

EL RÉGIMEN DE LA DROGA EN MÉXICO: UNA VISIÓN PANORÁMICA

SUMARIO: I. *La dimensión internacional.* 1. *México y la regulación jurídica internacional de la droga.* 2. *La Convención Única de 1961, su Protocolo y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas.* 3. *La Convención de Viena de 1988.* II. *La dimensión sanitaria.* 1. *El derecho sanitario nacional sobre estupefacientes y psicotrópicos.* 2. *El régimen sanitario de los estupefacientes.* 3. *El régimen sanitario de los psicotrópicos.* III. *La dimensión penal.* 1. *El Código Penal y la droga.* 2. *El bien jurídico protegido.* 3. *El objeto de la acción.* 4. *Los tipos delictivos.* 5. *Las circunstancias agravantes.* 6. *Penas y medidas de seguridad.*

Es una red casi inextricable de normas la que en México, como en cualquier otro país, constituye el régimen jurídico de la droga. Instrumentos internacionales vinculantes, reglas de derecho administrativo en el ámbito de la salud, leyes penales represivas de ciertos comportamientos concernientes a la droga, se entrelazan los unos con los otros de un modo que deja a salvo, sin embargo, su diversidad de sentido, propósito y alcance. Una faena prolija puede, por cierto, deslindar los planos en que estas diferentes normas respectivamente rigen, y esclarecer la correcta imbricación en que se disponen. Ello como paso previo a un examen a fondo de su contenido. Este documento, acusadamente expositivo, parco en juicios de valor y deliberadamente desprovisto de un frondoso aparato erudito, es una primera contribución a aquella previa faena de esclarecimiento.

I. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL

1. *México y la regulación jurídica internacional de la droga*

La regulación jurídica mexicana de la droga se ve muy tempranamente influida por la acción internacional concertada en contra de ésta. Tal acción internacional tiene como punto de partida, según se sabe, la Convención del Opio de Shanghai, celebrada en 1909, origen de la Conferencia de La Haya de 1912, a la que asistieron representantes de doce Estados, y en donde se concluyó la Conven-

ción de La Haya, que entraría en vigor el 11 de febrero de 1915. Los principios establecidos en esa Convención han seguido siendo la base de la regulación internacional de las drogas.

México formó parte desde un comienzo de la comunidad de Estados que se sometieron a este marco jurídico internacional. En efecto, el 8 de marzo de 1925 firmó el protocolo relativo al cumplimiento y observancia de la citada Convención de La Haya; suscribió con posterioridad la Convención celebrada en Ginebra el 13 de julio de 1931, que limitó la fabricación y reglamentó la distribución de enervantes; y se reservó el derecho, al firmar esta última, de aplicar en su territorio medidas más estrictas que las establecidas en ella relativamente a la restricción del cultivo, elaboración, uso, posesión, importación y consumo de las drogas a que se refería. Ya en 1926 comenzó el Código Sanitario, y algo más tarde el Código Penal, a remitirse a los tratados y convenciones internacionales suscritos por México en materia de enervantes, y con mayor razón lo seguirían ambos haciendo a medida que se afinaba y especializaba el marco jurídico en que operaba al respecto el conjunto de las naciones. El país es, pues, signatario de la Convención Única sobre Estupefacientes aprobada en Nueva York el 25 de marzo de 1961 y en vigor desde el 13 de diciembre de 1964, y del Protocolo aprobado en Ginebra el 25 de marzo de 1972 y en vigor desde el 8 de agosto de 1975, que la modifica, así como del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas suscrito en Viena el 21 de febrero de 1971, en vigor desde el 16 de agosto de 1976, instrumentos todos que casi sin excepción han dejado sin vigencia a los anteriores. En fin, México ya ha ratificado —*Diario Oficial* de 5 de septiembre de 1990— la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, acordada en Viena en 1988, y en vigor.

2. *La Convención Única de 1961, su Protocolo y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas*

La Convención Única y el Protocolo que la modifica, así como el Convenio sobre Psicotrópicos, sustituyen a los instrumentos preexistentes sobre la materia, y aspiran a dar organicidad a las normas reguladoras de la acción internacional contra la droga.

Importa destacar que la Convención reconoce, por una parte, la necesidad médica de los estupefacientes para mitigar el dolor y, por otra, el mal grave para el individuo y el peligro social y económico

que para la sociedad entraña la toxicomanía, mal que es obligatorio prevenir y combatir. De ahí la necesidad de una acción concertada y universal que torne eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes. Para esos instrumentos, pues, toxicomanía y uso indebido parecen identificarse.

A fin de prevenirlos es preciso, en primer lugar, limitar la producción, el tráfico y el consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas a lo indispensable para mitigar el dolor y para finalidades científicas. La mayoría de las normas de la Convención están destinadas, pues, a establecer un detallado mecanismo de fiscalización de la producción, el tráfico y el consumo lícitos de estupefacientes y psicotrópicos. La producción y el tráfico puestos no ya al servicio de fines lícitos sino al uso indebido de la droga, debe, en segundo lugar, ser objeto de represión por el ordenamiento penal de cada Estado, de acuerdo con el compromiso de las partes de tipificar las formas de conducta respecto de la droga que la Convención señala, y de adjudicarles las penas condignas.

En esos dos planos se despliegan las obligaciones de cooperación de las partes. Éstas, conforme al artículo 4º de la Convención, han de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para cumplir en el propio territorio y cooperar con los demás Estados a cumplir en los suyos las disposiciones de la Convención, limitando sólo a fines médicos y científicos la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de estupefacientes. Por otra parte, según el artículo 35, adicionado por el Protocolo, los Estados signatarios deben ayudarse mutuamente en la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes, manteniendo contra él una acción coordinada y expedita, proporcionando incluso, si lo consideran apropiado, a la Comisión y a la Junta a que luego se alude, información relativa a las actividades ilícitas dentro de sus fronteras, incluida la referencia al cultivo, producción, fabricación, tráfico y uso ilícito de estupefacientes.

La acción internacional contra la droga se ejerce en relación con los estupefacientes y psicotrópicos respectivamente señalados en las listas de los primeros, anexas a la Convención Única y en las listas de los segundos contenidas en el Convenio. La Convención no formula el concepto de estupefacientes conforme a criterios, digamos, ontológicos. Opta más bien por un sistema enumerativo. Contiene cuatro listas (I, II, III y IV) elaboradas conforme a regímenes distintos de fiscalización para cada grupo. En rigor, sólo las dos primeras son de sustancias estupefacientes, pues la lista III lo es de preparados de los estupefacientes contenidos en la lista II y la IV

lo es de sustancias ya comprendidas en la lista I. Parece útil recordar que en las correspondientes listas de estupefacientes de la Convención Única se han incorporado plantas como la *cannabis*, la adormidera y la coca, que no se incluían en los convenios anteriores, y que entre las plantas y sustancias que abarca en sus listas suelen hallarse algunas que producen efectos diferentes del estupor o la estupefacción.

En cuanto a los psicotrópicos, el Convenio, al igual que la Convención Única, utiliza un sistema enumerativo. Con todo, es digno de hacerse notar que el párrafo 2 del artículo 2º del Convenio parece aproximarse a un concepto al menos médico-psicológico de los psicotrópicos al poner el acento en sustancias que pueden producir un estado de dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motriz, del juicio, del comportamiento, de la percepción o del estado de ánimo, y cuyo uso indebido es o puede constituir un problema sanitario y social. Es en atención a esos efectos, ciertamente, que se clasifican los psicotrópicos en listas (I, II, III y IV), de modo que los incluidos en la lista I quedan sometidos a un régimen mucho más estricto que el aplicable a los de las listas II, III y IV en cuanto a uso y fabricación, comercio, distribución, prescripción, propaganda, registro, tráfico internacional, restricciones de importación y exportación, inspección, etcétera.

La elaboración de las listas tanto de estupefacientes como de psicotrópicos es atribución de la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, creada, por cierto, con anterioridad a la vigencia de la Convención Única. Le incumbe, también, decidir la alteración del contenido de tales listas, conforme al procedimiento señalado en las normas pertinentes de la Convención y el Convenio.

