

Proyecto de sentencia del Amparo en Revisión 585/2020

Ministro ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá

De acuerdo con el proyecto de sentencia, los criterios sobre la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas que consumen cannabis no son aplicables para las personas sujetas al sistema prohibitivo penal por posesión simple de cannabis.

Se hace un análisis dividido en tres rubros: (A) Precedentes sobre la penalización de posesión de narcóticos frente al supuesto de uso o consumo personal; (B) Doctrina sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y (C) Análisis de constitucionalidad de los artículos 473, 477 y 479 de la Ley General de Salud.

En el apartado (A), el proyecto hace un repaso de la prohibición de la posesión de narcóticos desde antes de la reforma del 20 de agosto de 2009 –que introdujo el régimen concurrente de narcomenudeo– hasta la fecha. Además, revisa los criterios que ha tenido la SCJN sobre los delitos contra la salud y, en específico, sobre la posesión de narcóticos.

En el proyecto se destaca que previo a la reforma de 2009, el legislador ya había establecido en el Código Penal Federal sanciones a determinadas conductas relacionadas con el narcotráfico y otras afectaciones a terceras personas bajo la tutela del bien jurídico penal considerado como salud pública. Sin embargo, también estableció que no se debía proceder penalmente en contra de quien se encontrara en posesión de algún narcótico en cantidad tal que se pudiera presumir destinada a su consumo personal y que a las personas farmacodependientes no se les impusiera pena alguna cuando poseyeran algún narcótico para su estricto consumo personal.

Ante este panorama, se desarrolló una importante línea jurisprudencial por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación que amplió la protección de la salud personal a favor de quienes poseían narcóticos para su uso o consumo personal. De ahí que, sin desconocer la salud pública como bien jurídico tutelado penalmente para diversos casos, lo relevante para aquel supuesto fue dar prevalencia a la salud personal de quien había poseído narcóticos para sí y no para afectar a otras personas. Bajo estos precedentes se llegó a concluir incluso que, más que una excusa absolutoria, se actualizaría una excluyente del delito.

Si bien la Corte no lo estableció de manera explícita, pero fue posible tanto para el legislador como para sí establecer una excluyente del delito porque la mera posesión para el consumo y que no tenía la finalidad de suministrarse o comerciarse no tiene una afectación a la salud pública. Y es en este sentido que reconoce que, para salvaguardar la salud individual, “el proceso penal no era la vía correcta para el tratamiento de una persona que había requerido el narcótico para su adicción”.¹

Posteriormente, con motivo de la anunciada reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2009, se adicionó en la Ley General de Salud un capítulo

¹ Amparo directo en revisión 1492/2007, resuelto en sesión de 17 de septiembre de 2009, bajo la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

denominado Delitos Contra la Salud en su Modalidad de Narcomenudeo, dentro de cuyos numerales destacan los artículos 477, 478 y 479. Bajo este nuevo marco normativo se introdujo la “Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato”, en la cual se establecieron determinados tipos de narcóticos –cualidad– y dosis cantidad- como limitaciones para que la posesión pudiera ser consideradas como de consumo personal e inmediato. Es decir, se previó de manera tasada qué tipo de narcóticos y qué cantidades podían ser consideradas para no penalizar la posesión, pero sin atender a las condiciones y necesidades de cada persona.

En el proyecto, el Ministro Alcántara señala que “lo anterior, significó que solo si la persona se ubicaba dentro de los parámetros de cantidad y tipo de narcóticos enunciados de manera limitativa en la tabla, podría tenerse entonces por actualizada la excluyente del delito a que se refiere el artículo 478 de la Ley General de Salud.” En este sentido, se acotó a las personas consumidoras o farmacodependientes sólo a los pocos narcóticos de la tabla, y no a la mayoría que prevé la propia Ley General de Salud. Es decir, “no se reconocería el consumo personal o la farmacodependencia de diversos estupefacientes o psicotrópicos, como por el ejemplo el peyote o el clonazepam, y en cuanto a la lista tasada de la tabla, solo las cantidades ahí establecidas aun cuando alguien pudiera requerir más por su condición personal.”

