



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ

**Facultad de Derecho
Facultad de Psicología
Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades**

“La vulneración de los derechos humanos de los procesados por delitos contra la salud en Honduras y México”.

TESIS

Para obtener el grado de

MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS

Presenta

Enrique Flores Rodríguez

Directora de tesis

Dra. Urenda Queletzú Navarro

Esta Tesis corresponde a los Estudios realizados con una beca de excelencia otorgada por el Gobierno de México, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores



San Luis Potosí, S.L.P., a 23 de junio del 2017

Agradecimientos

Sería egoísta de mi parte, decir que únicamente fue mérito propio el estudio, desarrollo e inspiración, para llevar a cabo la presente investigación; ya que la misma fue producto de un esfuerzo colectivo, de personas que influyeron directa o indirectamente con ella. Por lo anterior es necesario agradecer a quienes de un modo u otro me brindaron ese apoyo. En primer lugar a mi familia: A don Heriberto y Doña Rosita, mis padres, quienes siempre me han motivado a hacerle frente a nuevos retos. A mis hermanos Sandra, Luis, Clarisa y Danilo, cuyo consejo ha fortalecido mi carácter con los años, me enseñaron que aquello que define tu educación no es el título, sino como tratas a las personas. A mi Sindy quien en las buenas y en las malas, siempre me ha apoyado, en las noches de desvelo se encontraba a mi lado y cuya inspiración como persona y profesional ha marcado mi vida, gracias por caminar a mi lado.

A Alejandro Rosillo por ser un excelente coordinador y enseñar que existen luchas que valen la pena seguir, por abrir las puertas de una oportunidad que solo puedo definir como una experiencia única en mi vida profesional. A Guillermo Luévano, Azael y a Urenda Navarro, quienes me orientaron para fortalecer mi análisis y visión crítica de los problemas que cada día enfrentamos los actores sociales. A Cecilia Costero y Eloy Morales Brand, cuya influencia es a tal, que espero seguir progresando para dedicarme a la academia, gracias por compartir sus visiones, aspiraciones y ejemplos de vida. A la Corte Suprema de Justicia de Honduras, por brindarme la oportunidad de fortalecer mi carrera como defensor de los Derechos Humanos.

A mis connacionales en San Luis Potosí y todo México, personas cuya historia no puede quedar en el olvido, que son inspiración y ejemplo, que dejan en alto el nombre de Honduras cada día con su esfuerzo, trabajo y dedicación, a seguir luchando paisanos, para mí es un honor, compartir, cada día con ustedes en tierras mexicanas.

LA VULNERACION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PROCESADOS POR DELITOS CONTRA LA SALUD EN HONDURAS Y MEXICO

INDICE

INTRODUCCION GENERAL.....	1
1. CAPITULO PRIMERO: LA GUERRA CONTRA EL NARCOTRAFICO	8
1.1 INTRODUCCION	8
1.2 EL ESTADO Y EL CRIMEN ORGANIZADO	9
1.3 LA GLOBALIZACION Y EL CRIMEN ORGANIZADO	13
1.4 POLITICA DE SEGURIDAD, POLITICA CRIMINAL Y CERO TOLERANCIA	16
1.4.1 POLITICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL	16
1.4.2 POLITICA CRIMINAL Y DE SEGURIDAD.....	17
1.4.3 CERO TOLERANCIA.....	20
1.5 LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRAFICO	24
1.6 EL CRIMEN ORGANIZADO Y EL NARCOTRAFICO	28
1.7 REFLEXION CAPITULAR	35
2. CAPITULO SEGUNDO: EL DEREHO PENAL DEL ENEMIGO	37
2.1 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO	37
2.1.1 INTRODUCCION	37
2.1.2 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO	39
2.1.3 REFLEXION CAPITULAR	50
2.2 EL DEREHO PENAL DEL ENEMIGO EN HONDURAS	52
2.2.1 INTRODUCCION	52
2.2.2 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO HONDUREÑO.....	53
2.2.3 LAS MARAS EL ENEMIGO PRINCIPAL	55
2.2.4 CARACTERISTICAS DEL DPE	57
2.2.5 REFLEXION CAPITULAR	65
3. CAPITULO TERCERO: LOS DELITOS CONTRA LA SALUD EN HONDURAS Y MEXICO	67
3.1 Introducción al Capítulo tercero y Cuarto.....	67
4. LOS DELITOS CONTRA LA SALUD EN HONDURAS	72
4.1 LOS TIPOS PENALES.....	72
4.2 LA NORMATIVA EN HONDURAS.....	72

4.3	EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES	73
4.3.1	SEGÚN EL CONVENIO DE 1988:	73
4.3.2	SEGÚN LA LEGISLACIÓN DE HONDURAS	76
4.3.3	EJEMPLO DE ALGUNOS CASOS	79
4.4	FACILITACIÓN DE MEDIOS DE TRANSPORTE	83
4.4.1	Ejemplo de Caso.....	87
4.5	DEL DELITO DE LA POSESION Y EL CONSUMO	94
4.5.1	POSESIÓN:.....	96
4.5.2	EL CONSUMO PERSONAL	100
4.5.3	EJEMPLO DE CASO DE LA EL DELITO DE POSESIÓN Y EL CONSUMO. .	105
5.	CAPITULO CUARTO: LOS DELITOS CONTRA LA SALUD EN MEXICO	113
5.1	LA REFORMA EN MATERIA PENAL	113
5.2	LA LEGISLACIÓN Y LOS DELITOS	114
5.2.1	EL TRANSPORTE DE DROGA.....	117
5.2.2	LA POSESIÓN DE DROGA:.....	124
5.2.3	LA “LEY” DE NARCOMENUDEO	132
5.2.4	EL CONSUMO PERSONAL	137
5.3	EL ERROR DE PROHIBICION EN DELITOS CONTRA LA SALUD.....	153
5.3.1	EL ERROR DE PROHIBICION POR DELITOS CONTRA LA SALUD EN MEXICO	159
5.3.2	ERROR DE PROHIBICION POR DELITOS CONTRA LA SALUD HONDURAS	162
5.4	LA NO EXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA.....	164
6.	CONCLUSIONES:	168
7.	BIBLIOGRAFIA.....	174

INTRODUCCION GENERAL

Cubriendo mi turno en los juzgados de letras Penal de la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, estaba esperando audiencias de Declaración de Imputado que según versiones de algunos asistentes en los despachos de los jueces habían muchas, cuando la llamada de uno para cubrir una audiencia se hizo escuchar en los alto parlantes del juzgado. Llegue como de costumbre saludando primero a su señoría y dirigiéndome al secretario para que me señalara a mis representados, ahí se encontraban dos personas que oscilaban entre los 35-40 años de edad, quienes estaban muy asustados ya que era su primera vez ante un juez; al leer los hechos incoados en el requerimiento y sin revelar el secreto profesional que guardaba con mis “clientes”, según el MP iban en un carro pick up por una de las carreteras que dan salida a la ciudad, la paila del coche recubierta de plátanos y un compartimiento secreto que contenía varios paquetes plásticos y al mejor estilo de los fiscales: Conteniendo en su interior yerba seca supuesta marihuana. El expediente venia por Tráfico ilícito de estupefacientes aunque todo indicaba que en la audiencia inicial se modificaría el tipo penal por facilitación de medios de transporte para el tráfico de droga, los medios de comunicación ya habían hecho sus titulares con los supuestos traficantes, como si el hecho de ponerle el sustantivo quitase la estigmatización que desde ya sus familias y ellos sufrirían. Sabía que la audiencia transcurriría sin mayor percance ya que habían sido presentados en tiempo y respetado sus demás derechos, solo tenían que advertirles que debido a la reciente reforma en el Código Procesal Penal por el tipo de delito que se les estaba imputando y teniendo que esperar para la fecha de la audiencia inicial donde evacuaríamos los medios de prueba no había opción en cuanto a la decisión de la medida cautelar y tendrían que ir con detención judicial oficiosa.