Pero la cooperación internacional en materia de estupefacientes encarna principalmente en la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, a cargo de importantes tareas que aparejan muy serias autolimitaciones en que incurren los Estados en cuanto a política internacional en esta materia. Ello se refleja en aspectos como la previsión de las necesidades nacionales de estupefacientes con fines lícitos, la revelación de las existencias anuales de tales sustancias, los datos estadísticos que han de proporcionar las partes en cuanto a producción y fabricación, consumo, importaciones y exportaciones, decomiso y destino de las cantidades decomisadas, etcétera. Con razón ha hecho valer México algunas específicas reservas en esta área de inspección internacional.

Aparte los importantes preceptos sobre limitación general de la fabricación importación, exportación, comercio, distribución y comercio internacional de estupefacientes, la Convención Única contiene normas sobre fiscalización del opio, la paja de adormidera, el arbusto y las hojas de coca y, en fin, la *cannabis*.

Esto en lo tocante a la regulación internacional de la actividad lícita en torno de los estupefacientes.

En cuanto a la lucha frontal contra el tráfico ilícito, esto es, la represión, a que la Convención no dedica más de cuatro artículos de los cincuenta y uno que contiene, cada una de las partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos las acciones internacionales de cultivo, producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho por cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes con las disposiciones de la Convención Única. El compromiso se extiende a la imposición de penas condignas, incluida por cierto la privación de libertad, y a la incriminación de la participación, la tentativa, los actos preparatorios y las operaciones financieras de apoyo. Las normas demasiado abiertas sobre extradición con que el Protocolo alteró en parte el artículo 36 de la Convención no han sido aceptadas por México.

La estructura de la Convención y su contenido someramente reseñados se reflejan en buena medida, como más adelante se verá, en el sistema de disposiciones sobre estupefacientes y psicotrópicos de los códigos sanitarios mexicanos desde el de 1926 y hasta la vigente Ley General de Salud. Y ello porque ya desde ese año de 1926 se encontraba México ligado a los instrumentos internacionales sobre la materia.

3. *La Convención de Viena de 1988*

Aquella estructura y el acento general de la Convención Única se ven sustancialmente alterados en la nueva Convención de Viena de 1988.

Los extensos y variados fundamentos de esta Convención, que contrastan con la parquedad de los de la que hemos venido comentando, son muestra del impresionante incremento del tráfico ilícito de la droga y de la complejidad alcanzada por el fenómeno en los diecisiete años transcurridos entre ambos textos. La estructura del instrumento resulta invertida: la represión penal de la droga es objeto

de su primera parte y abarca 40% de su texto, que atrapa también como conductas dignas de punición por las legislaciones nacionales la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o sustancias destinados al cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y muy ampliamente el "lavado de dinero", cuya persecución, si se lleva adelante realmente, dará al traste con el secreto bancario, como empieza a ser el caso en Suiza tras la reciente reforma del Código Penal en este sentido. Contiene la nueva Convención disposiciones más precisas sobre prevención y postratamiento; sobre circunstancias agravantes que las reformas recientes al Código Penal mexicano se han anticipado ya a recoger en sus disposiciones; sobre competencia, decomiso, extradición, asistencia judicial recíproca, remisión de actuaciones penales y otras formas de cooperación y capacitación con miras a aumentar la eficacia de las medidas de detección y represión de los delitos de que trata la Convención, etcétera.

A partir del artículo 12, la nueva Convención inaugura el tratamiento de materias no penales con detalladas disposiciones, enteramente inéditas, relativas, *inter alia*, a la fiscalización de las sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y a los demás materiales y equipos que al efecto se emplean; a los transportistas comerciales; al tráfico ilícito por mar; a zonas y puertos francos y a la utilización de servicios postales. El resto de las normas concierne al afinamiento y complemento de las funciones de la Comisión y de la Junta, ya legislados por la Convención Única de 1961, que no queda abrogada—como tampoco el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas— por la nueva.

II. LA DIMENSIÓN SANITARIA

1. *El derecho sanitario nacional sobre estupefacientes y psicotrópicos*

El derecho sanitario nacional sobre estupefacientes y psicotrópicos reproduce en buena medida la intención que inspira el ya reseñado derecho internacional de la droga, vinculante para México. No debe ser ello motivo de sorpresa, puesto que el país, según se recordará, se ha atenido en esto desde temprano a las obligaciones internacionales contraídas. En el plano de la legislación nacional de salud refléjase, en efecto, la doble preocupación discernible en el plano in-

ternacional: regular el uso lícito de estupefacientes y psicotrópicos y, a la vez, reprimir su empleo abusivo o indebido.

Sobre el precedente de códigos sanitarios que se suceden desde el de 1926, la vigente Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial* de 7 de febrero de 1984, incluye en los títulos pertinentes de normas reguladoras de la salubridad general, las que conciernen a estupefacientes y psicotrópicos, y tiene por tales, "para los efectos de esta Ley", a los que respectivamente enumera en los artículos 234 y 245 y a cualesquiera otros que determine la Secretaría de Salud o el Consejo de Salubridad General, según disponen, respectivamente, el último párrafo del artículo 234 y el artículo 246.

Esos diversos efectos conciernen, en términos generales, a la promoción de la salud (artículo 73) y a la atención médica (en sus funciones preventiva, curativa y rehabilitadora a que se refiere el artículo 33) de las personas que usen habitualmente estupefacientes o sustancias psicotrópicas (artículo 74); al programa contra la farmacodependencia que evalúa el Consejo Nacional contra las Adicciones, creado por la misma Ley y sujeto en su organización y funcionamiento a un reglamento que le está especialmente destinado; a los actos de control sanitario de la fabricación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prescripción médica, expendio, importación y exportación de unos y otras, materias todas que regula con mayor detalle un extenso Reglamento de Control Sanitario de Actividades, Establecimientos, Productos y Servicios (*Diario Oficial* del 18 de enero de 1988).

Cuando es el caso, a las normas pertinentes se engarzan las sanciones administrativas condignas, independientemente de la incriminación penal que pueda haber formulado la ley.

2. *El régimen sanitario de los estupefacientes*

Comencemos con los estupefacientes. Importa hacer notar que la ley no ofrece respecto de ellos criterio médico-psicológico alguno, sino que se limita a enumerarlos en una lista inconmensurablemente más extensa que la de los primeros códigos sanitarios (artículo 234). Esa lista reproduce prácticamente en su integridad las listas I y II de estupefacientes de la Convención de Viena de 1968.

Los actos de siembra, cultivo, cosecha, elaboración, preparación, acondicionamiento, adquisición, posesión, comercio, transporte en cualquier forma, prescripción médica, suministro, empleo, uso, consumo y, en general, todos los actos relacionados con estupefacientes

o con cualquier producto que los contenga, queda sujeto a esta misma Ley y a sus reglamentos, a los tratados y convenciones vinculantes para México, a las disposiciones que expida el Consejo de Salubridad General, a otras leyes y disposiciones generales sobre la materia, a las normas técnicas que dicte la Secretaría de Salud y a las disposiciones relacionadas que emanen de otras dependencias del Ejecutivo federal en el ámbito de sus respectivas competencias (artículo 235).

Esto sentado, erige la Ley un régimen de prohibiciones y otro de permisiones subordinadas a la satisfacción de ciertos requisitos. Las prohibiciones recaen sobre todos los actos precedentemente mencionados respecto de las mismas sustancias que ha sido ya proverbial consignar en este contexto: opio preparado para fumar; heroína, sus sales o preparados; *cannabis sativa*, índica y americana o mariguana; *papaver somniferum* o adormidera; *papaver bacteatum*, y *erythroxilon novogratense* o coca en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones. Igual prohibición puede establecerse por la Secretaría de Salud para otras sustancias que las señaladas en la luenga lista de estupefacientes del artículo 234 (artículo 237). La sanción administrativa a la transgresión de estas prohibiciones es la multa establecida en el artículo 421 de la Ley General de Salud, sin perjuicio, por supuesto, de la sanción penal a que hubiere lugar. Cabe indicar, sin embargo, que el acto de adquisición de estas sustancias, tan terminantemente prohibido en el artículo 237, por su remisión al artículo 235, es permitido si su finalidad es la de investigación científica (artículo 238).