Por lo cual, recuenta el Ministro ponente que la Primera Sala consideró, al resolver la contradicción de tesis 454/201132, en sesión de 29 de febrero de 2011, que el legislador federal en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, estableció, en lo relacionado con las causas de exclusión del delito, un sistema normativo cerrado basado en criterios cualitativos (tipo de narcóticos) y cuantitativos (peso máximo de los mismos) de la destacada tabla de orientación prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud. Luego, la exclusión del delito podría ser aplicadas en favor de los narcóticos expresamente señalados en dicha tabla (aspecto cualitativo) en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma (aspecto cuantitativo). Es decir, la Primera Sala interpretó que los narcóticos y cantidades que no se encontraban expresamente previstos en la tabla contenida en el artículo 479 de la Ley General de Salud, no podían considerarse para el consumo personal, para el efecto de aplicar una causa de exclusión del delito.

Sin embargo, al resolverse posteriormente el amparo directo en revisión 4371/2013, en sesión de 14 de enero de 2015, la Primera Sala asumió una nueva reflexión al reconsiderar que la posesión de narcóticos conllevaba la posibilidad de que se pudieran actualizar eventuales hipótesis que excluyeran el delito. Se reconoció la convergencia de las anteriores posibilidades, tales como un estado de necesidad que justificara la licitud de determinada cantidad y calidad de algún narcótico, o bien, de eximente de culpabilidad, para lo cual debe siempre atenderse su condición personal y la dosis específica que deba consumir atendiendo sus condiciones personales y especial condición de vulnerabilidad, lo que implicaba un escrutinio estricto. En tales casos, se estableció finalmente, no se constituiría el delito.

Es decir, se precisó que solo cuando la conducta afecta al bien jurídico tutelado, la salud pública, se puede tener constituida la ilicitud del hecho ilícito. Finalmente, se abundó en dicho

precedente que no debía perderse de vista que la función del Estado regulador, en materia penal, se sujeta siempre a la ponderación de los principios rectores propios de un Estado social y democrático de derecho. Ello, partiendo siempre de la supremacía del establecido principio del bien jurídico como eje rector, pues solo así puede mantenerse la vigencia del garantismo penal en el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Bajo este último precedente surgieron las tesis: DELITOS CONTRA LA SALUD. SU CONFIGURACIÓN EXIGE VERIFICAR LAS DOSIS Y EL TIPO DE NARCÓTICO QUE EL CONSUMIDOR REQUIERA POR SU CONDICIÓN ESPECIAL² y LEY GENERAL DE SALUD. EL CATÁLOGO DE NARCÓTICOS AHÍ PREVISTO CUMPLE CON LA FUNCIÓN DEL ESTADO REGULADOR, SIEMPRE QUE SE SUJETE A LOS PRINCIPIOS RECTORES DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.³

En este repaso es posible concluir que la Corte ha ido interpretando, de manera tímida pero progresiva, en favor de la protección de los derechos humanos de las personas consumidoras e incluyendo límites al sistema prohibitivo.

En el apartado (B), el Ministro ponente hace un repaso de la doctrina sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Primera Sala ha desarrollado precedentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre los que destaca el amparo en revisión 547/2018. El cual sostiene que la Constitución mexicana otorga una amplia protección a la *autonomía de las personas*, al garantizar el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen.⁴

En ese sentido, el bien más genérico requerido para garantizar la autonomía de las personas es precisamente *la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros*. La constitución y los Tratados internacionales reconocen un catálogo de “derechos de libertad” que se traducen en permisos para realizar determinadas acciones, que se estiman valiosas para la autonomía de las personas, al tiempo que también comportan límites a los poderes públicos y a terceros. Estos límites prohíben la intervención u obstaculización en las acciones permitidas por el derecho fundamental.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un “área residual de libertad” que no está cubierta por otras libertades públicas. Es decir, estos derechos protegen la libertad de actuación humana de ciertos “espacios vitales”⁵. A su vez, cuando los espacios vitales son intervenidos a través de una medida estatal y no se encuentran expresamente

² Tesis 1a. CDI/2015 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 25, diciembre de 2015, tomo I, página 254, con número de registro 2010599.

