, por ende, la sociedad puede utilizar el derecho como un acto de autodefensa de su integridad para imponer el núcleo moral básico de la sociedad³.

10. La crítica que se hace a la tesis moralista es que no ofrece criterios para determinar cuándo un acto alcanza el sentimiento de inmoralidad que califica de repugnante el hombre de la calle, tampoco ofrece pautas razonables para examinar por qué y cuándo el acto inmoral merece ser prohibido.

b) *El individualismo moral*

11. H.L.A. Hart en su libro *Law, Liberty and Morality* defiende la tesis que implica que el Estado tiene prohibido intervenir en la vida de las personas, a menos de que la conducta afecte a terceros, de tal manera que lo inmoral por sí solo es insuficiente para limitar la libertad de las personas que se alejen del comportamiento moralmente aceptable.

³

Véase Devlin 1965, 6ss.

12. Es el individualismo moral en donde la moral a proteger reside en la libertad en nuestros gustos y fines para trazar el plan de vida personal sujeto a las consecuencias de nuestros propios actos, sin que lo impidan otros en tanto que no los perjudiquemos, aun cuando con ello, los demás piensen que que nuestra conducta es “loca, perversa o equivocada”.

13. Esta tesis considera la dignidad de cada persona como el valor moral imprescindible para el desarrollo de la personalidad, lo cual permite elegir estilos y formas de vida como parte de la soberanía moral del individuo. Se rechaza, por tanto, que el Estado imponga en forma moral un plan de vida moralista, perfeccionista o paternalista y, por tanto, proscriba aquellas acciones que pongan en entredicho la autonomía de las personas.

14. Hart hace cuatro críticas fundamentales a Devlin:

- i) el moralismo legal confunde las leyes con el paternalismo porque no hace distinción alguna al consentimiento libre de la personas en los actos que se califican de inmorales;
- ii) confunde la represión de la indecencia con la represión de las acciones inmorales ejecutadas en privado, porque bien puede ser moralmente correcto la relación sexual entre cónyuges en privado, pero moralmente reprobable si se hace en público;
- iii) no se argumenta la justificación del mal a la persona que se le reprocharía su conducta, si por otro lado pudieran existir otros mecanismos no dañinos para corregir esa conducta; y,
- iv) no se ofrece ninguna prueba empírica de que los actos inmorales que se castiguen generen la desintegración de la sociedad.

15. Esta postura fija el derecho a ser inmoral siempre que no haya daño a terceros. El individualismo moral rechaza que a una minoría se le pueda atar a la moral de la mayoría. No obstante esta postura no soluciona el problemas de qué conductas deberían ser denotadas por la noción del daño.

c) *El garantismo penal*

16. Luigi Ferralóji en su libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* defiende el pensamiento del utilitarismo jurídico ilustrado para afirmar que la inmoralidad puede ser considerada como condición necesaria, pero nunca por sí sola como suficiente para justificar la intervención del Estado en la vida de las personas, para lo cual sintetiza una serie de principios [necesariedad, lesividad y bien jurídico] que hay que tomar en cuenta para determinar cuándo es inaceptable prohibir penalmente una conducta.

17. El principio de la utilidad penal es idóneo para limitar la esfera de las prohibiciones penales, porque “solo las acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros”, pueden estar justificadas de tal manera que están vetados para sancionar los “comportamientos meramente inmorales o de estados de ánimo pervertidos, hostiles o, incluso, peligrosos”.⁴

18. Esta idea inicial recoge el primer principio, el de necesidad, que hay que tomar en cuenta a la hora de calificar una prohibición penal de un acto inmoral, porque las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos.

19. Pero esta idea es insuficiente para determinar con precisión la naturaleza y la cuantía del daño que hace necesaria la prohibición penal, con lo cual Ferrajoli plantea la necesidad del principio del bien jurídico para poder determinar qué es lo que puede o no castigarse.

20. Ferrajoli reflexiona cuatro criterios a examinar:

- i) si las prohibiciones deben tutelar un bien cualquiera para no quedar sin justificación moral y política;
- ii) si un ordenamiento ofrece la garantía de lesividad, esto es, si las prohibiciones legales no son legítimas jurídicamente si no se produce un ataque a un bien;
- iii) qué bienes, o no bienes, tutelan normativamente las leyes penales; y,
- iv) qué bienes, o no bienes, tutelan de hecho, las mismas leyes, y qué bienes, o no bienes son atacados por los comportamientos que ellas prohíben.