Ahora bien, los actos que aparecen legalmente prohibidos respecto de aquel grupo restringido de estupefacientes, son actos permitidos bajo ciertas condiciones respecto de todos los demás estupefacientes de la larga lista del artículo 234. De entre estos actos se ocupa especialmente la Ley de la prescripción médica y de la importación y exportación. Por lo que hace a la primera, sólo los médicos cirujanos, los médicos veterinarios, los cirujanos dentistas, y los pasantes de medicina en ciertas situaciones, pueden prescribir estupefacientes (artículo 240), prescripción que debe hacerse en recetarios especiales en los términos que circunstanciadamente establece el artículo 241 de la Ley. La sanción administrativa a la respectiva infracción es la multa señalada en el artículo 421. Por lo que atañe a la importación y exportación (no al transporte por el territorio nacional, reiteradamente prohibido en el artículo 293), se las hace objeto de minuciosas reglas, que otorgan a la Secretaría de Salud atribuciones de control sanitario, identificación, comprobación, certificación y vigilancia. Respecto de los estupefacientes y productos o preparados que los con-

tengan se señalan las aduanas habilitadas, los establecimientos exclusivamente autorizados, la documentación requerida, etcétera. La transgresión a las diversas exigencias de la ley merece también la multa impuesta por la vía administrativa, sin perjuicio de la sanción criminal que corresponda (artículos 289 a 293, en relación con el 421).

3. *El régimen sanitario de los psicotrópicos*

Relativamente a las sustancias psicotrópicas, su regulación se incorpora a la legislación sanitaria sólo a partir de 1973. Ni entonces ni ahora aporta la Ley criterios definitorios sino que procede, como con los estupefacientes, a enumerar las sustancias que surten o pueden surtir efecto psicotrópico.

Para los propósitos de la Ley se consideran sustancias psicotrópicas las señaladas en su artículo 245 y aquellas que determine específicamente el Consejo General de Salubridad o la Secretaría de Salud. La legislación nacional se atiene en esto muy estrechamente a los instrumentos internacionales ratificados por México en la materia, en este caso al Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas. Como en ese instrumento, las sustancias enumeradas se distribuyen en listas precedidas por diferentes enunciados, que importa reproducir:

I. Sustancias psicotrópicas de valor terapéutico escaso o nulo que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública. Entre ellas se cuentan el LSD, el LSD-25, el MDMA (tenanfetamina), la mescalina, el peyote y los hongos alucinógenos de cualquier variedad botánica. A su respecto queda prohibido todo acto de los mencionados en el artículo 247 de la Ley.

II. Sustancias psicotrópicas de algún valor terapéutico, pero que constituyen un problema grave para la salud pública. Entre ellas se incluyen algunas anfetaminas y algunos barbitúricos. Las sustancias psicotrópicas de esta segunda categoría quedan sujetas, como los estupefacientes sometidos a permisiones condicionadas, a los requerimientos que deben satisfacerse para su fabricación, importación, exportación, prescripción médica, etcétera.

III. Sustancias psicotrópicas de algún valor terapéutico, pero que constituyen un problema para la salud pública. Entre éstas hállanse los sedantes hipnóticos del extenso grupo de las benzodiacepinas, verbigracia el diazepam (valium), y muchísimos otros, como el meprobamato. Su venta o suministro al público requiere receta médica que

contenga el número de la cédula profesional de quien la expida, receta que deberá surtirse por una sola vez y retenerse en la farmacia que lo haga, de acuerdo con las disposiciones de la Secretaría de Salud.

IV. Sustancias psicotrópicas de amplios usos terapéuticos y que constituyen un problema menor para la salud pública. Se comprenden en esta lista, amén de muchos barbitúricos, sustancias tan dispares como la clorpromazina, la cafeína y el pentotal sódico. Su venta o suministro al público están sujetos al mismo régimen jurídico de las sustancias que pertenecen al precedente grupo, con la diferencia de que pueden surtirse hasta tres veces, con una vigencia de seis meses contados desde la fecha de su expedición, y sin requerirse ya la retención de la receta médica en la farmacia que surta la sustancia.

V. Las sustancias psicotrópicas que carecen de valor terapéutico y que se utilizan corrientemente en la industria, las cuales se determinan en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

Conforme al artículo 253 de la Ley, es a la Secretaría de Salud a quien corresponde determinar cuáles entre aquellas sustancias deben ser consideradas peligrosas, sujetando a su control la venta de ellas. Las disposiciones reglamentarias relativas a estas sustancias, y a que remite la fracción V del artículo 235, se contienen en los artículos 1155 y 1168 a 1179 del ya citado Reglamento de la Ley General de Salud sobre control sanitario de actividades, establecimientos, productos y servicios. El artículo 1155 es el que determina las sustancias a que se refiere el grupo V del artículo 245 de la Ley. En esa enumeración hay un conjunto *A* de materias primas utilizadas en la industria, aisladamente o en combinación, cuya inhalación produce o puede producir efectos psicotrópicos, como ciertos hidrocarburos, éteres, alcoholes, etcétera, y un conjunto *B* que no concierne ya a materias primas sino a productos terminados que las contienen, con un primer subconjunto de adelgazadores (*thinners*); adhesivos, pegamentos, cementos; pinturas, lacas, barnices, esmaltes, desmanchadores, etcétera; un segundo subconjunto de impermeabilizantes, y un tercer subconjunto de aerosoles, desodorantes y anticongelantes.

Respecto de estos inhalables —y no “inhalantes”, como acertadamente ha corregido García Ramírez—,¹ el Reglamento antes citado exige a sus productores mantener informada a la autoridad; dispone

1 García Ramírez, Sergio, “El nuevo régimen penal y administrativo sobre estupefacientes y psicotrópicos”, *Cuestiones criminológicas y penales contemporáneas*, México, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981, p. 22.

sobre la etiqueta de advertencia que debe estamparse en los respectivos envases; previene sobre las atribuciones que incumben a la autoridad en caso de riesgo concreto para la salud de las personas; prescribe sobre el almacenamiento, transporte o posesión de esas sustancias; exige medidas de seguridad en los talleres, artesanías, escuelas y otros centros similares en que se las utilice; contempla la implantación de ciertas medidas específicas para prevenir y combatir la inhalación de estas sustancias en los establecimientos que las produzcan, utilicen o expendan; proclama la atención preferente a la educación de la población en esta materia, y obliga a los propietarios, encargados o responsables de establecimientos industriales, comerciales o de servicio en que usen o expendan productos que contengan las expresadas sustancias, a comunicar en brevísimo plazo a las autoridades sanitarias los casos de intoxicación por efecto de ellas.

Ya caracterizadas las diversas categorías de sustancias psicotrópicas y las reglas sanitarias tocantes a su prescripción y expendio, sólo cabe dar por reproducida la regla concerniente a los diversos órdenes normativos a que están sujetos los numerosos actos de producción y tráfico que la Ley ya había pacientemente enumerado tratándose de los estupefacientes, enumeración que en cuanto a las sustancias psicotrópicas se repite en el artículo 247.

Éste es, en síntesis, el cuadro que ofrece el derecho sanitario nacional relativamente a estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

III. LA DIMENSIÓN PENAL

1. *El Código Penal y la droga*

La perseverancia de México en combatir la producción, tráfico y consumo de la droga no lo ha llevado, sin embargo, como a otros países de América hispana, a dictar a su respecto un estatuto jurídico especial. Mientras eso ocurrió en Bolivia en 1916 con la Ley de Drogas; el mismo año en el Ecuador con la Ley del Comercio del Opio y demás Drogas; en Colombia en 1920 con la Ley sobre Importación y Venta de Drogas que forman Hábito Pernicioso; en el Perú en 1921 con la Ley 4428 que regula la importación, exportación y comercialización de la cocaína y sus sales y derivados, y, en fin, en 1930 en Venezuela con la Ley de Narcóticos, en México las normas respectivas han seguido conteniéndose esencialmente en la legislación sanitaria, la penal y la procesal penal, prescindencia hecha,

por cierto, de algunas normas especiales concernientes a la acción preventiva frente a la droga. México sigue sin consagrarle una ley especial, al paso que el Perú en 1978, Venezuela en 1984, Colombia en 1986, Ecuador en 1987 y Bolivia en 1988, han actualizado sus estatutos legales específicos en la materia.²

2. *El bien jurídico protegido*

El Código Penal sitúa las conductas punibles relativas a estupefacientes y sustancias psicotrópicas entre los delitos contra la salud, y durante largo tiempo no se dudó de que era la salud el bien jurídico protegido, pero no la salud individual, tutelada con la incriminación de las lesiones y de otros comportamientos, sino la salud pública, pese a que el Código prescinde de ese apelativo en el rótulo del capítulo correspondiente. De lo dicho podría inferirse que desde el primer instante avizó el legislador el carácter epidemiológico del mal de la droga.

