

Análisis Jurídico en Materia de Narcomenudeo.

Las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2009, a la Ley General de Salud, al Código Penal Federal y al de Procedimientos Penales en materia Federal, en vigor a partir del día 21 del mismo mes y año, propiciaron lo que conocemos como “Ley de Narcomenudeo”.

En esta reforma hay conceptos que no quedaron lo suficientemente claros como son:

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

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; pues es claro que el consumo de narcóticos, ya 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 la sociedad se deteriore 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.

1.- ¿Qué es el narcotráfico y qué es el narcomenudeo?

El narcomenudeo lo podemos definir como la posesión, comercio, suministro o cualquier otra conducta que se realice con narcóticos previstos en la tabla de la Ley General de Salud, 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.

¿Qué es un narcótico?

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 México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia. (*Artículo 473, fracción V, Ley General de Salud*).

Es decir narcótico es el género; estupefaciente, psicotrópico, sustancia o vegetal, es la especie.

Estos están señalados en la Ley General de Salud en sus artículos 237, 245, 248 y en algunos tratados y convenios internacionales firmados por México; como la Convención Única de 1961, sobre estupefacientes, firmada en Nueva York, entre otras.

Antes de la reforma que se comenta, las leyes referían a estupefacientes y psicotrópicos, etcétera, ahora las 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, en base a ello la diferencia entre narcomenudeo y narcotráfico.

Antes, el consumo personal lo determinaba el criterio judicial, y era variante 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 Ley General de Salud, establece las cantidades de droga consideradas como dosis diaria para el consumo personal, como sigue:

Narcótico		Dosis máxima de consumo personal e inmediato.
Opio		2 gr.
Diacetilmorfina o Heroína		50 mg.
Cannabis Sativa, Indica o Mariguana		5 gr. = x 1000 = 5 Kg.
Cocaína		500 mg. x 1000 = 500 gramos ½ kilo.
Lisergida (LSD)		0.015 mg.
	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
MDA Metilendioxi-anfetamina,	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34- Metilendioxi-n- dimetilfeniletilamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

Así tenemos que si se poseen 500 mg. de cocaína, es la cantidad para el estricto consumo personal diario; multiplicado por mil, serían 500 gr. o medio kilo; de ahí hacia arriba, estamos hablando de narcotráfico. De igual manera

para la Marihuana, son 5 gr como consumo personal diario, por mil resultan- 5 kg; esta cantidad ya resulta narcotráfico.

Competencia

La reforma mencionada le otorga competencia para conocer de estas conductas a las policías, ministerios públicos y jueces, todos locales; es decir, cuando no excedan de mil veces las cantidades señaladas para estricto consumo diario (artículo 474 Ley General de Salud), es decir cuando se trata de narcomenudeo.

Sin embargo, el fuero federal conocerá, fuera de estos casos, más de mil dosis para el estricto consumo personal diario, es decir, de narcotráfico; además, en casos de narcomenudeo, cuando se trate de lo siguiente:

- a) Delincuencia organizada
- b) El narcótico no esté contemplado en la tabla referida del artículo 479; puede estar en los tratados o convenios.
- c) Que el Ministerio Público Federal, solicita la remisión del asunto (facultad de atracción).
- d) 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 Ley General de Salud, y en su caso del Código de Procedimientos Penales local. En caso de conflicto de leyes se estará al principio de especialidad y se aplicará la Ley General de Salud, en cuanto a los tipos penales.

En la Ley General de Salud existen algunos tipos penales que existen en el Código Penal Federal y tres excusas absolutorias que también existen en el citado código penal.

1.- Tratándose de medicamentos necesarios para el tratamiento de una persona (artículo 477 segundo párrafo L.G.S.).

2.- Tratándose de farmacodependientes, con cantidad estricta para su consumo personal diario, menos de 5 gr. de marihuana por ejemplo (artículo 478 L.G.S.); y

3.- Para el consumidor, no adicto o farmacodependiente, que se le encuentra cantidad igual o menor para su estricto consumo personal diario. El Código Penal Federal contempla las mismas excusas absolutorias, en diversos artículos.

El Juez común tendrá que aplicar las excusas absolutorias de los artículos 477 y 478 de la Ley General de Salud, y el Juez Federal deberá aplicar el Código Penal Federal en caso de exceso de mil dosis (artículo 474 L.G.S.) y en caso de menos de 999 dosis, pero que el Ministerio Público Federal, atraído por prevenir o atraer el asunto, el Juez Federal aplicará la Ley General de Salud.

Comparación de tipos penales

Comercio o suministro.