21. Así, señala que la prohibición penal solo se puede justificar cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, entendiéndose por ataque tanto el daño causado al bien tutelado como el riesgo corrido, siempre que se trate de un daño o de un peligro verificable o evaluable empíricamente partiendo de las características de cada concreto comportamiento prohibido, y no considerado en abstracto.

22. La doctrina garantista afirma que ningún bien justifica una protección penal si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena.

23. Señala también que las prohibiciones penales no solo deben estar dirigidas a la tutela de bienes jurídicos, deber ser idóneas. Es decir, si la prohibición no es eficaz para resolver la finalidad del castigo, es absolutamente innecesaria prohibirla por la vía penal por su inutilidad.

24. En cuanto a la garantía de lesividad, referente a la concreción del daño o peligro ocasionado por la conducta inmoral. Según Ferrajoli no hay prohibición penal sin bien jurídico, esto es, solo aquellos bienes cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas en carne y hueso, es justificable punir.

25. Estas ideas se complementan con el valor garantista del principio de regulatividad, pues según Ferrajoli solo es legítimo castigar a las personas por lo que hacen y no por lo que son. Por tanto, toda conducta inmoral, por mas peligrosa o repugnante que sea, no es absolutamente necesaria castigar porque no hay conducta a prohibir sino peligro a evitar, de tal forma que la mera especulación y valoración de lo que la moral reprueba es insuficiente para legitimar una prohibición penal⁵.

d) Conclusiones

26. El Estado no tiene potestad para promulgar una legislación criminal cuando la única razón es que una mayoría desaprueba moralmente a quienes practican actos que se reprochan por el mero sentimiento de la indignación.

27. No es lícito que el Estado prohíba el ejercicio de una libertad plenamente reconocida, cuando no dañe a nadie y siempre que la condena sea expresión de la moralidad, pues si bien la inmoralidad es una condición necesaria para tipificar una conducta como penalmente relevante, también lo es que es insuficiente por sí misma para prohibir y castigar el acto inmoral por esa sola consideración. Es necesario entonces que exista un daño o peligro a un bien jurídico protegido.

III. ¿SE DAÑA O PONE EN PELIGRO UN BIEN JURÍDICO?

28. El bien jurídico es una figura esencial dentro del derecho penal, la cual, incluso, tiene reconocimiento en la Constitución Federal, pues en el art. 22 párrafo primero se dispone que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. De ahí se desprende que, antes de analizar el nivel de daño que se verifique en contra de un bien jurídico, es indispensable que efectivamente exista un bien jurídico regulado por la norma penal.

⁵ 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»

29. Sobre este punto, Roxin señala que “el primer presupuesto de un reconocimiento de la función limitadora del Derecho penal del pensamiento de la protección de bienes jurídicos está, como es natural, en que se reconozca que la protección de bienes jurídicos es el cometido del Derecho penal”⁶. En el mismo sentido Zaffaroni, quien puntualiza que “el bien jurídico es siempre un concepto lógicamente necesario, del que no se puede prescindir”⁷.

30. Por su parte, Ferrajoli sostiene que la concepción del *bien jurídico* está ligada a un juicio de valor que se hace sobre un *objeto* o *interés*, en el sentido de considerarlo digno de recurrir a la imposición de la pena en caso de que sea lesionado⁸. Esto quiere decir que, aún y cuando los bienes jurídicos implican una protección especial a determinado interés, no todos los intereses son dignos de protección penal o, inclusive, jurídica.

31. En esa misma tesitura, en la exposición de motivos del Código penal de Coahuila se señala que las penas se erigen con la finalidad de disuadir conductas que lesionen bienes jurídicos⁹, por lo que aquellas puniciones que no impliquen la lesión de un bien jurídico, deberán considerarse –en consonancia con la Constitución Federal– ilegítimas.

32. Por último, en el art. 5 fracción I del Código penal de Coahuila se establece un concepto de bien jurídico, que en síntesis consiste en la protección por parte del órgano legislativo de una situación valiosa que se dirige a la satisfacción o disfrute de derechos humanos. Dicho lo anterior se puede concluir que el concepto de bien jurídico tiene una función legitimante y limitadora de la intervención penal, pues impone la obligación de que se actualice su lesión antes de asignar una pena.