En época más reciente se han manifestado reservas en cuanto a que estos delitos atenten en contra de la salud pública. Se dice, al efecto, que si se entendiera reprimir el empleo de la droga en defensa de tal bien, sustancias que son drogas y que son manifiestamente dañinas a la salud, como por lo pronto el alcohol y el tabaco, se hallarían entre las que según la ley forman el objeto de la acción en estas infracciones. Se agrega que algunas de las sustancias que se incluyen no crean ningún peligro para la salud pública, como acontece con numerosas sustancias psicotrópicas.³ Se hace presente, en fin, que por poco que se pare mientes en el sentido de la cruzada mundial contra la droga, la preocupación que la inspira es menos la tutela de la salud pública que la defensa de grandes intereses económicos amenazados por la expansión de la producción, la comercialización y el consumo ilícitos de la droga.

² La esperanza de que la magnitud alcanzada por el fenómeno de la droga a nivel nacional e internacional, inicie una declinación por causas propias del mismo o por efecto de una modificación de la política asumida a su respecto, no nos pone en favor de estatutos jurídicos especiales sobre la materia. No creemos, pues, con Marino Barbero Santos, "La droga en España. Problemática social", en Velázquez, Fernando (ed.), *Drogas, problemática actual en España y América*, Bogotá, Temis, 1989, p. 57, que por la extensión de su contenido, como por su carácter contingente, sea aconsejable regular jurídicamente el tema de la droga en una ley especial.

³ Sería el caso, entre otros, de algunos psicotrópicos, como el valium y el meprobamato, incluidos en la lista III, o la clorpromazina, la cafeína y el pentotal sódico, incluidos en la lista IV, según mencionáramos *supra*, al exponer la dimensión sanitaria.

Quienes así piensan, cuando no favorecen de plano la legalización de la droga, siguen viendo en tales delitos la lesión a intereses o bienes de que no es titular el individuo sino la colectividad, y los sitúan entre los que atentan, sea contra la humanidad, sea contra la nación, sea contra la seguridad, sea contra la economía pública. No es dable fundamentar latamente un pronunciamiento sobre el asunto en una exposición eminentemente panorámica sobre el régimen jurídico de la droga en México.

3. *El objeto de la acción*

No parece fácil discernir lo que natural y obviamente ha de tenerse por objeto de la acción en estos delitos.

A ello no ayuda, desde luego, la pluralidad de términos que para designar tal objeto utiliza el lenguaje común: drogas heroicas, narcóticos, enervantes, estupefacientes. El recurso a las definiciones procedentes del ámbito técnico tampoco contribuye demasiado a hacer claridad sobre el asunto, máxime si de aquel ámbito se recoge un enunciado tan general como el ofrecido de las drogas prohibidas en 1950 por la Organización Mundial de la Salud, que entonces las definía como "toda sustancia que introducida en el organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones", con lo que, al decir de un autor, por drogas podrían ser tenidos hasta los alimentos.⁴

Mucho mayor claridad arroja, en el plano de las drogas tenidas por ilícitas, el siguiente párrafo de Barbero Santos, catedrático de derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid, que por su precisión reproducimos *in extenso*:

...son drogas sustancias naturales o sintéticas que alteran las sensaciones, la actividad mental, la conciencia, la conducta, y producen sea dependencia psíquica (necesidad imperiosa de seguir consumiéndola con el fin de obtener sensaciones placenteras o de disipar una situación de ma-

4 Fernández Carrasquilla, Juan, "Hacia una alternativa para la política de las drogas en América Latina", en la obra editada por F. Velásquez, *cit.*, nota 2, p. 148. Con razón dice Rosa del Olmo, la destacada estudiosa venezolana del problema de las drogas, que tener por droga —según reza su definición farmacológica— "cualquier sustancia química, natural o artificial, que modifique la psicología o actividad mental de los seres humanos", es comprender a toda una serie de sustancias que van desde el azúcar, la cafeína, el chocolate, hasta la coca, la heroína o la cocaína, así se trate de drogas buenas o inocuas o de drogas peligrosas (creadoras de dependencia); de drogas institucionalizadas o domesticadas o de drogas no institucionalizadas; de drogas legales o de drogas ilegales. Véase Olmo, Rosa del, "Drogas: ¿percepciones o realidad?", *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, núm. 47, enero-marzo de 1990, p. 105.

lestar); sea dependencia física (necesidad fisiológica de la droga, sin la cual se origina un grave trastorno orgánico o la muerte; síndrome de abstinencia, por modificarse el equilibrio bioquímico del organismo del sujeto). La dependencia psíquica aparece después de la física y se supera con mayor dificultad. Se la denomina también dependencia emocional, hábito, síndrome de querenencia. Curada la dependencia fisiológica, las recaídas se pueden presentar a pesar de haber sido superada la dependencia psíquica. Estos estados pueden acompañarse o no de tolerancia, o exigencia de aumentar las dosis para conseguir el efecto inicial.⁵

Formulaciones como la transcrita pueden ayudar a precisar el concepto penal de la droga, o mejor, a situar criterios ontológicos en el lugar de simples enumeraciones.

Es sabido que en México la ley penal, como la sanitaria, empezó hablando de enervantes, empleó luego la voz estupefacientes y ahora alude a estupefacientes y sustancias psicotrópicas. ¿Es dable superponer esas expresiones al amplio concepto de droga de Barbero Santos que se ha reproducido? El ejercicio parece valer la pena a efectos interpretativos, aunque un criterio simplista puede proclamarlo inútil, atenta la remisión que el Código hace a las listas de estupefacientes y psicotrópicos contenidas en textos positivos, entre ellos el principalísimo de la Ley General de Salud.

No es, desde luego, afortunada la ley al hablar de estupefacientes y comprender entre ellos, por ejemplo, la cocaína, que no produce estupor sino estímulo psíquico. Crea confusión la ley, en seguida, cuando allega a tales estupefacientes las sustancias psicotrópicas, de que es prácticamente imposible hallar un concepto que las diferencie ontológicamente de ellos. A ese efecto no ayuda siquiera la etimología, pues no sólo los psicotrópicos sino también los estupefacientes producen "cambios" en la psiquis.

Las diversas especies de psicotrópicos, como las muchas que se dan entre los estupefacientes, pueden producir tanto exaltación como disminución de la actividad psíquica.

Algo aparentemente útil podría inferirse de la regulación de la Ley General de Salud sobre psicotrópicos, en tanto ellos se clasifican atendiendo, por una parte, a la medida de su valor terapéutico y, por otra, a la de la gravedad que su abuso o uso indebido puede revestir para la salud pública. Esos dos criterios hacen presumir que lo que caracteriza a la sustancia psicotrópica es su potencialidad terapéutica y, a la vez, su aptitud eventualmente creadora de adicción o dependencia. Esta conclusión, por desgracia, no parece apuntar a calidades

5 Barbero Santos, Marino, en el trabajo citado en la nota 2, p. 43.

privativas de las sustancias psicotrópicas, ya que entre las clasificadas como estupefacientes hay muchas que también las exhiben.

La dificultad en diferenciar conceptualmente a los estupefacientes de las sustancias psicotrópicas carece, por otra parte, de repercusión a efectos penales, pues el Código no distingue entre unos y otros, y la jerarquización que en su párrafo segundo hacen el artículo 193 de diversos grupos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas no tiene ya, lamentablemente, resonancia alguna en la penalidad, como la tuvo hasta la reforma del artículo 194 en 1978.

Sea como fuere, para designar el objeto de la acción en estos delitos, el Código Penal, como con prioridad lógica en relación con él lo han hecho los instrumentos internacionales y el derecho sanitario nacional para los efectos que en ellos respectivamente se señalan, renuncia formalmente a un criterio ontológico o a uno médico-psicológico y se conforma con uno puramente enumerativo.