Saliendo de la audiencia anterior me dirigí a otro despacho para otra audiencia de declaración de imputado se encontraba ahí un hombre mayor de 71 años de edad, había sido capturado en una población aledaña a la ciudad capital debido y cito: a una denuncia anónima que señalaba que al lado de una piedra había alguien consumiendo marihuana. En el expediente venia acusado por el Delito de Tráfico Ilícito de estupefacientes, ya que

desconocía el ente acusador la cantidad (el dictamen como los demás medios de prueba tendrán que evacuarse en la inicial) de la supuesta droga decomisada, que se encontraba en una bolsa plástica conteniendo en su interior un par de cigarrillos con supuesta yerba marihuana, la edad del señor abrió un debate muy enriquecedor en la audiencia entre la juez, el fiscal y mi persona, sobre todo para la determinación de la medida cautelar en lo que yo defendía la excepción a la prisión preventiva, el fiscal insistía en la oficiosidad de la medida privativa de libertad que mandaba la reforma; el juez por su parte agitaba la cabeza mientras miraba al imputado y luego el expediente, no quería, pero debía fallar a favor de la reforma. En la entrevista con mi defendido debía explicarle sobre la oficiosidad de la medida privativa de libertad por el tipo de delito que se estaba incoando en el expediente. En la audiencia inicial seis días después se modificó el tipo penal a Consumo Personal.

Reflexionaba al salir de la audiencia que en ambos casos se trataba del mismo rigor punitivo y que ello solo cambiara hasta la audiencia inicial, pero que mis defendidos irían bajo las mismas condiciones a guardar prisión. En aquel entonces sabía que era una práctica común del MP, donde indistintamente la cantidad de droga decomisada, el expediente entraba con el supuesto delito de tráfico ilícito de estupefacientes, hasta la audiencia inicial podría ver el dictamen que determinaba la cantidad de droga y ayudaba a sustentar o debatir el tipo incoado. El mismo patrón denotaba los demás casos que conocía y que mis compañeros también llevaban. Lo que motivaba mi análisis en aquel entonces y mi postura actual, no existía la proporcionalidad entre el trato punitivo que recibían los imputados, tampoco en la aplicación de las normas que penalizan los delito contra la salud, la presunción de inocencia y el indubio pro reo eran hadas fantásticas frente a la sanción y rigurosidad de la legislación especial. La política en materia de drogas que promovía reformas así en el sistema penal no solo era prohibicionista, sino vulneradora de derechos humanos, se trataba del uso excesivo de la privación de libertad como forma de control; los medios aplaudían esto convirtiendo en celebridades negativas a los procesados, mientras las calles de la ciudad seguían igual o más peligrosas. Surgían las preguntas ¿Estos son los grandes traficantes que Honduras expone como logros en el combate al narcotráfico? ¿Dónde están los derechos de mis representados? A priori tenía que estudiar que investigar y defender, tenía que exponer a la norma que criminaliza sujetos vulnerables, porque un día en la cárcel, es un día en la vida de una persona que no se lo puede devolver nadie.

Por eso el primer capítulo narra sobre la política que da Origen a la legislación en materia de delitos contra la salud; una declaratoria abierta de guerra contra las maras y una justificación de la política criminal y la política de seguridad nacional o pública, las cuales han perdido su clara definición debido a su ideologización convirtiéndose en la política de la intolerancia. En Honduras entro con el Eslogan de Cero Tolerancia como desprendiéndose de la teoría de las ventanas rotas iniciada en Estados Unidos, pero que no es más que una versión aberrada de la original de los años 70 y 80. Si la misma “Cero Tolerancia” da por agotada las causales sociológicas del delito; en estos países latinoamericanos fuera de los obstáculos estructurales que implica un efectivo sistema de justicia (salarios dignos, corrupción, impunidad, etc.), la orientación de esta clase de política no es al bienestar ciudadano a largo plazo, sino que lleva intrínseco la excusa perfecta para encubrir los descuidos del estado y orientarlos a un enemigo en “común”; una declaración de guerra, como si se hubieran agotado todas las instancias y los intentos por “remediar” a los “desviados” por parte del gobierno hubiesen sido insuficientes, como una “última” instancia hay que confrontar el fuego con fuego.

En México la cero tolerancia y la declaratoria de Guerra contra el Narcotráfico Para justificar más la política criminal contra el crimen organizado, se convirtió en un asunto de seguridad nacional que atentaba contra la soberanía del estado y provoco que además de los entes de justicia ya existentes interviniera el ejército. Esto es algo obvio ya se está hablando de una declaración de guerra. Históricamente el ejército latino americano ha sido reservado para encarar la defensa del territorio (el art.1 de la Ley Orgánica del Ejercito Mexicano) y como ya mencionamos el uso de este en asuntos de seguridad ha sido utilizado de manera “siniestra” y distorsionada para contrarrestar a los grupos opositores del gobierno de turno. Esta práctica permite que el crimen organizado se convierta en el “enemigo de turno” (Cesar Morales 2011) contra los que el ejército debe combatir; ya que el clima de inseguridad que se genera en la nación no es culpa de la falta de acceso a los servicios básicos para acceder a la vida digna (nótese un poco de sarcasmo), sino al clima de inseguridad que estos “nuevos” grupos subversivos han generado en la población.

Abordo también la antítesis que refiere a que el Derecho Penal resulto ineficaz para sancionar a la delincuencia organizada debido al trípode que acompaña –según Buscaglia-

al derecho penal tradicional, siendo necesaria la aplicación y sanción fuera de los límites que permita facilitar el trabajo de los entes investigativos según este autor. Como justificando La inoperancia de los entes encargados de la persecución penal, la cual no puede ser encubierta por tipos penales nocivos para los derechos de los imputados y limitantes de los derechos humanos, no puede usarse como excusa en la persecución de individuos de alto perfil, ya que lo único que provoca es la criminalización de los grupos vulnerables.

La idea por tanto es definir en el primer capítulo que la política de seguridad y la política de prevención social del estado juegan un papel nuevo en relación de la ideología que se la ha impuesto, viéndose reflejada en la tipificación, estando diseñada para eludir su responsabilidad, para negar su obligación de garante, la obligación de garantizar el respeto a estos derechos fundamentales recae sobre el estado, la custodia de los individuos dentro del sistema penal corresponde al estado, el artículo 1.1 de la Convención Americana señala el deber que tienen los Estados partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados. Pero El estado no solo elude dicha obligación sino que a los sujetos vulnerables que les ha negado ya el acceso a sus derechos son convertidos en “criminales potenciales” y en vez de estudiar los problemas estructurales que originan el delito, abre el discurso declarándole la guerra a los ciudadanos (que son su responsabilidad), utilizando y reflejando dicho rigor en la normativa penal.

