

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2863/2012.

En sesión de fecha cinco de diciembre de dos mil doce, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió declarar infundado el recurso de revisión citado al rubro.

Uno de los problemas jurídicos que se abordaron fue el relativo a la reforma en materia de narcomenudeo, contenida en la Ley General de Salud, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinte de agosto de dos mil nueve.

Dicha reforma sólo es aplicable tratándose de determinadas sustancias y cantidades previstas en la Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo personal e inmediato contenida en el artículo 479 de la misma ley (en lo sucesivo, “la Tabla”).¹

¹ **ARTÍCULO 479.-** Para los efectos de este capítulo se entiende que el narcótico está destinado para su estricto e inmediato consumo personal, cuando la cantidad del mismo, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones no exceda de las previstas en el listado siguiente:

Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato		
Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	2 gr.	
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg.	
Cannabis Sativa, Indica o Mariguana	5 gr.	
Cocaína	500 mg.	
Lisergida (LSD)	0.015 mg.	
MDA,	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
Metilendioxianfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34-metilendioxi-n-dimetilfeniletamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

La recurrente adujo que ese sistema normativo viola el derecho fundamental de proporcionalidad previsto en el primer párrafo del artículo 22 de la Constitución General,² ya que la sustancia que comercializó y por la cual fue sentenciada no se encuentra comprendida en la referida Tabla y, por lo tanto, no hubo lugar a aplicar en su beneficio el sistema normativo de combate al narcomenudeo, sino el previsto en el Código Penal Federal, en particular, el artículo 194, fracción I.³

En la ejecutoria se declaró infundado este agravio, bajo el argumento de que para el caso de que una persona realice un acto de comercio respecto de un narcótico no comprendido en la Tabla, lógica y necesariamente se hará acreedor de las sanciones penales previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, y no así de las establecidas en la Ley General de Salud, sin que esto pueda considerarse violatorio del principio de proporcionalidad de las penas, con todo y que dichas consecuencias jurídicas sean más gravosas para el sujeto activo, toda vez que el propio legislador acotó normativamente cuáles eran las sustancias que debían incorporarse al régimen punitivo del narcomenudeo y cuáles debían permanecer, en atención a su naturaleza o “gramaje”, bajo las previsiones del sistema del narcotráfico.

² **ARTÍCULO 22.-** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. (...)

³ **ARTÍCULO 194.-** Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:
I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud. (...)

La ejecutoria agrega que con independencia del valor terapéutico de la sustancia por cuya venta fue sentenciada la parte recurrente, *el poder legislativo tiene un margen amplio para modelar la política criminal de nuestro país* y, consecuentemente, para decidir qué medidas se adoptarán para combatir los delitos contra la salud.

La sentencia finaliza con el argumento de que, con independencia de que las sanciones previstas en el sistema de narcotráfico son más severas que las correlativas al narcomenudeo, ello no puede estimarse vulnerador del derecho de proporcionalidad, ya que dicha distinción *obedece a objetivos legítimos perseguidos que fueron claramente justificados por el legislador*, de los que se desprende la necesidad de promover el bienestar general de la sociedad democrática.

Coincido con la apreciación de la Primera Sala en el sentido de que el sistema normativo dirigido a combatir el narcomenudeo no genera una transgresión al derecho fundamental a la proporcionalidad de las penas, si se le compara con el régimen aplicable al narcotráfico; sin embargo, considero que la ejecutoria debió tomar en cuenta consideraciones adicionales para sustentar la contestación al agravio de mérito.

- **Motivos del disenso:**

La parte recurrente cuestionó la razonabilidad de la reforma en materia de narcomenudeo, la cual es aplicable sólo a las sustancias y cantidades previstas en la Tabla. La ejecutoria

sintetiza los motivos que tuvo el legislador para instaurar la reforma de mérito y afirma que son legítimos; sin embargo, estimo que para resolver el caso debió invocar, en primer lugar, los criterios que ha sostenido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al principio de proporcionalidad de las penas previsto en el artículo 22 constitucional, tal como lo hace la misma ejecutoria que ahora se comenta al analizar un tema diverso, como lo es la proporcionalidad de la pena prevista en el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal.