³ Tesis: 1a. CCCLVII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 24, noviembre de 2015, tomo I, página 983, con número de registro 2010502.

⁴ Tesis: 1a. CCCLVII/2015 (10a), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 24, noviembre de 2015, tomo I, página 983, con número de registro 2010502

⁵ El Tribunal Constitucional Alemán, en el caso Elfes, señala que los “espacios vitales” de acuerdo con la experiencia histórica son más susceptibles de ser afectados por el poder público.

protegidos por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La doctrina especializada ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad comporta “un rechazo radical de la siempre presente tentación del paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a estas y lo que deben de hacer con sus vidas”. Mientras que el derecho en realidad trata de “la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derecho de los demás, cada ser humano es el mejor Juez de sus propios intereses”.⁶

El derecho permite la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo, de tal manera que supone el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona de ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.⁷

La función de libre desarrollo de la personalidad es salvaguardar la “esfera personal” que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas.

La doctrina señala que el libre desarrollo de la personalidad tiene una dimensión externa y una interna.⁸ La dimensión externa da una cobertura a una genérica “libertad de acción” que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de la personalidad. Desde la dimensión interna, el derecho protege una “esfera de privacidad” en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad de tomar decisiones, a través de las que se ejerce la autonomía de la libertad.

Al tiempo de que se toman las decisiones en aspectos que solo incumben al individuo requieren de ciertas acciones para materializarse. Esto significa que hay situaciones en las que la autonomía se puede observar desde de las acciones y otras veces desde las decisiones.

El proyecto señala que el derecho a libre desarrollo de la personalidad debe de acotarse, por medio de casos concretos en los que se cuestione si determinada acción o decisión individual se encuentra protegida por el derecho. Lo que a su vez consiste en reconocer conductas o decisiones sin interferencias del Estado o terceros.

Sin embargo, el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, y puede limitarse cuando se persigue algún objetivo constitucionalmente válido. Este derecho encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público⁹. Estos límites a su

⁶ Díez-Picazo, Luis María, Sistema de Derechos Fundamentales, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005, p. 69.

⁷ Novena Época, Registro: 165822, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, Materia(s): Civil, Constitucional, Tesis: P.LXVI/2009, Página: 7.

⁸ Eberle, Eduard J., “Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview”, *Liverpool Law Review Journal. of Contemporary Legal and Social Policy*, vol. 33, núm. 3, 2012, p. 211.

⁹ Amparo directo 6/2008.

vez funcionan como cláusula que autoriza al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la personalidad para perseguir esos fines.

En el apartado (C), el Ministro ponente hace su análisis de constitucionalidad de los artículos 473, 477 y 479 de la Ley General de Salud, en los cuales se establece el delito de posesión simple sin fines de comercio o suministro aún gratuito.

En el proyecto se señala que el quejoso se duele de que el delito de posesión simple de cannabis, el cual se le imputa, “quebranta su derecho al libre desarrollo de la personalidad al no ser una medida idónea y proporcional para las personas consumidoras de marihuana.” Por lo cual, considera que se deben aplicar los criterios emanados de los amparos en revisión 237/2014, 1115/2017, 623/2017, 547/2018 y 548/2018, resueltos por la Primera Sala. Aquí cabe acotar que al momento de que se presentó este amparo, estos criterios aún no habían alcanzado el grado de jurisprudencia ni se había emitido la declaratoria general de inconstitucionalidad.