33. Asimismo, aún y cuando el bien jurídico comprende la protección de intereses o situaciones valiosas, no todos los intereses o situaciones valiosas son dignas de protección penal, ni todos los niveles de daño son legitimantes de la imposición de penas. Por ejemplo, si bien la propiedad puede ser un bien jurídico cuya protección penal es legítima, no todos los niveles o formas de afectación de este bien son susceptibles de protegerse o disuadirse mediante el derecho penal, pues los incumplimientos de contrato, por ejemplo, si bien vulneran este derecho, son regulados mediante las normas civiles y no las penales.

⁶ Véase Roxin, Claus (2013): “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 15-01, Cancio Melía, Manuel (trad.), Universidad Autónoma de Madrid, 1-27. Disponible en: <http://criminol.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

⁷ Véase Zaffaroni, Eugenio *et al.* (2002): *Derecho penal parte general*, Ediar, Buenos Aires, pág. 488.

⁸ Véase Ferrajoli, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Andrés Ibáñez, Perfecto *et al.* (trads.), Trotta, Madrid. 1997, pág. 467.

⁹ Véase Iniciativa de decreto que crea el Código penal de Coahuila de Zaragoza, publicada en el Periódico Oficial del Estado el 27 de octubre de 2017, p. 12.

34. Esto es importante a partir del aspecto de *ultima ratio* del derecho penal, que implica que esta forma jurídica de intervención estatal se activa una vez que todas las otras formas de protección jurídica han sido insuficientes, y solo entra en función contra las afectaciones más graves de bienes jurídicos. Es decir, hasta este punto se pueden distinguir dos niveles que involucran al bien jurídico como legitimador y límite del derecho penal: es esencial que la conducta que se castiga contemple la lesión a un bien jurídico y, no todas las lesiones de bienes jurídicos son relevantes para el derecho penal, sino aquellas más graves.

35. El segundo nivel mencionado encuentra sustento en el llamado *principio de insignificancia*, regulado en el art. 53 fracc. XI del Código penal de Coahuila, como parte de las excluyentes de la tipicidad, cuyo efecto es la inexistencia del delito. En dicho precepto se señala que cuando la pena a imponer sea excesiva en relación con la mínima lesión del bien jurídico, aquella no deberá imponerse. Esto último es así pues de la propia Constitución Federal –mencionada al inicio– se desprende que la pena debe ser proporcional, y tal mandato no se cumple si el daño producido por la pena supera al daño en concreto ocasionado con la conducta delictiva.

36. Lo anterior supone la existencia de un bien jurídico protegido, pues dentro de los elementos permanentes de la tipicidad, en el artículo 31 fracción IV se destaca la necesidad de lesión o peligro de bienes jurídicos protegidos, sin cuya existencia se pueda hablar de delito al actualizarse una causa de atipicidad por ausencia de un elemento permanente del tipo. En este orden de ideas, pueden distinguirse dos causas de atipicidad en relación con el bien jurídico: cuando la conducta no implique daño alguno, o cuando el daño sea mínimo en referencia a la amenaza de pena.

37. Esta distinción es relevante, pues no será lo mismo determinar la atipicidad del delito por el principio de insignificancia del daño que por la inexistencia de un bien jurídico protegido en el caso concreto. Pues en el primer caso se afirma que la norma y la conducta conllevan un bien jurídico que fue lesionado, aunque en grado mínimo, mientras que en el segundo caso se afirma que no existe bien jurídico que proteger, por lo que ni siquiera es necesario evaluar la gravedad del daño, pues este no existe.

38. De ahí que, en el caso concreto, si la posesión de determinada cantidad de marihuana en una conducta se encuentra amparada por el derecho de libertad de la persona acusada, no cabe hablar del principio de insignificancia del daño, pues el ejercicio de una libertad reconocida por la SCJN no puede implicar un daño que valorar, sino más bien supone su inexistencia. Lo anterior es así, pues más allá de que la prohibición de la posesión de determinada cantidad de marihuana se dirija a la protección de intereses relacionados con la inmoralidad de esa conducta, cabe recordar que el bien jurídico no consiste en la protección de intereses o situaciones valiosas desde el punto de vista moral, sino de aquellas reconocidas por el

órgano legislativo y dirigidas al disfrute o satisfacción de derechos humanos, que en el presente caso no se advierten.

Por todo lo expuesto, razono mi posición concurrente.

LUIS EFRÉN RÍOS VEGA
MAGISTRADO