

PERMITIR O CASTIGAR EL CONSUMO DE SUSTANCIAS PROHIBIDAS: RETO
DEL SISTEMA PENAL

Ricardo Gluyás Millán

ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales

Núm. 6 – Tercera época

Tlalpan, México – 2006

Pp. 151 - 160

<http://www.cienciaspenales.net>

PERMITIR O CASTIGAR EL CONSUMO DE SUSTANCIAS PROHIBIDAS: RETO DEL SISTEMA PENAL¹

RICARDO GLUYAS MILLÁN

El investigador del INACIPE expone las ventajas y desventajas de una reforma del sistema penal que considere la posesión de determinadas cantidades de narcóticos prohibidos sin punibilidad, y de un sistema de distribución de competencias que permita la investigación y persecución penales de las autoridades locales en el narcomenudeo.

Uno de los elementos que sobresale en la reforma a la Ley General de Salud, al Código Penal Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales consiste en dotar de competencia a las autoridades locales para la prevención y atención a la posesión, comercio y suministro de estupefacientes y psicotrópicos prohibidos sin excluir la intervención o eliminar facultades que en la materia tiene la federación.

La distribución por la vía de la concurrencia de las competencias entre la federación y los estados se deriva de la regla establecida en el artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto que establece que las facultades que no estén expresa-

¹ Ponencia elaborada para el Foro "La reforma legal en materia de narcomenudeo", organizado por las Comisiones de Salud, de Justicia y de Derechos Humanos de la LIX Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, efectuado el 11 de mayo de 2006 en el Salón Legisladores de la República.

mente conferidas por la Constitución a los funcionarios federales se entiende reservada a los estados.

Por otro lado la distribución de competencia entre los estados y la federación queda resuelta en el artículo 122 de la norma máxima del país, en el cual se señala que las facultades que no estén expresamente conferidas al Distrito Federal se entienden reservadas a la federación. Respecto a las facultades concurrentes que prevé el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en éstas se incluye las siguientes materias:

- * Salubridad General
- * Educación
- * Protección al ambiente y preservación, y restauración del equilibrio ecológico
- * Deporte y asentamientos humanos

La adición propuesta por el Poder Legislativo de un capítulo al título Décimo Octavo de la Ley General de Salud, y actualmente en proceso de veto, permite establecer delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, como un delito de carácter cuya investigación y persecución constituye una responsabilidad compartida de la federación y de las entidades federativas.

La intervención de la federación y los estados en la prevención y combate del comercio y suministro de narcóticos al consumidor viene a resolver una necesidad apremiante en materia de aplicación de la ley. Lo anterior en virtud de la hipótesis económica que postula que todo monopolio es ineficiente, razón por la cual el monopolio de la federación en la prevención, el combate del comercio y suministro de narcóticos al consumidor resta capacidad operativa a las fuerzas de aplicación de la ley.

En este orden de ideas, actualmente existe un despilfarro de recursos humanos y materiales, ya que una parte de la fuerza pública especializada en la aplicación de la ley es subutilizada por carecer de facultades

en la materia, no obstante disponer de información oportuna sobre los puntos de venta al consumidor final de narcóticos prohibidos.

Por lo anterior uno de los puntos favorables de la reforma consiste en que ésta permitiría optimizar los recursos disponibles en la atención al fenómeno de comercio y suministro al consumidor, lo que actualmente ha adquirido la dimensión de un reclamo social.

Es necesario señalar que al incluirse en la reforma los ámbitos de la prevención y el combate de la posesión, comercio y suministro de narcóticos, se obliga implícitamente a los gobiernos de las entidades federativas a desarrollar e instrumentar programas preventivos orientados a la contención del fenómeno del narcomenudeo, como por ejemplo programas basados en la participación ciudadana y en el fomento de la cultura de la legalidad.

Estos programas han sido considerados alternativos a enfoques punitivos como "tolerancia cero" y representan un instrumento de avance en la aplicación de la ley, en lo que se refiere a control social, no penal, de distribución de drogas.