Se consideran estupefacientes y psicotrópicos —reza su artículo 193 en su párrafo primero— los que determinen la Ley General de Salud, los convenios o tratados internacionales de observancia obligatoria en México, y los que señalan las demás disposiciones aplicables a la materia expedidas por la autoridad sanitaria correspondiente.

Este precepto suscita algunas consideraciones. De él se percibe que el Código Penal no hace indicación él mismo del objeto de la acción en estos delitos, sino que la remite a otra instancia legislativa o reglamentaria. Esa otra instancia no es una sino varias.

Empecemos por las nacionales. Se halla, en primer término, La Ley General de Salud con su elenco de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de que hemos dado cuenta al tratar del derecho sanitario mexicano sobre la droga. Se hallan, en seguida, "las demás disposiciones aplicables a la materia expedidas por la autoridad sanitaria correspondiente". Entre esas autoridades cuéntanse, por antiguo mandato constitucional, el Consejo General de Salubridad, y, según la Ley General de Salud, la propia Secretaría de Salud. El reglamento respectivo es el que se ocupa del control sanitario de actividades, establecimientos, productos o servicios, asimismo referido con anterioridad.

Bien puede, pues, un reglamento incluir en su texto una sustancia no comprendida en las listas de la Ley General de Salud, pero bien puede también la autoridad sanitaria expedir una resolución singular y, por tanto, no reglamentaria, en que agregue una o varias sustancias a las aludidas listas.

El Código Penal es, pues, en este respecto, vale decir, en el muy particular del objeto de la acción y no en el general de todo el tipo, una ley penal en blanco, que llena parcialmente su propio precepto en cuanto a un singular aspecto del tipo se refiere, con una norma emanada de una autoridad tercera, norma no privativamente legal, sino incluso reglamentaria y hasta individualizada. Tal norma puede tener efecto extensivo de la incriminación.

Pasemos ahora al plano internacional. Tampoco se contraen los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia sólo a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas contenidos en las listas anexas a dichos instrumentos. La Convención de Viena, ya en vigencia, faculta a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes para incluir en las listas anexas a la Convención otras sustancias, o bien, para suprimir alguna o algunas de las que allí figuran. La sustancia incluida se entiende incorporada a los objetos jurídicamente posibles de las acciones punibles relativas a la droga conforme a la legislación punitiva nacional de los países signatarios; en nuestro caso, al Código Penal mexicano. No se requiere sobre el particular declaración especial alguna del derecho mexicano para que los tipos respectivos se entiendan extendidos a esa nueva sustancia.

He aquí de nuevo la ley penal en blanco, vacío que esta vez se ve llenado, no por una norma de jerarquía reglamentaria ni por una norma individualizada, sino por una que reviste la jerarquía de ley.

4. *Los tipos delictivos*

Si no era fácil precisar el objeto de la acción, tampoco lo es sistematizar adecuadamente los tipos delictivos que acuña la ley. La dificultad deriva de que la Convención vigente, que hoy sirve de trasfondo a las incriminaciones del Código como en su hora servía la anterior, procura, en el afán de no dejar lagunas a la punibilidad, atrapar la materia de la prohibición en una malla por demás ceñida, a través de un agregado de verbos que denotan por igual acciones jurídicas y materiales, abstractas y concretas, duraderas y episódicas, principales y subordinadas, ejecutivas y favorecedoras, intentadas y logradas. De ese modo se llega a la punibilidad por multitud de conductos, sin que en nuestro entender ello implique, jurídicamente hablando, que haya de tenerse a cada verbo como un tipo independiente. Bien podría el legislador nacional, en los preceptos respectivos del Código, haberse sustraído a semejante sistema y haber cumplido, no obstante, su compromiso como signatario de la

Convención, acuñando económicamente unos pocos tipos a los cuales referir, en su caso, como acciones tentadas o participativas, en aplicación de las reglas generales, la mayor parte de aquellas en que hoy resulta legalmente desmenuzado el comportamiento punible en relación con las drogas. Se habría evitado así el riesgo de entender como separadamente punibles acciones que se hallan respecto de otras en alguna de las formas de referencia propias del concurso aparente de leyes. Así, quien trafica con la droga que él mismo cultiva no puede ser punido, sin violar el principio de *non bis in idem*, por cultivarla y, además, por traficar con ella, no obstante aparecer ambas acciones expresadas en verbos independientes. Del mismo modo, quien acondiciona la droga del traficante para su venta aparece como auxiliador de éste, pero no como autor del delito de acondicionarla.

Una red tan tupida puede tornarse algo más holgada por vía de la interpretación. Una forma de intentarlo, nos parece, es la de señalar ciertas grandes áreas conceptuales de comportamientos, aunque a veces haya de bautizárselas con verbos o sustantivos que el Código reserva a formas muy particularizadas de obrar, en su afán que indicábamos de abrazar con el desmenuzamiento en un sinnúmero de estrechos perfiles y muy breves escorzos el campo de lo que se trata de punir.

En nuestro entender, los diversos tipos deben quedar adscritos, en forma más próxima o remota, a las amplias ideas de producción, tráfico y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aunque, como acaba de decirse, tales verbos, como algunos otros, se usen por la ley en sentido por demás restringido.

A. Producción

a) El verbo *producir* es uno de los muchos que se utilizan en la fracción I del artículo 197, artículo éste donde se da el mayor de los desmenuzamientos a que aludíamos.

Nosotros empleamos ese verbo como categoría genérica, comprensiva de todas las acciones que en la citada fracción mientan tanto a los vegetales por el proceso de cultivo como a las sustancias, extraídas o no de ellos, por el proceso de elaboración, aunque el verbo elaborar se contenga también en el mismo precepto, entre varios otros más o menos sinónimos.

Es manifiesto que con sembrar, cultivar en sentido estricto, y cosechar se integra el proceso de cultivar en sentido amplio, que en verdad envuelve la siembra y la cosecha, y que las acciones parciales

de producir, fabricar, manufacturar, preparar y acondicionar, todas ellas referidas en esta fracción, se comprenden en la de elaborar, expresiva de una actividad transformadora no ligada al ciclo germinador de la naturaleza, sino a la industria del hombre.

La penalidad de estas conductas es la de prisión de diez a veinticinco años y de cien a quinientos días multa.

b) Hay, sin embargo, un tipo privilegiado de producir la droga que concierne al que "dedicándose a las labores propias del campo, siembre, cultive o coseche plantas de *cannabis* o marihuana, por cuenta o con financiamiento de terceros, cuando en él concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica". La pena es, entonces, prisión de dos a ocho años, que también recae sobre quien "permita que en un predio de su propiedad, tenencia o posesión, se cultiven dichas plantas, en circunstancias similares al caso anterior" (artículo 195).

El cultivo ilegal de la marihuana, única especie de droga prohibida de que el Código hace mención específica, recibía ya pena menor en la reforma de 1968 (artículo 194), privilegio mantenido en la de 1974 (artículo 194), en la de 1978 (artículo 195), en la de 1985 (artículo 195) y en la de 1986 (artículo 195), sin ofrecer la ley otro pormenor de tal privilegio. El texto actual surge de la reforma de 1989, con características típicas de índole diversa, a saber: 1) tratarse del cultivo de la marihuana; 2) ser el agente persona dedicada a labores del campo; 3) cultivar la marihuana o permitir que se la cultive en su predio por cuenta o financiamiento de terceros, y 4) concurrir en el sujeto activo, copulativamente, evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica. Refiérese la ley notoriamente al campesino pobre de lugares apartados, poseedor de pequeñas extensiones de terreno y carente de capital de explotación, que cae en manos de empresarios de la droga, de mediana o gran escala. La magnitud del privilegio, por cierto, no es suficiente.

B. Tráfico

a) El verbo traficar es la segunda categoría genérica de que nos valemos. Su alcance es, para los efectos que aquí interesan y probablemente para cualesquiera otros, más vasto que el de comerciar, con el que lo identifica el léxico. Abarca, a nuestro juicio, todas las acciones principales y accesorias de distribución de la droga, desde que se la produce hasta que llega a manos del consumidor. Como puente entre producción y consumo comprende, pues, los verbos que en la fracción I del artículo 197 son alusivos a actos jurídicos

propios del comercio, como vender, comprar, adquirir, enajenar, y actos materiales que los realizan o les sirven de apoyo, como, entre otros, transportar y suministrar.

b) En materia de transporte incluye el Código algunas normas que son específicas de esta modalidad de tráfico.