En el Capítulo Segundo como resultado de La Política criminal adoptada tanto por Honduras como de México, la cual como expusimos responde a muchos factores que se correlacionan, económicos, sociales e internacionales. Si bien quisiésemos que las políticas de nuestras naciones irradian independientes y conformes a la realidad sociológica que nos rodea, la verdad es que estos factores existen y juegan un papel preponderante frente a la situación que vive la población de los estados. En razón de esto la visión del ciudadano ideal que impera reflejante en la normativa, es la primera vulneración que puede sufrir una persona en la defensa y ejercicio de sus derechos, si el estado no lo percibe como un sujeto de derechos sino como un enemigo potencial, ¿Qué clase de garantías en el proceso penal puede gozar a plenitud?; a partir de ahí la necesidad de caracterizar esta normativa según

las características de la algo polémica, pero no menos realista, teoría del Derecho Penal del Enemigo del alemán Gunther Jackobs.

El derecho penal del Enemigo es un término acuñado por el alemán Gunther Jackobs en 1985, para referirse al derecho penal de excepción, que se crea al margen de los principios y derechos fundamentales a favor de las personas objeto de persecución penal. Muy criticado el jurista alemán por esta posición donde señala que la visión del estado para el individuo que trasgrede la pena no es la percepción de un sujeto de derechos sino de un individuo peligroso. Aunque no es nueva la teoría de Jackobs, considero enriquecedor retomar las características de este Derecho Penal del Enemigo, tomando en consideración la estructura que le ha abordado el jurista mexicano Miguel Ángel Mancera Espinoza quien además de las tres características principales aborda una cuarta la cual es tomada por otros autores pero no señalada como una característica, aunque Mancera en su artículo la ubica en un tercer punto, me atrevo a colocarla como primera, ya que previo a cualquier accionar por parte del estado se necesita el planteamiento del derecho penal como un arma parte de la legislación de guerra o combate.

A partir de ahí dividimos el capítulo en dos partes una para Honduras y otra para México, exponiendo cada una de ellas en razón de la normativa vigente al momento de escribir la tesis. La creación de ese derecho penal de excepción, el cual tiene tres características esenciales como mencionaremos según Manuel Cancio Meliá citando a Jackobs: El adelantamiento de la Punibilidad, Las penas previstas son desproporcionadamente altas y Las garantías procesales donde son relativizadas o incluso suprimidas. Pero para efectos de nuestra tesis como ya había mencionado agregaremos una característica como primera: La política de combate o declaratoria abierta de guerra frente al grupo denominado enemigos. Quedando de la siguiente Manera: La política de combate o declaratoria abierta de guerra frente al grupo denominado enemigos; El adelantamiento de la Punibilidad; Las penas previstas son desproporcionadamente altas y; Las garantías procesales donde son relativizadas o incluso suprimidas.

El tercer capítulo sobre los delitos contra la salud en Honduras y el cuarto capítulo – divididos por razón de la normativa de cada País- sobre los delitos contra la salud en México; la idea es exponer, basado en la jurisprudencia analizada, el contenido de la

normativa e intentamos desglosar los elementos y criterios bajo los cuales se sanciona con un rigor punitivo excesivo a los imputados. Los delitos contra la salud, referidas al Tráfico ilícito de estupefacientes y sus diversas modalidades, son aquellos que nacen de una división dentro de la tutela de bienes colectivos, en razón de la conducta del agente, la lesión al bien jurídico y la gravedad de la conducta, todo ello enmarcado como delitos de peligrosidad abstracta. Por tanto si la referencia en la sanción penal es la salud pública o la salud de la población en el caso específico del tráfico ilícito de estupefacientes esta debe entenderse como el deseo del estado de mantener la salud de la ciudadanía reprimiendo aquello que la dañe o ponga en peligro. En Honduras se aborda Para efectos de estudio los tipos penales en relación a los siguientes estupefacientes, crack, cocaína y marihuana; los tipos penales a analizados son: Tráfico Ilícito de estupefacientes, Facilitación de Medios de Transporte, Posesión de drogas o estupefacientes y Consumo Personal Inmediato.

En el caso Mexicano fue necesario previo a abordar los delitos contra la salud establecer que el sistema penal mexicano se encuentra en un periodo de transición. El paso de un sistema penal inquisitivo a un acusatorio, las reformas constitucionales del 2008 y 2011 sobre todo, llevan consigo un periodo de adecuación sobre los nuevos principios y garantías. La legislación anti drogas en México también ha sufrido ciertos cambios productos de distintos factores, no solamente de la reforma penal, sino también de la ya mencionada guerra contra el narcotráfico. Por ello fue necesario simplificar el abordaje de la presente tesis en razón de nuestro estudio y para efectos prácticos los siguientes delitos y no ilícitos fueron analizados: Transporte, Posesión, “Ley” de Narcomenudeo y Consumo personal.

Por ultimo pero no menos importante como parte del capítulo cuarto en razón de que no podemos limitar el uso del derecho penal a la sanción absoluta de conductas de los individuos, negando que existan situaciones excepcionales que permiten que una conducta no se enmarque en el plano de lo ilícito. Expondré sobre el Error de prohibición tanto en Honduras como en México, sobre la posibilidad de sostener su discusión en el proceso penal y sobre sus características, recayendo en resumen sobre la noción del injusto cometido; Uno de los elementos más difícil de probar en los delitos contra la salud es el hecho de ignorar que existe una legislación que prohíbe la posesión de estupefacientes o

sustancias sicotrópicas; sin embargo existen elementos de los tipos penales que configuran la esencia de los delitos que las personas ignoran y desconocen. Es así que un consumidor habitual puede desconocer los límites del consumo personal inmediato y comprar un suministro para una semana y un mes; bajo el mismo ejemplo trasladarlo oculto e ignorar que si lo lleva en su automóvil podría atribuírsele bajo criterios cuestionables el transporte del narcótico.

1. CAPITULO PRIMERO: LA GUERRA CONTRA EL NARCOTRAFICO

“La intensidad de la erradicación de los cultivos de campesinos humildes y de la persecución de delincuentes de origen miserable que los medios convierten en bandidos celebres no es comparable con la discreción con que se persigue a los lavadores de dinero asimilados entre las élites”. Gustavo Duncan

1.1 INTRODUCCION

El Derecho Penal ha jugado un papel importante en la Guerra contra el Crimen Organizado y el Narcotráfico, lastimosamente este se ha visto utilizado como arma de ataque y defensa, en detrimento de los derechos las personas procesadas (Derecho Penal del Enemigo) que se convierten en víctimas colaterales de esta guerra. Los límites que se habían establecido entre el derecho de las personas y el poder estatal se han visto rebasados por una política de la intolerancia. El estado quien facultado bajo el amparo del contrato social a ejercer la violencia legítima, la que también está regulada y delimitada por el uso de nuestros derechos subjetivos, se ha encargado bajo premisa de la obediencia a construir el concepto del ciudadano ideal y todo aquello que lo amenace será también una amenaza a la seguridad de sus ciudadanos.