Un ejemplo de sociedades cooptadas por relaciones mafiosas que han instrumentado programas preventivos basados en la comunidad, es el de los programas de la cultura de la legalidad, impulsados por el alcalde de Palermo, Italia, Leoluca Orlando.

La anterior referencia se justifica por el hecho de que la reforma plantea actividades de las autoridades locales, no sólo en materia de investigación y persecución penales sino también en la materia preventiva, lo que permitiría rescatar una serie de iniciativas locales basadas en la participación social, exitosas en la contención del delito de las que se dispone en el país.

La medida resulta muy importante ya que el uso del sistema penal con las características de competencia exclusivamente federal que actualmente le caracterizan ha mostrado ser altamente ineficiente.

La proliferación de tienditas, centros de distribución, puntos de venta dan cuenta de la ineficacia del sistema penal y del uso exclusivo de atribuciones para el gobierno federal. Por lo anterior la reforma permite desarrollar mecanismos de control social aplicables a la industria de las drogas en México.

De ahí la gran relevancia que tiene incluir el ámbito de la prevención en la distribución de facultades concurrentes en materia de narcomenudeo.

Por otro lado, la inclusión para las autoridades locales de facultades en materia de investigación y persecución penales en materia de narcomenudeo representa la posibilidad de romper un monopolio de aplicación de la ley, y como toda liberalización, implica riesgos que es necesario asumir por parte de las autoridades locales; uno de los factores de riesgo más relevantes es el ascenso de la corrupción, y la degradación de las atribuciones por carecer de los recursos suficientes que requiere la aplicación de la ley de conformidad con los principios del derecho.

Otros factores que comprometen la aplicación de los preceptos de esta reforma es la falta de infraestructura y de capacitación del personal de las autoridades locales para la identificación precisa, concisa y oportuna de las sustancias prohibidas, así como la falta de recursos forenses tales como laboratorios, reactivos y demás insumos necesarios para la identificación adecuada de las drogas prohibidas.

En la reforma se especifica que las "autoridades de seguridad pública de los tres ordenes de gobierno participarán en la prevención y combate de las actividades de posesión, comercio o suministro de estupefacientes y psicotrópicos, cuando dichas actividades se realicen en lugares públicos, y actuarán conforme a sus atribuciones".

Sin embargo estos riesgos deben, necesariamente, ser asumidos y resueltos por parte de las autoridades locales si lo que se pretende con las medidas de política criminal integradas en la reforma es la contención del fenómeno delictivo del narcomenudeo.

Otro factor que sobresale en la distribución de competencia de la federación a las entidades federativas consiste en que se requerirá de suficiencia presupuestaria por parte de las autoridades locales para impulsar los programas de la aplicación de la ley en la materia.

A estas limitantes deberá darse una respuesta ágil y oportuna ya que de lo contrario, se podrá caer en el círculo vicioso de muchas restricciones y pocas acciones efectivas.

De todos los retos señalados el que cobra mayor nitidez es la necesidad de desarrollar la capacidad de investigación y persecución penales del delito de narcomenudeo, necesidad que para ser satisfecha requiere de programas integrales de formación y capacitación del personal operativo local, ya que de lo contrario se comprometería la eficiencia de esta medida descentralizadora, de un "federalismo penal".

La medida sería eficaz solamente si se satisficieran oportuna y eficazmente las restricciones señaladas en materia de recursos financieros, humanos, y materiales que se demandarán para dar cumplimiento a la nueva responsabilidad.

Y precisamente sobre la solvencia financiera requerida para el ejercicio de la nueva atribución en uno de los artículos transitorios, se especifica "que las autoridades competentes financiarán las acciones derivadas del presente Decreto con los recursos que anualmente se prevean en el Presupuesto de Egresos de la Federación, sin menoscabo de los recursos que para tales efectos aporten las entidades federativas".

Es decir, se especifica que esta nueva atribución debe de ser prevista financieramente en el presupuesto de egresos de la federación, así como en los presupuestos de las entidades federativas.