Cabe mencionar, primeramente, la introducción al país o la extracción de él que se haga de la droga, y que es, ciertamente, una forma de traficar con ella. El Código Penal, y los sucesivos códigos sanitarios a que vincula sus disposiciones sobre la droga, aludían originalmente a la importación y exportación de ésta, actividades jurídicas lícitas sometidas a las disposiciones respectivas de la legislación sanitaria. Es claro, pues, que si la introducción de la droga al país o su extracción de él no se hacen con arreglo a aquellas disposiciones, la ley penal debe pasar a abstenerse de designarlas como importación o exportación, según lo vino haciendo en el artículo 197 hasta la reforma del Código Penal de 1978, y tenerlas como meras acciones materiales de introducir y extraer la droga del territorio.

Ahora bien, esas acciones, que por serlo de transporte deberían entenderse comprendidas en la fracción I del artículo 197, merecen una fracción especial, la fracción II de este mismo artículo, donde el introducir al país o el sacar ilegalmente de él las sustancias y vegetales de que este capítulo se ocupa tiene las mismas penas de las acciones de producción y tráfico.

El precepto deja claramente sentado que el delito existe aunque el introducir al país la droga y sacarla de él sea una operación momentánea o en tránsito, precisión claramente derivada de la posición geográfica de México, a medio camino entre los países sudamericanos productores de la droga, especialmente la cocaína, y el gran consumidor del norte.

A esas acciones equipara la ley los actos que tiendan meramente a consumir tales hechos, es decir, los actos de tentativa. No parece bastar, empero, la equiparación de tentativa a consumación, porque el segundo párrafo de esta fracción dispone que "las mismas sanciones se impondrán al servidor público que en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo encubra o permita los hechos anteriores o los tendientes a realizarlos".

c) La otra disposición específica relativa a esta modalidad de tráfico que es el transporte, es el tipo privilegiado del artículo 196, de nuevo relativo a la marihuana.

Consiste en el transporte, sin indicar de dónde a dónde, de *cannabis* o marihuana por una sola ocasión, siempre que la cantidad no

exceda de cien gramos, por quien no es miembro de una asociación delictuosa. La pena es prisión de dos a ocho años y multa de mil a veinte mil pesos.

Es claro que la asociación delictuosa a que la ley alude ha de entenderse como la que tiene por propósito la perpetración de delitos relativos a estupefacientes o psicotrópicos. El sujeto activo es una "mula", como la jerga de este ámbito de delincuencia suele apodar al transportador ocasional que incurre en la tentación de procurarse un ingreso extra. Cien gramos resulta ser un límite demasiado bajo, sin embargo.

d) Dentro de la acción de traficar, que, insistimos, no estamos empleando en cuanto verbo rector sino como una de las ideas que inspiran la acuñación de los tipos, debemos incluir la acción de suministrar, que la ley menciona expresamente entre las muchas incluidas en el artículo 197.

Suministrar es "proveer a uno de lo que necesita", dice el *Diccionario de la Lengua*, acepción de apreciable amplitud en que podríamos incluir muchas de las acciones relativas al comercio si no fuera porque están expresamente mencionadas en el mismo artículo: vender, enajenar, comerciar. Debemos, pues, reservar este verbo suministrar para todo acto de provisión, sea de carácter jurídico o de carácter material, que no corresponda a alguno de aquéllos. A esa interpretación autoriza el propio artículo 197 cuando reprime el suministro hecho "aun gratuitamente".

e) Prevé la ley, sin embargo, un suministro gratuito privilegiado, y privilegiado considerablemente respecto del que acabamos de comentar, sometido en la ley a la alta punibilidad de diez a veinticinco años de prisión y cien a quinientos días multa. Ese suministro privilegiado, que el Código reprime, en cambio, con prisión de dos a seis años y multa de dos mil a veinte mil pesos, es el que efectúa de la droga a un tercero, para uso personal de este último y en cantidad que no sea la necesaria para su uso personal e inmediato, el adicto o habitual o el que, no siéndolo, tiene consigo cantidades muy pequeñas de droga (artículo 194, párrafo cuarto).

f) Aparte el suministro, gratuito o no, cabe incluir entre los tipos de tráfico, tomando siempre esa expresión en un sentido lato, la prescripción de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, también incluida en el artículo 197.

Sujetos activos de este delito sólo pueden ser, en nuestra opinión, quienes están habilitados por la Ley General de Salud para prescribir esas sustancias, y se entiende que cometen delito cuando las recetan fuera de los casos en que les es lícito hacerlo. Hemos consignado

en otro lugar de este documento quiénes son esas personas. Aquí interesa hacer presente que no recae sobre ellas la circunstancia de agravación prevista en la fracción VI del artículo 198 si del acto de prescripción se trata, pues eso importaría violar el principio *non bis in idem*.

g) También cabe dentro de la amplia idea de traficar los "actos de publicidad, propaganda, instigación o auxilio ilegal a otra persona para que consuma cualquiera de los vegetales o sustancias comprendidos en el artículo 193" (artículo 197, fracción IV).

Estos actos se proyectan al consumidor, pero en el entendido de que sirven al éxito económico de una empresa de producción o tráfico. Los actos de "publicidad o propaganda" son, ciertamente, cosa diversa de los de "instigación o auxilio ilegal". Los primeros responden a lo que es frecuentemente entendido en México, en forma impropia, como "proselitismo": actos de enrolamiento de nuevos miembros a la amplia feligresía de los consumidores. Las acciones de "instigación o auxilio ilegal", como conductas configuradoras de un tipo, implican la transformación en acciones de autor de formas participativas de otro modo accesorias a la conducta principal de consumir la droga, que en México es, como más adelante se verá, un delito.

h) Viene aquí perfectamente a cuento una figura delictiva extraña al Código Penal, como que es uno de los delitos contra la salud que prevé la ley del ramo. El artículo 467 de la Ley General de Salud sanciona con prisión de siete a quince años al que "induzca o propicie que menores de edad o incapaces consuman, mediante cualquier forma, sustancias que produzcan efectos psicotrópicos".

Esta figura tiene elementos comunes con la anterior: inducir es instigar; propiciar es auxiliar. En cambio, el sujeto pasivo es, en el tipo del Código Penal, "todo el mundo", al paso que en la figura de la Ley General de Salud ese sujeto pasivo está constituido solo por menores e incapaces.

Esto último parecería suficiente para hacer de la figura de la Ley General de Salud un tipo calificado respecto al del Código Penal. Ocurre, sin embargo, lo contrario: a este tipo engarza la ley la muy severa penalidad del artículo 197 que ya conocemos, prisión de diez a veinticinco años y cien a quinientos días multa, y a aquél asocia la de sólo siete a quince años de prisión. La única forma de acordar algún sentido a este dislate valorativo parecería ser la de reconocer como subyacente en el tipo del Código Penal un modo enérgico de reprimir las proyecciones comerciales del crimen organizado. A ello cabría responder, no obstante, que ese crimen organizado conoce

muy bien las perspectivas económicas de la drogadicción de los menores, aunque sólo se trate de sustancias de efecto psicotrópico y no de estupefacientes.

La agravante del artículo 198, fracción IV, no es aplicable al tipo en cuestión del Código Penal ni al de la Ley General de Salud, pues allí se trata de utilizar a menores como medio para delinquir y no para hacer de ellos sujetos pasivos de un delito.

i) Todavía parece poder incluirse, aunque tal vez algo forzadamente, entre las acciones de traficar las de "aportar recursos económicos de cualquier especie, o colaborar de cualquier manera al financiamiento, para la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo". Decimos forzadamente porque los delitos a que se colabora según esta fracción IV del artículo 197, no son sólo los de traficar con la droga, sino también los de producirla. Hecha esta reserva de orden sistemático, tratábase intrínsecamente de una conducta de colaboración erigida a la condición de conducta de autoría.