En el proyecto, el ministro ponente reconoce que los precedentes mencionados por la Primera Sala establecen que el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite prima facie que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, así como llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección.

Por lo cual, se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235 y 237 de la Ley General de Salud (entonces vigentes), porque tal prohibición provocaba una afectación innecesaria y desproporcionada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues existen medios alternativos a la prohibición absoluta del consumo de la marihuana que son igualmente idóneos para proteger la salud y el orden público, pero que afectan en menor grado a ese derecho fundamental, y la prohibición absoluta 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 dicha medida. No obstante, en dichos precedentes esta Primera Sala también aclaró que esa autorización no incluía en ningún caso la permisión de importar, comerciar, suministrar o cualquier otro acto que se refiera a la enajenación y/o distribución de las sustancias antes aludidas. Lo cual no está siendo reclamado en este amparo.

Sin embargo, el Ministro Ponente considera que como el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es absoluto, no alcanza para declarar inconstitucional el tipo penal de posesión simple. El ministro Alcántara refiere que la SCJN “ha analizado lo relacionado con los delitos contra la salud, en el supuesto de posesión de narcóticos, el derecho protege la norma penal es precisamente la salud pública.” Llega a esta conclusión después de analizar la exposición de motivos de la reforma a la Ley General de Salud y el Código Penal Federal de agosto de 2009 por el cual se acotó normativamente cuáles eran las sustancias que gozarían de la presunción necesaria para ser consideradas de estricto e inmediato consumo personal, siempre y cuando no excedan el gramaje previsto en la Tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud.

Por lo que refiere el proyecto que es indudable que la intención legislativa estuvo dirigida a eficientar el combate al narcomenudeo, lo cual, constituye un propósito inmediato para alcanzar un fin aún de mayor trascendencia como lo es la salud pública.

Si bien en el proyecto de sentencia, el Ministro Alcántara hace un estudio de la constitucionalidad de proteger a la salud pública por medio del sistema penal y la sanción de las conductas relacionadas con el narcomenudeo, no puntualiza cuál es la afectación que a la salud pública que deviene de la mera posesión de una sustancia y que no tiene como fines ser trasladada a terceros ya sea a través del comercio o del suministro.

También el proyecto señala que la implementación de una tabla de dosis máximas para el consumo personal e inmediato, constituye un medio apto para proteger la salud pública, por la amenaza que representa para la salud física, emocional y moral de los niños, jóvenes y adultos que habitan el país, el permitir que se posea alguna droga, en mayor cantidad a la prevista por el legislador, dado el incremento que se ha dado en el consumo de drogas y como consecuencia de ello el aumento en el número de personas adictas a ellas.

Lo cual no es un argumento válido para el análisis de la constitucionalidad de un tipo penal, pues este se debe constreñir al análisis estricto de la conducta que se considera punible y no incluir suposiciones adicionales de conductas posibles o futuras que no están establecidas en la norma. Es decir, no se puede incluir en este análisis el posible suministro o comercio a personas menores de edad en el análisis del delito de posesión, pues éstas son conductas que están previstas en normas distintas y no en la que se está reclamando. El argumento de que la tabla establece una salvaguarda para que las sustancias no lleguen a manos de terceras personas es tan inadecuado como decir que si se suministra una cantidad menor a la establecida en dicha tabla es menos punible o deja de representar un riesgo a la salud pública. Además de que no se debe dejar de mencionar que la prohibición penal de la posesión simple de cannabis no ha tenido un impacto positivo en la disminución del consumo, ni en la desaparición del mercado ilegal y mucho menos en la protección de la salud pública.

Por último, el proyecto se desvía en analizar si es válido o no que el tipo penal requiera de una autorización para su punibilidad y deja de analizar la proporcionalidad de la prohibición penal a una conducta que desde su definición descarta la afectación a terceras personas y que, además, es necesaria para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas consumidoras.