

ANALISIS JURIDICO EN MATERIA DE NARCOMENUDEO

Dr. Ricardo Ojeda Bohórquez
Magistrado de circuito.

Con motivo de las reformas a la Ley General de Salud en materia de narcomenudeo, ríos de tinta han corrido al respecto, argumentando posiciones en uno u otro sentido. En este artículo su autor, Magistrado del Séptimo Tribunal Colegiado en materia Penal del Primer Circuito, no sólo precisa el alcance de dicha reforma desde un punto jurídico, sino que incluso adelanta la idea de dotar a las autoridades locales de competencia en materia de narcotráfico.

Las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2009, a la Ley General de Salud (LGS) y a los códigos Penal Federal (CPP) y Federal de Procedimientos Penales (CFPP), en vigor desde el día 21 del mismo mes y año, propiciaron lo que se conoce como la "Ley de Narcomenudeo". En esta reforma hay conceptos que no quedaron lo suficientemente claros, como son:

- I. La competencia concurrente de la Federación y los estados.
2. El concepto de consumo personal.
3. Si se legalizó la venta de drogas para adictos.
4. ¿Qué es la tabla de orientación?
5. ¿Qué es narcomenudeo y qué es narcotráfico?

Conforme a la reforma en cuestión, se hizo una clara división entre lo que es narcomenudeo y narcotráfico y, desde luego, el otorgamiento de una limitada competencia para las autoridades locales de los estados y del Distrito Federal para conocer de delitos contra la salud.

Los delitos contra la salud tienen como bien jurídico protegido la salud pública. Es claro que el consumo de narcóticos, sean estupefacientes, psicotrópicos, sustancias o vegetales que señala la

propia ley de salud, afecta negativamente el comportamiento cognoscitivo y fisiológico de los seres humanos, haciendo que sociedades enteras estén atrapadas en la farmacodependencia con el riesgo inminente de que las mismas se deterioren en su salud física y mental; y la humanidad se convierta en un conjunto de seres vivos inservibles, sin ningún futuro positivo para el planeta.

Es alarmante cómo nuestro país, México, dejó de ser un territorio de tránsito de droga, y hoy esté convertido en una nación consumidora. Esto se debe, precisamente, al fenómeno del narcomenudeo que, según la Secretaría de Seguridad Pública Federal, genera jugosas ganancias de hasta trece mil millones de pesos. De ahí la necesidad e importancia de la reforma mencionada o Ley de Narcomenudeo.

¿QUE ES EL NARCOTRAFICO Y QUE ES EL NARCOMENUDEO?

El narcomenudeo lo podemos definir como la posesión, comercio, suministro o cualquier otra conducta que se realice con los narcóticos previstos en la tabla de la LGS, cuando la cantidad de que se trate sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las dosis señaladas como máximos del consumo personal, inmediato diario.

¿QUE ES UN NARCOTICO?

Son los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinan la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en nuestro país, y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia (art. 473, fracción V de la LGS). Es decir que narcótico es el género; y estupefaciente, psicotrópico, sustancia o vegetal, es la especie.

Estos últimos están señalados en la LGS en sus artículos 237, 245, 248 Y en algunos tratados y convenios internacionales firmados por México, como la Convención Unica de 1961, sobre estupefacientes, firmada en Nueva York, entre otras. Antes de la reforma que se comenta, las leyes se referían a estupefacientes y psicotrópicos, y ahora los engloban a todos con el nombre de narcóticos.

La reforma estableció una tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato diario, para tener una base única para determinar el consumo personal en un día y, con en ello, la diferencia entre narcomenudeo y narcotráfico. Anteriormente, el consumo personal lo determinaba el criterio judicial, y era variable en la República dependiendo del arbitrio del juez.

Hay narcotráfico cuando se trata de cantidades que resultan mayores a las dosis para consumo personal, multiplicadas por mil. La referida tabla del artículo 479 de la LGS, establece las cantidades de droga consideradas como dosis diaria para el consumo personal, como sigue:

Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	2gr	
Diacetilmorfina o heroína	50mg	
Cannabis Sativa, indica o mariguana	5 gt x 1000 = 5kg	
Cocaína	500 mg x 1000 = 500 gramos	
Lisergida (LSD)	0.015 mg	
	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o capsulas
MDA Metilendioxianfetamina	40mg	Una unidad con peso no mayor a 200mg
MDMA, dl-34-Metilendioxin dimetilfeniletilamina	40mg	Una unidad con peso no mayor a 200 mg
Metanfetamina	40mg	Una unidad con peso no mayor a 200 mg

Si se poseen 500 mg. de cocaína, es una cantidad para el estricto consumo personal diario. Si se multiplica por mil serían 500 gr. o medio kilo, y de ahí hacia arriba se estaría hablando de narcotráfico. De igual manera sucede para la marihuana, con 5 gr. para consumo personal diario; por mil resultarían 5 kg., cantidad que ya resulta narcotráfico.