Bajo el fuego cruzado que gana terreno y víctimas en esta guerra, se sigue invisibilizando las verdaderas razones por las cuales se aumentan los ilícitos, la desigualdad social causada por la globalización y que son parcela fértil para el desarrollo de los delitos. Principalmente en estado debilitados y con signos de inestabilidad y corrupción. Donde los derechos humanos se han convertido en un obstáculo dentro del discurso estatal, primero porque exponen la inoperancia del estado para garantizarle a sus ciudadanos condiciones de dignidad inherentes a su persona y segundo porque limitan el uso del rigor punitivo en contra de los enemigos del mismo y que dentro de su racionalidad son los verdaderos culpables de la desigualdad.

En su justificación la política criminal y la política de seguridad nacional o pública, han perdido su clara definición debido a la ideologización que señala muy puntualmente

Alessandro Baratta, convirtiéndose en la política de la intolerancia, que sirve para la tergiversación de conceptos que permitan una aplicación de un derecho penal para criminalizar a un sector social ya vulnerado por la falta de cumplimiento de sus derechos sociales, entonces estos ya no son sujetos sino objetos de la legislación. La influencia de la Política Criminal de la intolerancia la vemos reflejada en los nuevos tipos penales que van siendo producto de la misma guerra.

La Guerra contra el Narcotráfico y el derecho penal especial en la materia, no atiende a problemas que se suscitaban ni Honduras ni en México, sino que es producto de la política exterior de Estados Unidos; Entonces el derecho penal, la política de seguridad y la política de prevención social del estado juegan un papel nuevo en relación de la ideología que se la ha impuesto, está diseñada para eludir su responsabilidad y responder a criterios que no atienden su realidad.

1.2 EL ESTADO Y EL CRIMEN ORGANIZADO

Hoy el estado se define “como la representación política de una colectividad nacional”¹ se compone por poderes públicos que ejercen la soberanía, por el territorio y su población. Aunque la existencia del mismo estado está sujeta al pacto social que se ha estipulado con su población (un estado representativo). Cuando “existía” el estado absoluto se caracterizaba por la centralización y concentración del poder, la soberanía era la detentación unilateral de las leyes para la colectividad y dicha centralización supondría la eliminación de los ordenamientos jurídicos inferiores² o aquellos que amenacen el poder central y supremo. En un estado representativo la legitimidad la da el consenso donde a:

¹ De las Cuevas Guillermo, Cabanellas. "Diccionario jurídico elemental." Buenos Aires–Argentina. Edit. Heliasta; Edición 8 (1998).

² Bobbio, Norberto, and Luisa Sánchez García. *Estado, gobierno, sociedad*. Movimiento Cultural Cristiano, Buenos Aires- Argentina. 2001. (Consultado 22 de noviembre 2015 <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34011887/cspolitic2008resumodestp1azna.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490410460&Signature=PUv8LzQNgwDiAXswGk1AHxzoGt4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D+lasesATodaHora.com.ar.pdf>)

La representación de los individuos se les reconoce derechos políticos. El Estado representativo cuyos sujetos soberanos ya no son ni el príncipe investido por Dios, ni el pueblo como sujeto colectivo indiferenciado, está el descubrimiento y la afirmación de los derechos naturales del individuo, de derechos que todo individuo tiene por naturaleza y por ley, estos son originarios³.

Es decir que solo el estado está facultado bajo el amparo del contrato social a ejercer el poder legítimo, que también está regulada y delimitada por el uso de nuestros derechos naturales. Dentro del pacto entregamos al estado el uso legítimo de la fuerza; El *ius puniendi* se justifica y perfecciona⁴ porque su grado de afectación resulta menor que el que existiría para la venganza privada. Es decir que el límite que se impone a la acción privada, está regulada en el uso de la violencia frente al delito, solo el estado está facultado bajo el amparo del contrato social a ejercer la violencia legítima, la que también está regulada y delimitada por el uso de nuestros derechos subjetivos, resguardados por principios, normas y garantías, en el momento que termina nuestro derecho, el estado puede ejercer el derecho punitivo⁵. Esto implica que el estado no regula la venganza, sino que la impide⁶; lo que significa que el derecho penal no nace para satisfacer la venganza, sino para impedir manifestaciones violentas y desproporcionales, que afecten los derechos de otros sujetos, evitando situaciones de salvajismo e injusticia, que permita que perspectivas personales de rabia y parcialidad, lejos de ser civilizado, significarían un retroceso. Se ha establecido un margen entre cualquier tipo de violencia y el poder ejercido por él y en el estado.

Al entregarle al estado el uso del *ius puniendi*, la custodia de la seguridad⁷; la población dentro de la racionalidad del pacto se compromete a obedecer las normas y las leyes, mientras el estado se obliga a tomar las medidas necesarias para brindar la seguridad a su población sin el grado de afectación que mencionamos. Bobbio citando a Hobbes refiere que:

³ Ídem

⁴ Morales, Brand, José Luis Eloy. "Nuevo curso de la parte general. Derecho Penal." CENEJUS Aguas Calientes- México; ed. Séptima (2015) p27.

⁵Ídem

⁶ Ferrajoli, Luigi. "El derecho penal mínimo." Poder y control", vol. 10 Santiago de Chile (1986) p14.

⁷ Jacobs, Günther, and Manuel Cancio Meliá. "Derecho penal del enemigo". Civitas; Madrid. 2003 p32.

La obediencia del individuo, según Hobbes, va hasta el punto en el que el Estado protege su vida; la seguridad de la vida individual es la base primordial del Estado en Hobbes. La muerte violenta a manos de otro individuo es el *summum malum* a evitar a través de la instauración del artefacto estatal, el cual, de acuerdo con Hobbes, tiene por fundamento el deseo de preservación del individuo.

Por ende todo aquel que desatienda la norma, el no obediente, atenta contra el pacto social, contra el estado y la población, se convierte en enemigo del estado y la sociedad⁸. El individuo amenaza la convivencia él no puede renunciar a la obediencia del pacto, está obligado por razón social, no renuncia a ser ciudadano, más este estatus puede condicionarse. Es decir “se sancionará al sujeto que no haga lo que el Derecho ordena, asimismo, se sancionará a quien se atreva a realizar lo que prohíbe. La pena es aplicable únicamente a los sujetos conscientes, capaces de distinguir el “bien” y el “mal” y que sean, por lo tanto, dueños de sus acciones”⁹. Esto facilita a que el estado construya el concepto del ciudadano ideal y obediente y justifica la anuencia legítima del estado a cualquier poder inferior que le amenace; cualquier forma de resistencia al estado o la misma pluralidad legal, económica y cultural¹⁰.

