
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 44/2021-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 Zaragoza¹, razono mi «posición disidente» 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
II. HECHOS	2-3
III. PRUEBA IDÓNEA	4-10
IV. ¿ES DELITO POSEER 185.57 GRAMOS DE MARIJUANA?	11-13
1. Libertad cannabis	14-18
2. Constitucionalidad de la conducta	19-30
V. JUSTICIA TERAPÉUTICA	31-35

<p>TABLA DEL VOTO PARTICULAR TOCA PENAL 44/2021-T</p>
<p>SENTENCIADO *****</p>

¹ En adelante Ley OPJECZ.

ACTO IMPUGNADO
Sentencia condenatoria de fecha 18 de agosto de 2016, dictada por el Magistrado del Cuarto Tribunal Distrital, con residencia en la ciudad de Piedras Negras, Coahuila.
DATOS DEL CASO
Causa Penal: 281/2016 Delito: Posesión simple de narcóticos
CUESTIÓN PRINCIPAL
¿Es constitucional sancionar penalmente a una persona por poseer marihuana para su consumo lúdico o recreativo?
RESUMEN
<p>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.</p> <p>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.</p>
TEMAS CLAVES
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 queja² a favor del sentenciado, declarar la inconfiguración típica de la conducta, por tratarse de la constitucionalidad de una conducta, como lo es la mera posesión de marihuana para uso lúdico 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:

² Véase artículo 523 del Código de Procedimientos Penales.

- a) la prueba 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;
- 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) 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 día 19 de octubre del año 2015, fue detenido por la Policía Investigadora del Estado, tras una revisión corporal fue sorprendido en posesión de 185.57 gramos divididos en 83 dosis del narcótico conocido como mariguana, lo que equivale, según las reglas de la experiencia, a no más de 200 cigarros de mariguana.

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 mariguana a otras personas, por ejemplo), constituye una intromisión arbitraria de la libertad porque la conducta no es un delito, porque no está probado, porque no se puede criminalizar la mera posesión de la mariguana 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 IDÓNEA

4. Para dictar una sentencia de condena, es necesario que se compruebe el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado³, pues toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba suficiente del delito⁴, pero además esa prueba tiene que ser idónea, es decir, la necesaria y adecuada, con rigor científico, para demostrar la verdad del hecho a probar.

5. En este tipo de delito, 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 idónea para determinar que el hallazgo se trata de un estupefaciente prohibido.

³ Véase artículo 487 del Código de Procedimientos Penales.

⁴ Véase artículo 323 del Código de Procedimientos Penales

6. En el caso concreto, la prueba 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.

7. En efecto, existen diferentes tipos de cannabis, de conformidad con la Ley General de Salud, a saber: Cannabis Sativa, Indica o Mariguana⁵. 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).

8. 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.

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

10. 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 185.57 GRAMOS DE MARIGUANA?

11. En segundo lugar, no estoy de acuerdo con el proyecto porque, al margen de la prueba insuficiente, considero que se debe interpretar constitucionalmente si resulta penalmente relevante la mera conducta de poseer (incluso cannabis prohibido), sin fines ilícitos de comercio.

12. 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 mariguana 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 vulnerables⁶.

⁵ véase artículo 479 de la Ley General de Salud.

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

13. 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 un delito por la mera conducta de poseer la mariguana, pues de lo contrario, se estaría castigando el ejercicio de ciertas libertades lúdicas o recreativas que la SCJN ha reconocido como derechos que no deben limitarse conforme a su doctrina de proporcionalidad.

1. Libertad Cannabis

14. 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.

15. 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 General⁷.

16. Sobre las prohibiciones absolutas al consumo lúdico o recreativo de la mariguana 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 cuestión⁸.

17. 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 alcanza⁹.

18. Derivado de esa línea jurisprudencial fijada por la Primera Sala de la SCJN en diversos amparos indirectos en revisión, en fecha 15 de julio

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

⁸ 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).

⁹ 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).

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.

2. Constitucionalidad de la conducta

19. La Ley General de Salud establece que las personas, para su uso personal e inmediato, tienen derecho a poseer hasta 5 gramos de marihuana con la autorización debida¹⁰. 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 multa¹¹.

20. 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.

21. En el caso concreto se le encontraron al sentenciado 185.57 gramos de marihuana, lo que de acuerdo con las máximas de la experiencia, equivale a no más de 200 cigarros.

22. 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.

23. Para que una conducta de posesión de más de 5 gramos de marihuana sea penalmente relevante, tiene que demostrarse, a mi juicio, los fines de venta o comercialización; de lo contrario se estaría coartando una libertad personal de poseer marihuana para fines personales.

24. 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 SCJN.

¹⁰ Véase artículo 479 de la Ley General de Salud.

¹¹ Véase artículo 477 de la Ley General de Salud.

25. 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.

26. La criminalización de poseer mariguana, 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.

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

28. Las personas que poseen mariguana, 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.

29. Pero el Derecho penal, por regla general, no se justifica para protegernos de nosotros mismos: tutelar paternalismos. Los daños propios no son, por sí mismos, conductas penalmente relevantes.

30. Si alguien posee más de 5 gramos de mariguana, 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.

V. JUSTICIA TERAPÉUTICA

31. 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.

32. La perspectiva punitiva, por tanto, debe modificarse, porque más allá de penalizar una conducta de poseer mariguana, 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.

33. 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 general¹².

34. 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 mariguana, en lugar de castigar con la cárcel a las personas que son adictivas a la mariguana.

35. En consecuencia, el principio de mínima intervención del Derecho penal exige que la justicia penal pueda 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

¹² Véase Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica, 2012