COMPETENCIA

La reforma mencionada le otorga competencia para conocer de estas conductas a las policías, agentes del Ministerio Público y jueces, todos locales. Es decir, cuando no excedan de mil veces las cantidades señaladas para estricto consumo diario (art. 474 LGS), o sea cuando se trata de narcomenudeo.

El fuero federal conocerá, fuera de estos casos, cuando sean más de mil dosis para el estricto consumo personal diario, es decir narcotráfico. Además, en casos de narcomenudeo cuando se trate de 10 siguiente:

- a) Delincuencia organizada.
- b) El narcótico no esté contemplado en la tabla referida del artículo 479 de la LGS, que puede estar en los tratados o convenios.
- c) Que el Ministerio Público Federal solicite la remisión del asunto (facultad de atracción).
- d) Que la Federación conozca en primer lugar o prevenga del asunto.

El fuero federal hará uso del Código Penal Federal si se trata de narcotráfico, y de la Ley General de Salud, si es narcomenudeo. El fuero común siempre, hará uso de la LGS y, en su caso, del CPP local. En caso de conflicto de leyes se estará al principio de especialidad, y se aplicará la LGS en cuanto a los tipos penales. En la LGS existen algunos tipos penales que ya están previstos en el CPF, y tres excusas absolutorias que también existen en el citado código.

1. Tratándose de medicamentos necesarios para el tratamiento de una persona (art. 477, segundo párrafo LGS).

2. Tratándose de farmacodependientes, con una cantidad estricta para su consumo personal diario menor de 5 gr. de marihuana por ejemplo (art. 478 LGS); Y

Para el consumidor, no adicto o farmacodependiente, que se le encuentre cantidad igualo menor para su estricto consumo personal diario. El CPF contempla las mismas excusas absolutorias en diversos artículos. El juez del fuero común tendrá que aplicar las excusas absolutorias de los artículos 477 y 478 de la LGS; mientras que el juez federal deberá aplicar el CPF en caso de exceso de mil dosis (art. 474 LGS), y también para el caso de menos de 999 dosis cuando el Ministerio Público Federal atrajo el asunto o para prevenir, y aplicará la LGS.

COMPARACION DE TIPOS PENALES

Comercio o suministro

El artículo 475 de la LGS establece una pena de 4 a 8 años de prisión, y de 200 a 400 días multa (salario mínimo igual a \$57.46) al que comercie o suministre los narcóticos previstos en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla. El CPF, en su artículo 194, sanciona la misma conducta con 10 a 25 años de prisión, y de 100 a 500 días multa.

Posesión simple

La simple posesión la LGS la sanciona de 10 meses a 3 años de prisión, y hasta 80 días multa (art. 477).

El Código Penal Federal sanciona conforme a las tablas de cantidades: ejemplo, la marihuana, hasta 5 kg., de 2 años 9 meses a 4 años 3 meses de prisión, es decir que es más severa. Sin embargo, el juez federal en estos casos deberá aplicar la LGS.

Existen penas más benévolas en la LGS, por lo que en determinado caso se debe aplicar la ley más favorable. Sin embargo, el artículo tercero transitorio no permite la aplicación retroactiva de la ley en beneficio del reo, conforme al artículo 14 constitucional:

"Artículo Tercero.- A las personas que hayan cometido un delito de los contemplados en el presente Decreto con anterioridad a su entrada en vigor, incluidas las procesadas o sentenciadas, les serán aplicables las disposiciones vigentes en el momento en que se haya cometido."

Al respecto la Suprema Corte ya se pronunció, declarando inconstitucional dicho transitorio.

DELITOS CONTRA LA SALUD. EL ARTICULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE SALUD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 20 DE AGOSTO DE 2009, VIOLA EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN BENEFICIO DEL GOBERNADO. El mencionado transitorio, al establecer que a las personas procesadas o sentenciadas que hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigor del citado decreto uno de los delitos que contempla, les serán aplicables las disposiciones vigentes en el momento en que se haya cometido, viola el principio de retroactividad de la ley en beneficio del gobernado, contenido en el primer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues con ello se impide aplicar a favor del procesado o sentenciado, la ley que le resulte más favorable. No es óbice para lo anterior, que las autoridades locales no hayan adecuado sus legislaciones para su intervención en la aplicación de las normas contenidas en ese Decreto, como lo previene su artículo primero transitorio, toda vez que desde su entrada en vigor, que fue el día siguiente de su publicación, las autoridades federales conocerán de los delitos

que establece el Capítulo VII de la Ley General de Salud, entre otros casos, cuando, independientemente de la cantidad del narcótico, el Ministerio Público de la Federación prevenga en el conocimiento del asunto, según se ordena en el también adicionado artículo 474 de dicho ordenamiento.