La sanción del sujeto desobediente (desviado) tiene dos alcances inmediatos el primero es para aleccionar al resto de la población para evitar que cometan las infracciones o se repitan dichos comportamientos y el segundo es para proteger al individuo infractor del “leviatán¹¹” del estado, no en razón de que la misma sociedad se sienta salvaguardada por el estado ya que esto es función de la política de seguridad y no del derecho penal, dando el mensaje de que este efectúa su labor encomendada y su parte del “contrato”. El elemento común es el derecho penal e históricamente este ha sido el arma principal del estado frente a la criminalidad, por lo que es común que cuando surgen problemas de desobediencia de

⁸ Jakobs, Günther, and Manuel Cancio Meliá Ídem

⁹ Peñaloza Pedro José ; “Globalización, delito y exclusión social Una correlación a debate” México DF (2014) p11 (consultado 17 de diciembre 2015 http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/temas_selectos/globalizaci%C3%B3n.pdf)

¹⁰ Das, Veena, and Deborah Poole. "El estado y sus márgenes: etnografías comparadas." *Cuadernos de antropología social* 27 (2008): 19-52. (Última consulta 2 de abril 2017 <http://www.redalyc.org/pdf/1809/180913917002.pdf>)

¹¹ Roxin, Claus. "Política criminal y sistema de derecho penal." Trad. Francisco Muñoz Conde; 2ed. 2 reimpresión, Buenos Aires; Hammurabi (2006) p33.

las normas se recurra al derecho. Roxin haciendo alusión a von Liszt explica que la función de la política criminal deberá incluir “métodos adecuados en el sentido social” y que el derecho penal sería entonces la “carta magna”¹² del imputado en razón de la legalidad del derecho como principio y límite del poder coercitivo.

Desde su creación el derecho como sistema normativo ha surgido del consenso de los individuos miembros de una sociedad, donde una de las preocupaciones más antiguas es la fuerza para hacer cumplir aquellos preceptos que ellos mismos establecen y que en la convivencia se convierten en los valores que necesitan mayor protección. Esto es un pequeño esbozo de la constitución de la relación entre la sociedad y el derecho, así fue necesario crear órganos y normativas que permitan regular las conductas de los individuos, un sujeto de derecho que debe obediencia a las normas que ha establecido la sociedad y cuando este individuo trasgrede los derechos ajenos e infringe los deberes, desde una perspectiva tanto iluminista, como positivista y funcionalista¹³, amenaza la convivencia en sociedad y el funcionamiento de la misma, amenaza el pacto social, que se encuentra resguardado en la base del estado y del derecho. Por ende el estado es el único que puede reaccionar, ante la infracción del individuo y hacer uso de la violencia legítima, el uso racionalizado de la coacción, donde su arma punitiva es el derecho penal; el otorgamiento por parte de la sociedad al estado del *ius puniendi*.

El derecho penal al regular “los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o medida de seguridad”¹⁴, se da atribución de tutelar los bienes más preciados de una sociedad aquellos cuyo valor ameritan una protección especial y todo aquel que los trasgrede: un castigo. Pero no son todos los derechos o todos los bienes tutelados por el derecho penal, sino solo aquellos “bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión”¹⁵ y por tanto se convierte en “la última instancia” en el uso del poder

¹² Ídem

¹³ Las tres teorías conciben al estado con características absolutistas y dibujan que la sociedad en sí debe ser conservadora e ideal bajo su racionalidad; “la delincuencia es un atentado contra la estructura social” a palabras de José Luis Eloy Morales Brand.

¹⁴ Roxin, Claus: Derecho Penal, Parte General. Madrid: única edición. Editorial Civitas, (2008) p41

¹⁵ Gil, Alicia Gil, and Elena Maculan. *Derecho penal internacional*. Dykinson, Madrid 2016.p16. (consultado en febrero 2016 <https://www.dykinson.com/noticias/209/>)

por parte del estado, ya que responde dependiendo la gravedad de los hechos, cuando no se pueda solucionar por ningún otro medio.

Pero indagar la criminalidad como el fenómeno social que es, requiere de que esta se perciba con una perspectiva que trascienda la simple reacción punitiva estatal, requiere de políticas que atiendan su eliminación. Además a esto debemos incluir que es un problema cambiante, los delitos de hace 50 años no son los mismos a los de la actualidad, si la misma necesidad motiva el cambio de la sociedad, esto atiende también a sus problemas, es una constante en este mundo globalizado. La criminalidad también se mueve con estos cambios, el estado señala por ende que existe un nuevo tipo de amenaza para él y su población, pero una amenaza de gran envergadura con alcances más dantescos y siniestros, tan graves que ya no solo se le sanciona; se le combate. Se trata del crimen organizado en todas sus facetas, este ya existía pero ahora es una amenaza a la estabilidad estatal, son enemigos que aterran a la población, que en ocasiones se constituyen como un sub-estado, por tanto el estado debe proteger a sus ciudadanos (y a el mismo) de este grupo de desobedientes, pero no son cualquier clase de ciudadano, por su radicalidad merecen una legislación especial y un rigor punitivo mayor.

1.3 LA GLOBALIZACION Y EL CRIMEN ORGANIZADO

En la actualidad ningún estado puede decir que tiene completa independencia, en el ámbito económico y social; pudiendo o no explicar lo que implica los factores globales y procesos de integración en los que se circunscribe la política internacional, lo cierto es que todos sentimos sus efectos y emergen nuevas clases de conflictos, cuya respuesta puede superar los confines estatales¹⁶. Es decir que cada evolución social, complejiza también la forma en que surgen los problemas sociales, las nuevas formas de dominación y también las distintas maneras de resolverlos. El mismo fenómeno provoca que los individuos también sean propensos a los factores internacionales, para bien y para mal, se genera una mayor desigualdad social provocado por ese aceleramiento de un factor de gran incidencia, que solo enunciamos en este momento y abordaremos en otra ocasión: el mercado. En estos

¹⁶ Carbonell, Miguel, and Pedro Salazar. "La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma". Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM-IIIJ), México; 2011.

escenarios los estados se ven obligados a adaptar sus legislaciones nacionales, al mundo globalizado de derechos y a plasmar las nuevas obligaciones en el contrato social con sus individuos, enunciando y protegiendo los derechos inherentes a su condición, no por ser ciudadano específico, sino por su humanidad.

Pero esto también sucede en sentido contrario. Dentro del pacto social que establecimos con el estado y los límites que ambos construimos (que se profundizan más adelante), existe una presunción intrínseca de buena fe por ambas partes. Es decir “los individuos creen en sus instituciones y a su vez las instituciones corresponden a su confianza”¹⁷, se convierte en la esencia del pacto, que tiene una validez que trasciende a la norma, se refiere a que la sociedad deposita sus valores más preciados al estado y este debe respetar la dignidad de los depositarios. La globalización económica se convierte en una parcela fértil cultivada por la misma desigualdad social, que genera el desarrollo de los delitos y de la delincuencia transnacional¹⁸, principalmente en aquellos países con conflictos y violencias sociales, debilitados y con signos de inestabilidad y corrupción¹⁹.

Ante los factores que implican delitos, la política estatal no siempre responde con un estudio o consenso que atienda los ámbitos débiles de su composición, ya que resulta más fácil responder con miedo con terror. Esto es muy característico en la política de la lucha contra el narcotráfico, una declaración abierta de guerra contra los enemigos del estado, que en ocasiones abarca a todo privado de libertad, lo peligroso de esta tesis es que en toda guerra hay víctimas colaterales y que con este derecho de excepción o legislación especial construimos una estigmatización y una justificación del uso excesivo de la fuerza estatal, que no permite delimitar a un ciudadano, a un ser humano merecedor indistintamente de su condición jurídica de un trato digno inherente por su condición; como diría Zaffaroni “El poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no

¹⁷ Martínez, G. "La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal." *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 26 (2008): p 229

¹⁸ Rivero J.E. “El derecho Penal del Enemigo ¿Derecho penal de la Globalización?” (consultado en agosto 2016 <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf>)

¹⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes

correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos”²⁰.