De nuevo intuye el Código un sistema legislativo de represión a partir de la idea del crimen organizado, que no llega en definitiva a plasmar por la adhesión sumisa de la ley penal mexicana a las insinuaciones legislativas detallistas de los instrumentos internacionales vigentes.

C. *Consumo*

No resultaría impropio afirmar que la ley no legisla en forma directa sobre el consumo propiamente dicho, sino que sólo lo hace a propósito de la acción de poseer la droga. Cabe puntualizar preliminarmente que la posesión de la droga presupone haberla adquirido, conducta ésta previa de adquirir que, no obstante contarse entre las que conforme al artículo 197 merecen la severa pena a que se ha hecho reiterada referencia, queda, en la hipótesis de posesión punible, consumida o absorbida por ésta.

a) Sentado lo anterior, de adquirir o poseer la droga para consumirla habla claramente el artículo 194 del Código Penal, que distingue según si esas acciones se realizan por quien tiene o no el hábito o la necesidad de consumirla. En el primer caso no hay pena sino tratamiento sólo si la cantidad adquirida o poseída no excede de la necesaria para el inmediato consumo del adicto o habitual, pues si tal cantidad es excedida sin sobrepasar la requerida para satisfacer las necesidades del adicto o habitual durante un término máximo de tres días, son aplicables la pena de prisión de dos meses a dos años y la de multa de quinientos a quince mil pesos; y si,

finalmente, esta última cantidad es sobrepasada se aplican "las penas que correspondan conforme a este capítulo".

En este último caso, pues, la ley se desentiende de la existencia en el agente del hábito o la necesidad de consumir, y conmina penas que, en el contexto de este capítulo sometido a tantas y heterogéneas modificaciones, no pueden divisarse sino en las de prisión de seis meses a tres años y multa hasta de quince mil pesos, previstas para quien no es adicto, por el segundo párrafo del artículo 194.

Quede, pues, bien en claro que la ley penal mexicana castiga el consumo a través del castigo a la posesión de la droga con miras a consumirla, y lo castiga, en ciertas hipótesis, aun respecto del adicto o habitual.

b) si continuamos con este apartado, que versa más sobre tipos de posesión que de consumo, hallaremos uno que, de nuevo, concierne específicamente, como ha ocurrido con más de una figura de producción y tráfico, a la marihuana.

Trátase de la simple posesión de *cannabis* o marihuana, cuando tanto por la cantidad como por las demás circunstancias de ejecución del hecho, no puede considerarse que esté destinada a realizar alguno de los delitos a que se refieren los artículos 197 y 198 del Código. (La remisión, así como está, es un "disparo a la bandada", pues la posesión aquí prevista no puede conducir a todos los delitos contemplados en el artículo 197, y el artículo 198 no describe delitos sino circunstancias de agravación.) La pena es prisión de dos a ocho años y multa de cinco mil a veinte mil pesos.

Recordemos, en fin, a propósito de los tipos de posesión indicados sub)a y sub)b), la figura de tráfico por suministro gratuito en que pueden incurrir estos sujetos susceptibles de tratamiento o de pena, y a que hemos hecho referencia en otro lugar.

c) Es la mira de consumo personal de la droga o su suministro gratuito a terceros, y no la comisión ulterior de delitos más graves relativos a ella, lo que conduce al tratamiento o a penas de mediano monto tratándose de la posesión de droga en los casos y de los modos que han quedado reseñados. La posesión de ésta sin la mira de consumirla personalmente o de suministrarla a otro, gratis o no, lleva a penas draconianas. En efecto, la fracción V del artículo 197 amenaza con prisión de siete a veinticinco años y cien a quinientos días multa "al que posea algunos de los vegetales o sustancias señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud".

La ley no contiene especificación alguna en cuanto a cantidad, en cuanto a circunstancias ni en cuanto a propósitos. La conducta

consistente en “adquirir o poseer drogas enervantes”, como decía el Código en el texto de 1931, tenía en aquella época prisión de seis meses a siete años y multa de cincuenta a cinco mil pesos, junto con otras conductas relativas a la droga. Perviven ambos comportamientos como punibles, junto a los demás, en la reforma de 1947, aunque con pena incrementada a la de prisión de uno a diez años y multa de cien a diez mil pesos. Es lo que sigue ocurriendo a raíz de la reforma de 1968, cuando la pena es nuevamente alzada y pasa a ser prisión de tres a doce años y multa de mil a veinte mil pesos. Vuelve a elevarse la sanción en 1974, ahora de cinco años tres meses a doce años de prisión y de cinco mil a cincuenta mil pesos de multa. En 1978 la pena aumenta otra vez: la de prisión pasa a fluctuar entre siete y quince años y la de multa entre diez mil y un millón de pesos. La reforma de 1989 hace fracción aparte de la “posesión” de la droga, en la ya mencionada fracción V del artículo 197.

No disponemos de la fundamentación oficial de una reforma de esa magnitud, que eleva la pena, como hemos dicho, de siete a veinticinco años de prisión y de cien a quinientos días multa. Frente a tal exceso cabe poner énfasis hermenéutico en lo contextual y, a la vista del cuarto párrafo del artículo 194, sostener *a contrario sensu* que la posesión conducente a tan alta penalidad sólo se configura como eje de un tipo de conducta tan severamente reprimido, cuando, tanto por la cantidad de la droga que se posee como por las circunstancias de ejecución del hecho, puede considerarse que está destinada a algún otro de los delitos previstos en el artículo 197.

Éste apartado sobre el consumo de la droga no puede cerrarse sin una referencia al último párrafo del artículo 194, conforme al cual no procede punir la simple posesión de

medicamentos previstos entre las sustancias a las que se refiere el artículo 193, cuya venta al público se encuentre supeditada a requisitos especiales de adquisición, cuando por su naturaleza y cantidad dichos medicamentos sean los necesarios para el tratamiento médico de la persona que los posea o de otras personas sujetas a la custodia o asistencia de quien los tiene en su poder.

Este precepto resulta innecesario, pues a su contenido se puede llegar aplicando las reglas generales.

5. *Las circunstancias agravantes*

En sus casi sesenta años de vigencia, el Código Penal ha ido paulatinamente consignando para los delitos relativos a la droga diversas circunstancias agravantes. Esto no significa, como a seguido se verá, que ellas den forma a un sistema coherente ni que sean aplicables, no obstante declararlo así la ley respecto de los "delitos previstos en este capítulo", a todas las figuras delictivas que en él se contemplan.

La *primera* agravante consiste en cometerse el delito por servidores públicos encargados de prevenirlo o investigarlo, es aplicable a todas las figuras, salvo, por lo pronto, la de prescribir la droga, y a menos de que se trate de un funcionario público del campo médico. El servidor público, por otra parte, no puede hacerse reo, sin grave desdoro de la función y sin detrimento de su eficacia, de la acción de consumir él la droga.

La agravante no procede respecto de cualquier servidor público sino sólo *rationae functionae* del que está encargado de prevenir o investigar la comisión de delitos contra la salud. Es obvio que la agravante no se aplica al delito del servidor previsto en el segundo párrafo de la fracción II del artículo 197. Hacerlo importaría, como ya se dijo, violar el principio *non bis in idem*.

La *segunda* agravante concierne a la menor edad de la víctima o a hallarse incapacitada para comprender la relevancia de la conducta, o para resistirla.

Al hablarse de víctima y de la suerte de incapacidad que se consigna en la ley, es obvio que la agravante no resulta aplicable a todos los delitos del capítulo, sino sólo a aquellos que por su esencia hacen recaer su acción en un individuo. En tal sentido, no hay víctima en los delitos de cultivar la yerba o colaborar al financiamiento de la producción y tráfico de la droga, pero sí la hay en suministrar ésta a otro o en instigarlo a consumirla.

La *tercera* agravante consiste en cometerse el hecho en centros educativos, asistenciales o penitenciarios, o en sus inmediaciones, con quienes a ellos acuden.

Aunque se mencionan en primer lugar los centros educativos, se desinteresa aquí la ley de la menor edad o de la eventual débil resistencia de la víctima y atiende a las características del lugar, especialmente propicio para el consumo y el tráfico al por menor, dado el flujo constante de personas que frecuentan esos sitios.