Registro No. 164812. Novena Epoca. Instancia: Primera Sala.
Fuente:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, abril de 2010, página: 149. Tesis: 1a.IJ. 42/2010 Jurisprudencia materia (s): Constitucional, Penal.

PLAZOS PARA LAS LEGISLATURAS LOCALES Y AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

El artículo primero transitorio señala:

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Para efecto de lo dispuesto en el artículo 474 de la Ley General de Salud, las legislaturas locales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal contarán con el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del presente Decreto para realizar las adecuaciones a la legislación que corresponda (el énfasis es mío):

La Federación y las entidades federativas contarán con el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, para realizar las acciones necesarias, según sea el caso, a fin de dar el debido cumplimiento a las atribuciones contenidas en el mismo.

El término de un año para las legislaturas locales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para adecuar la legislación correspondiente, concluyó el 20 de agosto de 2010. Ahora bien, ¿qué

pasa si no lo hicieron?, ¿el juez local, el Ministerio Público y las policías locales no tienen competencia? Algunos opinan que: ¡no!

Yo opino que la competencia ya la otorgó la LGS (art. 474), y finalmente se tendrá que aplicar ésta en cuanto a los tipos penales, y el CPP local en lo relativo al procedimiento penal, que en nada obstaculiza si no lo adecuan.

¿Cómo obligar a las legislaturas locales a cumplir con esa encomienda? Respuesta: mediante una acción de inconstitucionalidad. Las autoridades administrativas tienen 3 años para implementar instituciones y organismos para prevenir y atender la farmacodependencia. Dicho plazo concluye el 20 de agosto de 2012, por lo que esto no es obstáculo para perseguir y juzgar el narcomenudeo.

Competencia local a partir del 21 de agosto de 2009

Las autoridades policiacas ministeriales y jurisdiccionales locales de la República ya tienen competencia para conocer del narcomenudeo. Esto es contrario a lo que han opinado algunos juristas y jueces, al interpretar el segundo párrafo del artículo 1 transitorio de la LGS, que otorgó un año a las legislaturas locales para "adecuar" las leyes locales a esa ley, la cual establece:

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Para efecto de lo dispuesto en el artículo 474 de la Ley General de Salud, las legislaturas locales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal contarán con el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del presente Decreto para realizar las adecuaciones a la legislación que corresponda.

Este precepto ha creado confusión no sólo en los funcionarios encargados del narcotráfico y locales de procuración y administración

de justicia, sino en los propios jueces federales de amparo; pues han emitido criterios en ese sentido, como el siguiente:

DELITOS CONTRA LA SALUD EN LA MODALIDAD DE NARCOMENUDEO. MIENTRAS NO FENEZCA EL PERIODO DE UN AÑO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO PRIMERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES, ENTRE OTRAS, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 20 DE AGOSTO DE 2009, LOS TRIBUNALES LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA CONOCER SOBRE AQUELLOS Y, POR TANTO, SUBSISTE A FAVOR DE LOS TRIBUNALES FEDERALES. La vigencia de las normas supone el periodo temporal en el que adquieren el carácter de obligatorias para sus destinatarios. En tanto que el periodo en que tales normas permanecen inactivas recibe el nombre de *vacatio legis*, el cual tiene como propósito dar certeza jurídica de la ley, no sólo para lograr el pleno conocimiento a quienes va dirigido, sino para contar con el tiempo que el legislador estime razonablemente prudente en tomar las providencias necesarias y lograr su efectivo cumplimiento. Ahora, del análisis al artículo primero transitorio del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinte de agosto de dos mil nueve, por el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, se advierte que se concedió a las Legislaturas de los Estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal una *vacatio legis* por el término de un año, para efecto del artículo

474 de la citada ley, esto es, para realizar las adecuaciones necesarias a su legislación. Por ello, aun cuando dicho periodo de inactividad de las normas en cuestión, no se dirigió directamente a los órganos jurisdiccionales, sí les aplica por vía de consecuencia, pues en tanto el órgano legislativo de una determinada entidad federativa tenga la posibilidad de establecer cierta regulación con relación a los asuntos en materia de narcomenudeo, aquéllos no podrán sustanciar los juicios en cuestión. Consecuentemente, al margen de que los tribunales locales cuenten con los instrumentos jurídicos y materiales necesarios para atender los asuntos en materia de narcomenudeo en los términos del decreto señalado, lo cierto es que mientras no fenezca el periodo de un año, carecen de competencia para su conocimiento y, por tanto, subsiste a favor de los tribunales federales.

Registro 165057, localización: Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXI, marzo de 2010, página: 2808. Tesis: XVI.P.J/6 Jurisprudencia. Materia (s): Penal.