En el prefacio de la Convención de Palermo (2000) Kofi Annan denota que la globalización y la mundialización en su “apertura y posibilidades” que brindan a la comunidad internacional, son también medios idóneos para que los “enemigos del progreso y los derechos humanos” se sirvan de estas para lograr sus fines. Estos enemigos señalados en la convención es el crimen organizado, tachados de “sociedad incivil” por dicho apartado, son terroristas, criminales, traficantes de drogas y otros grupos, donde ya no se puede dialogar con ellos, se les deben combatir. Annan menciona que “los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual...”; para Jorge Rivero Evia²¹ la situación se agravo a partir del 11 de septiembre del 2001 donde las amenazas graves se hicieron mundiales y la población en general vivía en un constante pavor, por lo que se debían adoptar medidas para “prevenir actos de tal envergadura, incluso si ello implica violar derechos civiles”. Por lo que este nuevo miedo se convertiría como versa el mismo autor en una “parcela fértil para sembrar las denominadas leyes de lucha”, las políticas de combate y el por tanto el Derecho Penal del Enemigo. Y ante estos problemas de talla mundial los derechos humanos, el debido proceso, la presunción de inocencia deben ser reducidas ya que amenazan la acción del estado frente a la seguridad mundial, han dejado ser límites del poder punitivo ahora son limitantes de la justicia. Siendo esto para el anteriormente citado autor “una expresión moderna del capitalismo postindustrial o si se prefiere, un producto no deseado de la postmodernidad; en palabras de Polina León; el crimen organizado es un hijo de la globalización”²².

²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El enemigo en el derecho penal”. Madrid: Dykinson, 2006. (consultado en agosto 2016 <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa03.pdf>)

²¹ Rivero J.E. *op. cit.* p 3

²² Rivero J.E. *op. cit.* p4

1.4 POLITICA DE SEGURIDAD, POLITICA CRIMINAL Y CERO TOLERANCIA

1.4.1 POLITICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL

Desde el Estado la lucha contra el narcotráfico es una política para salvaguardar la seguridad de la población de los ciudadanos. Por ende es necesario caracterizar primeramente el abordaje de dicha política desde la seguridad y la política criminal, para llegar a la política de la intolerancia. Además vale la pena recalcar la aptitud funcional para resolver problemas²³ que adopta el derecho penal en el interior de estas políticas, convirtiéndose además este en el principal eslogan de las campañas que la justifican, habría que ver y estudiar si esta clase de política anti-tolerante²⁴ cumple con los fines de la política criminal o el mismo derecho penal, en algún momento estas dos materias quisieron separarse, tomadas como ciencias autónomas²⁵; Emiliano Borja Jiménez aproximándose a la obra de Roxin las define así:

El Derecho penal era concebido como una ciencia estructurada en torno a unos principios de garantía de las libertades del ciudadano (legalidad, culpabilidad, intervención mínima, etc.), sistematizada con una firmeza lógica inquebrantable y cuya finalidad estaba más próxima a limitar al poder punitivo que a tutelar a la sociedad. La Política Criminal, por el contrario, se contemplaba como un conjunto de estrategias destinadas por los poderes públicos a frenar altas tasas de criminalidad²⁶.

El estado mediante la política criminal procuraba en un inicio “la contención” y eliminación de la criminalidad para procurar brindar seguridad ciudadana; el derecho penal pretendía establecer los límites entre el poder estatal y los derechos de los individuos

²³ Jiménez, Emiliano Borja. "Sobre el concepto de política criminal: una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. "Anuario de derecho penal y ciencias penales" 56.1 (2003): p 113.

²⁴ Refiriéndome a la “cero tolerancia” como la política más usada para la lucha contra el narcotráfico.

²⁵ Jiménez E. B. *op. cit.* p113.

²⁶ Jiménez E. B. *idem.*

sujetos al ámbito penal. Existía una división clara entre estas materias lo que aseguraba como versaba Roxin en alusión a Von Liszt “que el derecho penal era la carta magna del delincuente”²⁷. Una de las críticas que recibe no solamente la tesis de Roxin sino la “dogmática” penal alemana en cuanto a esta relación entre política criminal y derecho penal es según Bernd Schünemann donde por una parte se encuentran la legislación penal y por otra la “finalidad político criminal” que fortalece la práctica judicial otorgándole al juez un margen de discrecionalidad²⁸ que le permite una interpretación más efectiva pero sin que esta sustituya el alcance de la norma.

Aunque entrar en esa discusión nos aleja de la finalidad que nos ocupa en este momento, para efectos de esta tesis lo relevante es importante rescatar el trabajo de Roxin principalmente en lo referido a la teoría del ilícito²⁹ ya que nos permite observar de manera objetiva el derecho penal del enemigo en relación a delitos contra la salud, su influencia político criminal (intolerante) y los elementos del tipo penal que estudiaremos más adelante. Esta teoría del Ilícito recoge las categorías básicas del delito según sintetiza Emiliano Borja primero en referente al Tipo bajo los límites del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*), la antijuridicidad si bien Jiménez establece que esta es “contemplada” en alusión a lo que establece Roxin, personalmente considero que la antijuridicidad es utilizada (como justificación o falacia dentro del discurso cero tolerancia) para proporcionar la solución a los conflictos sociales y la culpabilidad con lleva un sentido preventivo.

1.4.2 POLÍTICA CRIMINAL Y DE SEGURIDAD

Hoy en día resulta muy complejo lograr la distinción entre política criminal, política de seguridad, social y económica. Por lo que para su especial distinción ya no bastaría recurrir a los conceptos clásicos e históricos de los mismos, ya que estos se han ido trasformando en su uso discursivo, que es exactamente lo que dificulta su diferenciación. Ya definimos el

²⁷ Roxin, Claus. *op. cit.* p 33.

²⁸ Schünemann, Bernd. "La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal." Anuario de derecho penal y ciencias penales 44.3 (1991): p 693

²⁹ Jiménez, Emiliano Borja. *op. cit.* p 116.

concepto clásico de política criminal pero en el uso que se le da en El combate contra el narcotráfico su concepto no se abarca desde la criminología crítica, sino que se utiliza una “política punitiva” donde el estado usa su arma más poderosa, como un medio de control. Este sería el concepto de Seguridad desde el estado “aquella que apunta solo a proteger y hacer valer las normatividades jurídico-políticas mediante aparatos político-administrativo-punitivo de dominación”³⁰.

Para ayudar a distinguir los conceptos que mencionamos Alessandro Baratta refiere que tendremos que recurrir no a la “finalidad objetiva” sino a su “finalidad subjetiva”³¹, donde el tipo de actor para el cual va dirigida la política juega un papel preponderante desde la concepción de este frente al estado y la sociedad. La finalidad subjetiva a que se refiere el criminólogo italiano atiende a lo que él llama “la ideología” la cual se convierte en su uso discursivo en un mecanismo “apto para crear falsa conciencia”³² entre los actores y el público. Esta funciona sustituyendo los “conceptos por clichés” que lo que permiten es excluir mediante una legitimación sustentada en el temor y terror los resultados que se le deben exigir a las políticas que implementa el estado, por eso es fácil denotar que según diversos datos estadísticos la política resulta un fracaso.