Al respecto, la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”⁴, sostuvo que si bien es cierto que el poder legislativo decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del

⁴ El texto de la jurisprudencia es el siguiente: **“De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional -la legislación penal no está constitucionalmente exenta-, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional.”** Jurisprudencia, Materia(s):Constitucional, Penal, Décima Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Tesis: 1a./J. 3/2012 (9a.), Página: 503

órgano de control constitucional pues, en este aspecto, la legislación penal no está constitucionalmente exenta, ya que la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional.

Es decir, de la interpretación del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico y al grado de afectación al bien jurídico protegido, por lo que las penas más graves deben dirigirse para aquellos tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes; principio de proporcionalidad que debe ser respetado por el legislador al momento de establecer las penas y el sistema de imposición de las mismas en la ley.

Agrega la Primera Sala que para determinar la gravedad de un delito también hay que atender a razones de oportunidad que están condicionadas por la política criminal del legislador.⁵

⁵ **“PENAS. PARA ENJUICIAR SU PROPORCIONALIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL PUEDE ATENDERSE A RAZONES DE OPORTUNIDAD CONDICIONADAS POR LA POLÍTICA CRIMINAL INSTRUMENTADA POR EL LEGISLADOR.** El principio de proporcionalidad contemplado expresamente en el artículo 22 constitucional no sólo impone al juez el deber de individualizar la pena teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, también constituye un mandato dirigido al legislador que implica la obligación de verificar que existe una adecuación entre la gravedad del delito y la de la pena. Para hacer este análisis hay que partir de que la relación entre delito y pena es de carácter convencional. En esta línea, la cláusula de proporcionalidad de las sanciones penales no puede significar simplemente que sea inconstitucional una pena cuando ésta es mayor a la de un delito que protege un bien jurídico del mismo valor o incluso de mayor importancia. Por otro lado, la exigencia de proporcionalidad no implica que el sistema de penas previsto en los códigos penales atienda exclusivamente a la importancia del bien jurídico protegido, la intensidad del ataque a ese bien o al grado de responsabilidad subjetiva del agente. La gravedad de la conducta incriminada y la sanción también están determinadas por la incidencia del delito o la afectación a la sociedad que éste genera, siempre y cuando haya elementos para pensar que el legislador ha tomado en cuenta esta situación al establecer la pena. Esto significa que para enjuiciar la proporcionalidad de una pena a la luz del artículo 22 constitucional puede ser necesario atender a razones de oportunidad condicionadas por la política criminal del legislador.”

Estimo que este marco jurisprudencial debió tomarse en consideración para que la Sala se pronunciara sobre la proporcionalidad de la medida legislativa que impugna la parte recurrente pues, de otro modo, la ejecutoria da la impresión de que el planteamiento de la quejosa merece como única respuesta la existencia de la atribución del poder legislativo para modelar la política criminal de nuestro país.

Ahora bien, considero que la aplicación de los estándares de razonabilidad de la pena que ha elaborado la Primera Sala nos llevan a la conclusión de que la reforma legal en materia de narcomenudeo no viola el derecho fundamental de razonabilidad de la pena.

En efecto, esta Primera Sala se ha pronunciado sobre la razonabilidad de los fines que persiguió el legislador para establecer las medidas legislativas relativas al narcomenudeo y, en particular, de la Tabla. Dichos precedentes fueron emitidos para afirmar que la multicitada reforma no transgrede otros derechos fundamentales, como los de igualdad y no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del gobernado; sin embargo, estimo que también son útiles para argumentar la no transgresión al artículo 22 constitucional.

En efecto, al resolver por unanimidad de votos los amparos en revisión 416/2010, 571/2010, 579/2010, 581/2010 y 628/2010,

Amparo directo en revisión 181/2011. 6 de abril de 2011. Cinco votos. (El Ministro José Ramón Cossío Díaz formuló voto concurrente respecto de algunas consideraciones). Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

el día ocho de septiembre de dos mil diez, este Alto Tribunal sostuvo que el legislador ordinario estableció un marco diferenciado de regulación penal del delito contra la salud, el cual obedeció a los objetivos delimitados en la exposición de motivos correspondiente, pero que se comprende en la finalidad de hacer eficiente la labor del Estado en materia de combate al narcomenudeo, a través de la corresponsabilidad de los gobiernos federal y de las entidades federativas para la prevención y el combate a la posesión, comercio y suministro de narcóticos; la tipificación y sanción de esas conductas delictivas; así como la determinación de mecanismos para el tratamiento médico y programas de prevención para farmacodependientes y no farmacodependientes.