No obstante habría que reflexionar el tema, pues la salud pública, como la persecución y sanción de los delitos contra la salud, son de jurisdicción concurrente, y la LGS ha establecido claramente la competencia local en su artículo 474.

El artículo 73 constitucional establece las facultades del Congreso de la Unión, y entre otras está la de establecer delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos correspondientes (fr. XXI). También lo faculta para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones

de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 constitucional

Por ende, el Congreso emitió la famosa reforma del 20 de agosto de 2009 o Ley de Narcomenudeo, donde otorga competencia a las autoridades locales. Al respecto, hay dos preceptos constitucionales básicos que los agentes del Ministerio Público, las policías y los jueces locales deben acatar: el 124, que establece que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados"; y el 133, que dice "Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o Leyes de los Estados".

En los estados y el Distrito Federal no se podría encontrar una ley contraria al respecto, y si la hubiera la solución se halla en el artículo 133 constitucional. Lo que se podría encontrar son lagunas o disposiciones expresas para conocer del narcomenudeo en las leyes orgánicas de los poderes judiciales locales, pero normalmente en los preceptos que establecen las facultades, en su última fracción, se establece: "[...] y las demás que les otorguen las leyes". Es ahí donde podría fundarse esa facultad para los jueces, tal y como se desprende de los artículos 32 fracción XIX, y 51 primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que a la letra señalan

Artículo 32.- Son facultades del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:

[...]

XIX. Las demás que expresamente le confieran esta ley y otras disposiciones aplicables.

Artículo 51.- Los Juzgados Penales y de Justicia para Adolescentes ejercerán las competencias y atribuciones que les confieran las leyes

[...]'

Además, es una facultad concurrente la protección de la salud tanto en el establecimiento de servicios, como en la persecución y juzgamiento de los delitos, conforme a los artículos 4 y 73, fracciones XXI y XXIII de la Constitución federal.

Por lo anterior es que los jueces locales deben actuar en consecuencia, cuando un agente del Ministerio Público del mismo fuero le consigna hechos que encuadren en la competencia y tipos penales que establece la LGS, así cuando la legislatura local no haya adecuado sus leyes en el plazo concedido que venció el 21 de agosto de 2010. Esto último con base en las normas locales que establecen los procedimientos penales a seguir en la persecución y juzgamiento de los delitos, es decir el CPP del estado o del Distrito Federal.

Lo que hay que adecuar son las normas que le dan facultades expresas a los gobernadores y a las procuradurías para combatir no sólo el narcomenudeo, sino el narcotráfico, por ser un delito de oficio, y declinar la competencia a la autoridad federal cuando corresponda. ¡Que los gobernadores, procuradores y comandantes de la policía local, no se laven las manos en estos casos, aduciendo que no es su competencia!

De igual manera los jueces locales ya tienen competencia. Pero no sólo eso, el Congreso de la Unión debe legislar para que los estados, en facultad concurrente, persigan los delitos contra la salud, aun los que constituyan narcotráfico, turnando la competencia a los jueces federales en su caso, y dejándola a los jueces locales cuando sea narcomenudeo o algunas conductas de narcotráfico que no estén vinculadas a la delincuencia organizada, competencia que sólo la Federación debe tener.

Dejar que el crimen organizado relativo al narcotráfico siga avanzando es un error, pues éste se apoderaría de nuestras instituciones, y se terminaría con el Estado de Derecho que todavía tenemos. Sería muy difícil después quitar este régimen de terror, donde no se respetarían los derechos humanos ni las garantías individuales.

Dejar o permitir que se legalicen las drogas que causan un mal mayor en la salud humana, sería tanto como alcahuetear o ser cómplice de un delito. No sería la solución para que el narcotráfico en gran escala siguiera en sus propósitos, y mucho menos para finalizar con el narcomenudeo, que es la puerta principal para terminar con la salud mental y física de una sociedad.

El narcomenudeo es un problema grave, y hay que combatirlo indudablemente. Mi reflexión final es por qué encargarles solamente el narcomenudeo a las autoridades locales. Por qué no un poco más, para que se vean comprometidas a entrarle no sólo a combatir el narcomenudeo, sino también el narcotráfico en ciertos casos.

Así los gobernadores y el jefe de Gobierno no podrán lavarse las manos y decir: "esta no es de mi competencia, pues es competencia federal [pero sí veo los toros desde la barrera, y te critico en tu lucha contra el narcotráfico, pues es una guerra que viola los derechos humanos]" ¡Reflexionemos! Nuestros hijos pueden ser víctimas de estos dos fenómenos: el narcomenudeo y el narcotráfico. Retirar la lucha, ¡no! Legalizar las drogas, ¡no!

Dr. Ricardo Ojeda Bohórquez

Magistrado de Circuito

Agosto 2011