Al sustantivo seguridad se le agregan adjetivos que atienden no a la defensa de los derechos individuales de los ciudadanos sino a la colectividad “nacional, pública y ciudadana”³³; como quien construye un medio de justificación de legitimación, entonces el individuo ya no es sujeto de este de derecho sino objeto del mismo. Baratta se refiere a la política de seguridad nacional que aquejo latino américa en los años 70 y 80 señalando como la política de seguridad marca fuertemente la tendencia del derecho penal:

De la doctrina de "seguridad nacional" queda todavía el trágico recuerdo, en América Latina, de los años setenta y ochenta, cuando la ideología autoritaria inspirada en el principio Schmitiano del amigo enemigo sirvió para sostener no solo

³⁰ Trinidad, García, Juan Manuel, and Víctor Daniel García García *op. cit.* p43

³¹ Baratta, Alessandro, "Política criminal: entre política de seguridad y política social", en Delito y Seguridad de los habitantes. Elías Carranza (coord). México: Siglo XXI, 1997. p3.

³² *Ibidem* p4

³³ *Ídem*

un derecho penal del enemigo - cuyas señales todavía están presentes incluso en los estados con regímenes formalmente democráticos- sino, sobre todo, un sistema penal ilegal, paralelo al legal y mucho más sanguinario y, efectivo que este último: un verdadero terrorismo de Estado³⁴.

Cuando una política habla de seguridad pública o seguridad ciudadana en un plano ideal deberá incluir la totalidad de su población, es más no solo de sus ciudadanos, sino de todo aquel ser humano en su territorio. Pero es innegable en la actualidad negar que el acceso a los recursos y la concepción del sujeto dependa íntimamente de factores económicos, es decir, que la seguridad en cuanto a la protección efectiva de los derechos también está sujeta a esta concepción. Cuando desde el discurso del estado se habla en torno a la seguridad no se incluye en esta (aunque debería) la obligación de este a brindar condiciones de dignidad que aseguren el libre desarrollo, sino que únicamente se piensa en la “protección” desde un punto de vista conflictivo, militar o de ejercicio punitivo, que permita el aislamiento de los ciudadanos que deben ser protegidos de aquellos que no obedecen la norma o que viven al “margen” del estado que genera una alerta social; por lo que llamamos cordones de miseria o “la mayor parte de los territorios de riesgo permanecen siempre sustraídos de la economía de la seguridad”³⁵.

Dentro de la justificación de la seguridad ciudadana las estadísticas que se usan para legitimar la política criminal contra el narcotráfico, hacen alusión por ejemplo veremos los números en razón de kilos y toneladas que pasan por los distintos países y las secuelas de violencia en la disputa de territorios por la venta y distribución, no se niega la incidencia negativa; pero con ello la “seguridad” que se “vende” invisibiliza otra realidad la constante violación por parte del estado para cumplir los derechos económicos, sociales y culturales (por mencionar algunos) que generan y promueven el crecimiento de la desigualdad social y que se ven más afectadas la niñez y otros grupos vulnerables lo que propicia que la criminalidad crezca de forma desmesurada; estos casos no forman parte de las estadísticas de la seguridad ciudadana. Una vez que la política criminal ha olvidado a estos sujetos “marginales” no basta no etiquetarlos, sino que hay que recordar que la dicha política lleva

³⁴ Baratta, Alessandro, "Política criminal: entre política de seguridad y política social" *op cit* p3

³⁵ *Ibidem* p6

como objeto la prevención, pero no la prevención positiva que señalamos (la que garantiza derechos), sino una que los coloca en una balanza de peso ponderando la vulneración de sus derechos frente a la seguridad de los demás previniendo que ejerzan un daño mayor a la sociedad, por eso Baratta también nos refiere:

Después que se ha olvidado a una serie de sujetos vulnerables provenientes de grupos marginales o "peligrosos" cuando estaba en juego la seguridad de sus derechos, la política criminal los reencuentra como objetos de política social. Objetos, pero no sujetos, porque también esta vez la finalidad (subjetiva) de los programas de acción no es la seguridad de sus derechos, sino la seguridad de sus potenciales víctimas³⁶.

Entonces la política de seguridad y la política de prevención social del estado juegan un papel nuevo en relación de la ideología que se la ha impuesto, está diseñada para eludir su responsabilidad, para negar su obligación de garante, la obligación de garantizar el respeto a estos derechos fundamentales recae sobre el estado, la custodia de los individuos dentro del sistema penal corresponde al estado, el artículo 1.1 de la Convención Americana señala el deber que tienen los Estados partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. El estado no solo elude dicha obligación sino que a los sujetos vulnerables que les ha negado ya el acceso a sus derechos son convertidos en "criminales potenciales" es decir es la criminalización de la política criminal y de seguridad: la cero tolerancia.

1.4.3 CERO TOLERANCIA

Entre las atribuciones que tiene la Policía federal mexicana se destaca la de "Dictar y supervisar las medidas tendientes a garantizar la prevención de los delitos, el mantenimiento y el restablecimiento del orden y la seguridad pública...³⁷"; La Constitución

³⁶ Ídem

³⁷ Policía Federal Mexicana (http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/wlp.c?_c=7f9 consultado el 13 de noviembre 2016)

de Honduras en su artículo 293 resalta que la policía es la “encargada de velar por la conservación del orden público, la prevención, control y combate del delito”; es así que en ambos casos tenemos constantes como el restablecimiento del orden público y la protección de sus ciudadanos lo cual si repasamos los diversos discursos políticos en la Historia de ambos países los encontraremos en casi todos ellos. Y es que ha sido una búsqueda constante por parte de la clase política y es un eslogan muy atractivo ante la inseguridad jurídica y social que acecha a ambos países. Existen pensadores que señalan a la cero tolerancia como parte de estos discursos, otros refieren esta como el cambio de “orientación proactiva³⁸” de las funciones de la policía (y de los entes de justicia) como parte de una política criminológica.

Aunque con las características propias como política pública o política criminal será cuestionable asignar la autoría del concepto, se le reconoce al ex alcalde de Nueva York como progenitor de la política “Cero Tolerancia” como tal. En ideal la fachada de esta política implicaría que tratara sin preferencia alguna a todo aquel que infrinja la ley, que la menor señal de comportamiento desviado debía ser atacada para prevenir un mal mayor y promover la protección de la ciudadanía mediante una comunidad limpia: un barrio seguro. Pero también es un ejemplo más que explícito de lo que referíamos en cuanto a la ideologización de la política. Su antecedente inmediato y justificación teórica “La Teoría de las ventanas rotas”.