La reforma considera una adición de un segundo párrafo del artículo 194 del Código Penal Federal el cual señala:

[...] 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, serán 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 473 de citado ordenamiento.

Con esta adición se consolida la competencia de las entidades federativas respecto a los delitos de comercio y suministro de narcóticos prohibidos.

Cabe ahora preguntarse, ¿cuáles son los efectos de la nueva competencia concurrente en materia de comercio y suministro de narcóticos? Pero antes de dar respuesta a esta pregunta es necesario señalar que además de resolver el problema que actualmente prevalece y que se resume en la incompetencia de las autoridades locales para dar respuesta a las necesidades de investigación y persecución penales del narcomenudeo, la reforma define objetivamente —no sin problemas serios en el proceso de determinación de las cantidades ahí establecidas— las cantidades de narcóticos prohibidos admitidas en posesión sin punibilidad.

Al respecto es conveniente señalar que la reforma no legaliza las drogas en el sentido de que se establezca en sus preceptos la forma en que se realizará el consumo de estupefacientes, por ejemplo en determinados locales o bajo ciertas condiciones específicas como podría ser los *coffee shops*, vigentes en algunos países europeos.

No debe haber lugar a confusión, lo que se establece son los límites máximos de narcóticos cuya posesión no está sancionada con una pena de prisión, y una distribución de facultades con base en la concurrencia de las mismas.

En ese sentido únicamente se trata de una despenalización de la posesión; esto es, de la definición cuantitativa de los parámetros que el legislador considera que no son cantidades representativas del delito de comercialización de narcóticos en forma que admita su consumo individual, o narcomenudeo.

Por encima de estas cantidades la posesión es de nuevo penalizada, y por encima de ciertos límites la investigación y persecución penales son facultades exclusivas, nuevamente, de la federación.

Esto es que en la reforma hay un aspecto relevante que centra la distribución de competencia en la investigación y persecución penales en la cantidad en posesión, y la variable dependiente que es la competencia nuevamente aparece indisolublemente relacionada con la variable independiente que es la posesión.

Ello es así porque más allá de mil veces las cantidades en posesión establecidas en las tablas, la facultad es exclusivamente de la federación, con lo que se reconstituye una facultad monopólica.

Los efectos de una definición de las cantidades de narcóticos prohibidos en posesión sin punibilidad pueden ser resumidos en dos componentes: efectos sobre los productores y efectos sobre los consumidores.

En el primer caso, y de conformidad con la teoría económica, la definición de las cantidades en posesión sin pena de prisión representa un estímulo a incrementar la oferta. Pero siendo la industria de las drogas ilícitas una industria prohibida, lo que parece factible es que la industria del narcomenudeo tienda a reorganizarse de una manera más competitiva, al disponer de un margen de cantidad que considerado globalmente entraría a la economía formal.

Por lo anterior es de esperarse un aumento de la violencia en el proceso de reorganización de la industria de las drogas, porque la disputa se dirime en esta industria no por la vía del Derecho, sino por el uso de medios violentos.

Por el lado del consumidor las ventajas de una redefinición de las cantidades en posesión sin pena son de naturaleza económica, ya que este agente social se verá favorecido por mejores condiciones de consumo, mayores cantidades a un menor precio.

De lo anterior se sigue que tanto la definición de cantidades de narcóticos prohibidos en posesión sin pena de prisión como la nueva facultad concurrente en materia de investigación y persecución penales del narcomenudeo son medidas de política criminal que permiten minimizar el crecimiento de una industria que se ha destacado por su gran potencial de desarrollo.

Sin embargo es necesario aún resolver la contradicción entre la despenalización de la posesión de ciertas cantidades de drogas y la criminalización del comercio y distribución de estupefacientes.

Baste decir a este respecto que, desde el punto de vista de la experiencia internacional, el dilema no está resuelto, ya que existen experiencias de países que han optado por la legalización del consumo al regular las condiciones bajo las cuales éste se realiza.