El artículo 475 de la Ley General de Salud, establece una pena de 4 a 8 años de prisión, y de 200 a 400 días multa (salario mínimo = \$57.46) al que comercie o suministre.

El Código Penal Federal en su artículo 194 sanciona la misma conducta con 10 a 25 años de prisión y 100 a 500 días multa.

Posesión simple.

La simple posesión, la Ley General de Salud 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, Marihuana – hasta 5 kg. – de 2 años 9 meses a 4 años 3 meses de

prisión, es decir, es más severa; sin embargo, el Juez Federal en estos casos deberá aplicar la Ley General de Salud.

Existen penas más benévolas en la Ley General de Salud, por lo que en determinado caso se debe aplicar la Ley más favorable.

Sin embargo, el artículo 3° Transitorio no permite la aplicación retroactiva de la Ley en beneficio del reo, conforme al art. 14 Constitucional y la Suprema Corte ya se pronunció, declarando inconstitucional dicho transitorio.

Art. 3° Transitorio:

“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”

Sin embargo la Suprema Corte, ya se pronunció en el sentido de que dicho precepto transitorio es inconstitucional.

“DELITOS CONTRA LA SALUD. EL ARTÍCULO 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 FEDERACIÓN 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 Época Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Abril de 2010 Página: 149 Tesis: 1a./J. 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.

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 termino de un año para las legislaturas locales y la asamblea del Distrito Federal, para adecuar la Legislación correspondiente concluyó el 20 de Agosto de 2010. ¿Qué pasa si no lo hicieron?

El juez local, el M.P. y policías locales, aún no tienen competencia?

¡Algunos opinan que no!

Yo opino que la competencia ya la otorgó la Ley General de Salud (art. 474) y finalmente se tendrá que aplicar la Ley General de Salud, en cuanto a los tipos penales y el Código de Procedimientos Penales Local, en cuanto al procedimiento penal, que en nada obstaculiza si no lo adecuan.

¿Como 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. Esto no es obstáculo para poder perseguir y juzgar el narcomenudeo.

Competencia local a partir del veintiuno de agosto de dos mil nueve.

Las autoridades policiacas ministeriales y jurisdiccionales locales de toda la República ya tienen competencia para conocer del narcomenudeo, contrariamente a lo que han opinado algunos juristas y jueces, al interpretar el segundo párrafo del artículo 1 transitorio de la Ley General de Salud, que otorgó un año a las legislaturas locales para “adecuar” las leyes locales a la Ley General de Salud, que 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 ARTÍCULO 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 FEDERACIÓN EL 20 DE AGOSTO DE 2009, LOS TRIBUNALES LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA CONOCER SOBRE AQUÉLLOS 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 No. 165057 Localización: Novena Época, 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 Ley General de Salud, ya estableció claramente la competencia local en su artículo 474.

El artículo 73 de la Constitución Federal 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 (fracción XXI); también lo faculta para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la federación, el Distrito Federal y 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; y,

por ende, el Congreso emitió la famosa reforma del veinte de agosto de dos mil nueve, o “Ley de Narcomenudeo”, donde otorga competencia a las autoridades locales; y 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 estén concedidas expresamente 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 podríamos encontrar una ley contraria al respecto, y si la hubiera, está la solución en el 133; lo que podríamos 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”, y **ahí 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, fracción XXI y XXIII de la Constitución Federal de la República.

Por todo ello, 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 Ley General de Salud, aún cuando la legislatura local no haya adecuado sus leyes en el plazo concedido que venció el veintiuno de agosto de dos mil diez; lo anterior con base en sus normas locales que establecen los procedimientos penales a seguir en la persecución y juzgamiento de los delitos, es decir, el Código de Procedimientos Penales del Estado o el 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 el 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, pero 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, incluyendo Presidencia de la República y se terminaría con el estado de derecho que aún tenemos; y sería muy difícil después quitar este régimen de terror, donde no se respeten 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; y no sería la solución para que el narcotráfico en gran escala siguiera en sus

propósitos y mucho menos para terminar 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 incuestionablemente.

Mi reflexión final es por qué encargarle solamente el narcomenudeo a las autoridades locales; por qué no un poco mas, para que se vean comprometidas a entrarle no sólo a combatir el narcomenudeo, sino también el narcotráfico en ciertos casos.

Así los gobernadores y Jefes de Gobierno no podrán lavarse las manos y decir: “esto 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. Narcomenudeo y narcotráfico.

Retirar la lucha ¡No!

Legalizar las drogas ¡No!

México D.F. 3 septiembre 2010.

Dr. Ricardo Ojeda Bohórquez.