La *cuarta* agravante es la de utilizar menores de edad o incapaces para cometer cualquiera de los delitos previstos en este capítulo.

Nuevamente incurre la ley en exceso al hablar de "cualquiera" de los delitos, implicando con ello la idea de que todos pueden perpetrarse a través de esas personas. No es imaginable, verbigracia, que el financiamiento de la producción y tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas o la propaganda que de ellos se haga puedan quedar a cargo de menores o incapaces, pero sí, por ejemplo, su comercio al por menor o al detalle.

La *quinta* agravante se configura con la participación del agente en una organización delictiva establecida dentro o fuera de la república para realizar alguno de los delitos que prevé el capítulo de que nos ocupamos.

La ley penal, como hemos hecho notar, ha eludido concebir los delitos relativos a estupefacientes y sustancias psicotrópicas teniendo por eje la idea de la empresa que opera "en grande" y cuya actuación delictiva se extiende en un arco que va desde la producción de la droga, pasando por su transporte y comercialización al por mayor y al detalle, hasta el llamado "lavado de dinero". A esta concepción calzaría la idea de asociación delictuosa que, como es sabido, prevé el Código Penal como hecho punible en cuanto tal en su artículo 164. Sorprende, por lo tanto, que no se vea siquiera en esta situación un concurso ideal de delitos, y se opte por admitir la concurrencia de una circunstancia agravante.

Se da la *sexta* agravante cuando la conducta sea realizada por profesionales, técnicos, auxiliares o personal relacionados con las disciplinas de la salud en cualesquiera de sus ramas y se valgan de esa situación para cometerlos.

No procede repetir aquí que esta agravante no se aplica a la conducta punible de prescribir ilícitamente la droga por parte de los profesionales con facultad legal para recetarla, en virtud del principio *non bis in idem*. Puesto que la ley exige que estos sujetos activos calificados se valgan de tal calificación para cometer el hecho, la agravante resulta especialmente concebible tratándose de acciones vinculadas sobre todo con la producción de la droga y, en menor medida, con la posesión y consumo de la misma.

La *séptima* agravante concurre cuando "una persona, aprovechando el ascendiente familiar o moral o la autoridad o jerarquía sobre otra, la determine a cometer algún delito de los previstos en este capítulo".

Es manifiesto que la determinación a que esta norma se refiere no es, al menos necesariamente, la que se confunde con la acción, y ni siquiera la que da vida a la llamada autoría mediata. Basta con la instigación, esto es, con la dolosa provocación en otro de la resolución de cometer un delito doloso, figura en que el instigado

conserva el dominio sobre el hecho y el instigador partícipe ve agravada su responsabilidad por el ascendiente, autoridad o jerarquía de que se ha valido.

La *octava* y *última* agravante afecta al "propietario, poseedor, arrendatario o usufructuario de un establecimiento de cualquier naturaleza (que) lo empleare para realizar alguno de los delitos previstos en este capítulo o permitiere su realización por terceros".

Establecimiento es lo que se funda o erige, como un colegio o universidad. Presupone, por tanto, la materialidad de un bien inmueble, excluido, que sepamos, el inmueble rústico, no afecto en el lenguaje ordinario a la "clausura" que, según la norma que comentamos, recae sobre él, y como predio urbano, ciertamente.

Cabe imaginar que los delitos que allí se realicen sean, no los que importan aprovechar el proceso germinador de la naturaleza para la producción de la droga, sino los consistentes en la elaboración de ésta por la industria del hombre. El enunciado permite comprender, además, otras formas delictivas susceptibles de realizarse en un establecimiento, como maniobras de financiamiento o actos de publicidad y propaganda en favor del consumo de la droga.

Se agrava, pues, la responsabilidad del sujeto activo de cualquiera de los delitos previstos en el capítulo cuando, en alguna de las calidades jurídicas que según esta norma ostente frente al inmueble, lo ponga al servicio de los delitos que realice relativamente a la droga. Lo que no se comprende es que puede agravar una responsabilidad que sólo consiste en el acto de colaborar facilitando el inmueble, cual es el caso del que permite la realización por terceros de delitos tocantes a la droga. El acto de auxilio al delito, que fundamenta una responsabilidad penal, no puede ser a la vez una circunstancia agravante.

Hasta aquí, por ahora, nuestros comentarios sobre las ocho circunstancias agravantes previstas por la ley. Algunas se han incorporado al Código por influencia de la Convención de Viena de 1988, aun antes de entrar ésta formalmente en vigencia. Entre ellas cuéntanse la calidad de servidor público del delincuente, la victimización o utilización de menores de edad, la pertenencia a grupos delictivos organizados nacional o internacionalmente y la perpetración del hecho en las inmediaciones de centros educativos o asistenciales.

El efecto de las ocho agravantes es el aumento en una mitad de las penas que resulten aplicables, de modo que si resulta aplicable el máximo de la pena abstractamente conminada, se puede llegar, cual es el caso de la posesión de droga incriminada en la fracción V del artículo 197 y castigada con prisión de siete a veinticinco años

y cien a quinientos días multa, a treinta y siete años y medio de prisión y a setecientos cincuenta días multa.

Tales sanciones han de entenderse, por cierto, sin perjuicio de la suspensión de derechos o funciones para el ejercicio profesional u oficio hasta por cinco años e inhabilitación hasta por un tiempo equivalente al de la prisión impuesta, que recae sobre médicos y personal de las disciplinas de la salud en el caso de la sexta agravante comentada, y de la clausura del establecimiento en el caso de la agravante octava.

6. *Penas y medidas de seguridad*

Al explicar los diversos tipos delictivos hemos indicado invariablemente la pena que en cada caso los acompaña. Aquí, pues, podemos ser breves.

Las penas conminadas son generalmente, en cuanto a su naturaleza, penas privativas de libertad y penas pecuniarias, a saber: la prisión y la multa. Por excepción se conminan penas privativas de derechos, como la inhabilitación y la suspensión. En cuanto a su magnitud, ha quedado en claro que son amenazas penales considerablemente severas.

Por lo que atañe a las medidas de seguridad, se da en el ámbito de los delitos contra la salud la única medida de seguridad precedente en el Código Penal mexicano respecto de imputables, a saber, el tratamiento en establecimiento adecuado para su curación, bajo la supervigilancia de la autoridad ejecutora, de que por primera vez se habla en el Código Sanitario de 1926, fuente por demás expresiva de la raíz y naturaleza administrativas de la medida.

Carece de importancia el debate sobre el carácter administrativo o penal de la medida si se la prevé, impone y aplica con el debido respeto a los derechos del hombre. Hay motivos para poner en duda que ese sea el caso tratándose de esta medida de seguridad.

En cuanto a las personas para las cuales se prevé la medida, está en primer lugar el adicto o habitual que es sorprendido en posesión de una cantidad de droga que no excede de la necesaria para su propio consumo. La ley ordena ponerlo a disposición de las autoridades sanitarias para que bajo la responsabilidad de éstas sea sometido al tratamiento y a las demás medidas que procedan. Una persona que no ha cometido delito y de quien no se sabe si es o no peligrosa queda sujeta a una situación creada al margen de su voluntad, y por un tiempo que la ley no precisa. Está, en segundo

lugar, todo procesado o sentenciado, cualquiera haya sido su delito, que sea también adicto o habitual. De él cabe decir lo mismo que del caso anterior, con la única salvedad de que ahora se trata de alguien que ha delinquido, pero sin que la ley exprese que sea este hecho la causa de peligrosidad en alguna medida, y con la grave reserva de que, puesto que la medida no se impone necesariamente como consecuencia del delito por que está procesado o por que ha sido sentenciado, no le resulta aplicable la norma conforme a la cual las medidas de seguridad no pueden aplicarse por un tiempo mayor que el máximo de la pena asignada al delito. En el supuesto, sin embargo, de que se le sujetara a esa norma y el afectado no lograra ver superada su drogadicción en este plazo máximo, quedaría de todos modos, sin su voluntad, puesto bajo la jurisdicción de la autoridad sanitaria ordinaria, para continuar su curación.

Hay, pues, motivos fundados para afirmar que lo dispuesto por la ley en relación con esta medida de seguridad, puede atentar contra los derechos del hombre.

Álvaro BUNSTER