Afirmó que la reestructura legal generó dos ámbitos de punibilidad para el delito contra la salud, en sentido genérico, por una parte la correspondiente a la competencia originaria del fuero federal para conocer de los delitos con mayor impacto en esta materia, que se reflejan en el ámbito de conductas relacionadas con el narcotráfico, con especiales salvedades, como acontece con la posesión simple de narcóticos respecto de sustancias no consideradas como comprendidas en el marco de narcomenudeo; paralelamente se estableció el marco jurídico de regulación penal del esquema de narcomenudeo con las adiciones a la Ley General de Salud.

Por ende, esta Primera Sala concluyó que, independientemente de que existan otras sustancias y cantidades no descritas en la Tabla contemplada en el artículo 479 de la Ley

General de Salud, con efectos y consecuencias diferentes, lo cierto es que el legislador tiene la facultad exclusiva para decidir cuáles conductas que se presentan en las relaciones sociales y jurídicas merecen ser catalogadas dentro de un orden jurídico punitivo, por afectar los valores más valiosos de la sociedad, atendiendo a cuestiones de política criminal.

En ese contexto, la Primera Sala precisó que la finalidad de la Ley General de Salud examinada, como se dice en la exposición de motivos respectiva, puede ser fácilmente identificada con el objetivo de combatir el narcotráfico, otorgándose prioridad a los medios de prevención y atención a las adicciones, sin descuidar la organización de la estructura punitiva contra las organizaciones criminales que promueven el consumo de drogas entre la juventud.

El legislador, por lo tanto, no introduce arbitrariamente una disposición que distinga entre aquellos que quedan supeditados al orden jurídico del narcomenudeo y los que no, sino que lo hace con el fin de alcanzar un objetivo constitucionalmente previsto – relativo a la protección de la salud–, sin incurrir en desproporciones no equivalentes en términos de los bienes y derechos afectados.

Por otro lado, esta Primera Sala ya ha sostenido que los narcóticos y cantidades señalados en la Tabla referida, son enteramente razonables, pues como se establece en la exposición de motivos de mérito, son el resultado del intercambio de experiencias por parte de la Dirección General de Servicios

Periciales, de la Procuraduría General de la República, y del Centro Nacional contra las Adicciones, de la Secretaría de Salud, en los cuales, se tomaron en consideración principalmente, las sustancias que han sido detectadas como de mayor consumo.

Finalmente, en los precedentes de mérito se consideró que estamos en un ámbito en el que no hay una afectación directa de derechos fundamentales de los individuos, porque la Constitución no otorga un derecho subjetivo a quien se le atribuya la comisión del delito contra la salud, en la modalidad de comercio o suministro, conforme al sistema punitivo establecido en el Código Penal Federal, para que por el tipo de narcótico o cantidad con la que se le relacione deba ser objeto de aplicación del sistema de sanciones especiales de narcomenudeo previsto en la Ley General de Salud.

Bajo este marco jurídico, puede sostenerse que la afectación pública a través de la comisión del delito contra la salud, genera un grado de lesión mayor al bien jurídico protegido cuando el objeto del delito es una sustancia destinada al narcotráfico, que aquél que sólo entraña una actividad de mero narcomenudeo, por tratarse de una sustancia comprendida en la Tabla, por lo que el primero merece la aplicación de penas más graves que el segundo. Por su parte, la existencia de la Tabla no es gratuita: como ya se dijo, es el resultado del intercambio de experiencias por parte de la Dirección General de Servicios Periciales, de la Procuraduría General de la República, y del Centro Nacional contra las Adicciones, de la Secretaría de Salud, quienes tomaron

en consideración, principalmente, las sustancias que han sido detectadas como de mayor consumo y que, por lo tanto, pueden ser objeto de narcomenudeo.

En consecuencia, se estima que con la existencia de la Tabla sí se respeta el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Son los motivos anteriores los que me persuadieron a votar en favor de la ejecutoria y considero que argumentos similares debieron exponerse en la sentencia de mérito, razón por la cual formulo el presente voto concurrente.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.

SECRETARIO DE ACUERDOS

LIC. HERIBERTO PÉREZ REYES.