Lo verdaderamente relevante es que éstas dos medidas de política pública que consisten en determinar cantidades en posesión sin punibilidad y la distribución de competencias sobre la base de la concurrencia de facultades, contribuyan a contener el crecimiento de la industria de las drogas la cual muestra signos de crecimiento desproporcionado, como lo es por ejemplo el hecho de que los decomisos de drogas hayan aumentado y de que, no obstante a haber retirado del mercado cantidades muy representativas de dichos productos como resultado de la aplicación de la ley, los precios a escala de menudeo presenten muy bajos niveles.

Otro elemento relevante de la reforma consiste en que el Estado no abdica de su obligación de investigar, perseguir y en su caso sancionar penalmente la posesión de narcóticos. Ya que así se establece en el artículo 195 *bis* del Código Penal Federal al señalar:

La posesión de narcóticos será 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 473 de dicho ordenamiento.

Esto es, la investigación y persecución penales no se detienen ante los casos de posesión de narcóticos dentro de los márgenes estableci-

dos en las tablas específicas que al respecto se han elaborado, por lo que el Ministerio Público podrá continuar en su labor investigadora, pero sin solicitar a la autoridad jurisdiccional la imposición de una sanción a la persona que resulte poseedor, dentro de los límites permitidos de estupefacientes, sin siquiera, desde luego, iniciar una averiguación previa al poseedor, en el rango límite de las cantidades toleradas.

No obstante lo anterior, es pertinente señalar algunas limitaciones: uno de los puntos débiles de la reforma reside en el sustento para determinar las cantidades en posesión sin pena.

Por último, ¿por qué es más conveniente establecer que la cantidad en posesión tolerada sean 3 y no 5 gramos de marihuana? ¿Cómo dar un sustento a estas tablas? ¿Cuáles son los elementos científicos sobre los que se basa la decisión del legislador de admitir cierta cantidad en posesión y no otra?

En la respuesta a estas interrogantes debe considerarse la dificultad de evitar la discrecionalidad en el momento de determinar dichas cantidades, mismas que deben ser objeto de una escrupulosa revisión por parte del Poder Legislativo para evitar casos tan grotescos como la admisión de posesión sin pena de un kilogramo de peyote, cuando la colecta de este organismo sin autorización de las autoridades ambientales es considerada un delito federal según el Código Penal Federal.

En la revisión en proceso solicitada por el Poder Ejecutivo al Legislativo debe atenderse el conocimiento y la experiencia de la sociedad civil, especialmente en lo que se refiere a los organismos especializados en adicciones, entre otros.

Sólo de esta manera podrá superarse la situación procesal de un detenido con determinada cantidad de estupefacientes en posesión y que se declara ser adicto, que suele ser resuelta por un perito quien actualmente determina las cantidades admitidas en posesión sin punibilidad. Situación que dista mucho de proporcionar certeza jurídica al poseedor de drogas prohibidas.

Las medidas de definición de distribución de competencia sobre la base de la concurrencia de facultades entre autoridades locales y federales conjuntamente con la determinación de cantidades de drogas en posesión sin punibilidad son instrumentos complementarios que pueden contribuir a un reordenamiento de la oferta a la baja en la industria de las drogas beneficiando al consumidor adicto, el cual debe ser objeto de rehabilitación.

Sólo solucionando el reto que tiene ahora el Poder Legislativo mediante el desarrollo de normas claras y precisas será factible compatibilizar la búsqueda de control penal y no penal de una industria que no para de crecer y que causa estragos irreversibles a la sociedad, con el irrespeto a los derechos de la población y de los consumidores.

Sin embargo, el titular del Ejecutivo ha demandado resolver una falta de claridad que permita superar efectivamente la anomia que prevalece en la materia, por lo que esta certidumbre debe buscarse en el fundamento constitucional de las facultades concurrentes y en la definición clara y precisa, con base científica, de las cantidades máximas permitidas en posesión.

Sólo de esta manera podrán lograrse avances en la contención del crecimiento y, por qué no, reversión del crecimiento de una industria asociada a la violencia y a la generación de intensos conflictos sociales.