La Teoría de las ventanas rotas tiene dos momentos que le preceden. El primero data del año 1969 en la Universidad de Stanford, (USA), el Prof. Phillip Zimbardo³⁹ realizó un experimento de psicología social. Dejó dos autos abandonados en la calle, idénticos en todo sentido. Uno lo dejó en una zona pobre y conflictiva de Nueva York y el otro en una zona rica y tranquila de California. Dos poblaciones muy diferentes, y un equipo de especialistas en psicología social asignado a cada lugar para estudiar los comportamientos. El primer

³⁸ Arroyo, Mario. "Evaluando la “estrategia Giuliani”: la política de cero tolerancia en el Distrito Federal." CIES (2003). (Consultado en Noviembre 2016 <https://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/La%20politica%20de%20Cero%20Tolerancia.pdf>)

³⁹ CEL “Teoría de las Ventanas Rotas de Phillip Zimbardo” <http://www.cel.edu.mx/servicios/La%20teoria%20de%20las%20ventanas%20rotas.pdf> consultado el 14 de noviembre de 2016

auto comenzó a ser vandalizado en pocas horas, ya sea robándose lo utilizable o destruyendo el resto. El segundo se mantuvo intacto. Es común dentro de la acción de las políticas y dentro de los “indicios” para perseguir a “los delincuentes” atribuir a la pobreza las causas del delito, tendencia que se refleja en el accionar (el rigor punitivo para ciertos delitos) de los entes de justicia. Aunque el experimento no termino ahí, a la semana se quebró la ventana del segundo auto y el resultado fue el mismo del primero (vandalismo y demás) la conclusión:

Es que no se trata de pobreza. Es evidentemente algo que tiene que ver con la psicología humana y con las relaciones sociales. Aquí viene lo interesante: un vidrio roto en un auto abandonado transmite una idea de deterioro, desinterés, despreocupación, que va rompiendo códigos de convivencia. Es como una sensación de ausencia de ley, de normas, de reglas, algo así como "vale todo". Cada nuevo ataque que sufre el auto reafirma y multiplica esa idea, hasta que la escalada se vuelve incontenible, desembocando en una violencia irracional⁴⁰.

Me atrevo a afirmar que el “vidrio roto” de nuestros países es la creciente desigualdad social. Pero continuando con el tema el segundo momento lo estable el artículo publicado en 1982 por James Q. Wilson y George L. Kelling titulado “Ventanas Rotas: La policía y la Seguridad en los Barrios” basa su hipótesis en que el accionar de la policía en las llamadas cosas pequeñas (un auto abandonado o una ventana rota) pueden más adelante desencadenar un espiral de decadencia, por lo que los crímenes mayores pueden ser prevenidos; porque existe una noción tangible del orden donde a reflexión del autor:

Una ventana rota se transforma en muchas. El ciudadano que teme al borracho maloliente, al adolescente revoltoso o al mendigo insistente no está expresando meramente su disgusto por conductas impropias; está dando a conocer un poco de sabiduría popular, lo que no es más que una generalización correcta –que el crimen callejero grave florece en las zonas en que no hay restricciones para las conductas fuera del orden–El mendigo no controlado es, en efecto, la primera ventana rota.

⁴⁰ Ídem

Los asaltantes y ladrones, sean oportunistas o profesionales, creen que reducen las posibilidades de ser atrapados o identificados si operan en calles en donde las potenciales víctimas ya están intimidadas por las condiciones predominantes. Si el barrio no puede evitar que un molesto mendigo fastidie a los transeúntes –razonará el ladrón–, es mucho menos probable que alguien llame a la policía para identificar a un potencial asaltante o para intervenir cuando el asalto efectivamente ocurra.

Otra de las justificaciones que vende la “tolerancia cero” es la sensación de seguridad mediante la militarización de las calles, en el artículo de Willson y Kelling en el tercer párrafo relatan el cómo se puso a patrullar a los oficiales por estos barrios sin las patrullas, a pie y que lejos de ofrecer un resultado lograron en cambio mejorar su imagen es así que “para sorpresa de casi nadie, que el patrullaje a pie no había reducido las tasas de delincuencia. Sin embargo, los residentes de los barrios patrullados a pie parecían sentirse más seguros que las personas de otras áreas”⁴¹.

A pesar de formar parte de la justificación de la “Tolerancia cero”, los autores mencionados han señalado que su intención teórico-práctica de las “Ventanas Rotas” ha sido manipulada y tergiversada por esta política de la “Intolerancia”. En una entrevista realizada a Kelling⁴² señala que da razón a sus críticos de que esta clase de política puede propiciar un amplio margen para “los abusos por parte de la autoridad” y que en este “potencial” se puede “criminalizar a los sin techo a los pobres”. Una situación que la veremos adelante reflejada en tipos penales que permiten demasiada discrecionalidad a la autoridad donde el “sentido común” y la “sospecha” dan pie a la violaciones de los derechos de las personas. Por lo que Kelling años antes ya había llamado a la política “Cero tolerancia” como la hija bastarda de las ventanas rotas⁴³. A pesar de que uno de los principales responsables de la reducción de la delincuencia en la ciudad de Nueva York señala de forma tan drástica la “Cero Tolerancia”, no podemos negar que la misma existió y para esta ciudad ofreció resultados, pero bajo un costo muy alto.

⁴¹ Ídem

⁴² Entrevista con George Kelling. “Tan Claro Como El Vidrio”, 15 y 31 de diciembre 2003.

⁴³ Entrevista de Kelling en Law Enforcement News 1999, dentro de Arroyo, Mario. "Evaluando la “estrategia Giuliani”: la política de cero tolerancia en el Distrito Federal." (2003).

Al alcalde de Nueva York le avalaron las estadísticas y los números: los asesinatos bajaron un 66 % en su gestión; las violaciones 40 %; los asaltos 72%; y los delitos contra la propiedad un 73%, según reporta el periódico salvadoreño La Prensa Gráfica⁴⁴, sin embargo esto vino acompañado de un aumento de abusos por parte de la autoridad y de asesinatos como práctica común por parte de la policía. Siendo esto una de las características que acompañaría el desarrollo de la política, la brutalidad policiaca y “las constantes demandas por violación a los derechos humanos, particularmente de grupos étnicos minoritarios y grupos sociales marginados, lo que mereció a la estrategia la etiqueta de racista o policía para los pobres”⁴⁵.

Pero la cero tolerancia en Honduras y México tendría una connotación distinta inclusive de la misma “newyorquina” y mucho más distante de la teoría de las ventanas rotas. Si la misma “Cero Tolerancia” da por agotada las causales sociológicas del delito; en estos países latinoamericanos fuera de los obstáculos estructurales que implica un efectivo sistema de justicia (salarios dignos, corrupción, impunidad, etc.), la orientación de esta clase de política no se orienta al bienestar ciudadano a largo plazo⁴⁶, sino que lleva intrínseco la excusa perfecta para encubrir los descuidos del estado y orientarlos a un enemigo en “común”; una declaración de guerra, como si se hubieran agotado todas las instancias y los intentos por “remediar” a los “desviados” por parte del gobierno hubiesen sido insuficientes, como una “última” instancia hay que confrontar el fuego con fuego. Es la guerra contra el crimen Organizado. Lo que hace la política es reorientar la noción de seguridad (ideologizar) dándole una orientación defensiva.

1.5 LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRAFICO

La falta de una verdadera seguridad publica entendida esta como un programa coherente para el bienestar de la población que no solo abarca seguridad a nivel delictivo, sino

⁴⁴ La Prensa Gráfica; Giuliani “El arquitecto de la Cero Tolerancia” <http://www.laprensagrafica.com/2014/12/03/giuliani-el-arquitecto-de-la-politica-de-tolerancia-cero#sthash.cdEbi1kR.dpuf> consultado el 14 de noviembre de 2016

⁴⁵ Arroyo, Mario. "Evaluando la “estrategia Giuliani”": la política de cero tolerancia en el Distrito Federal." (2003). Ídem

⁴⁶ Ídem

también laboral, educativa, salud y social⁴⁷; provoca que donde el estado no es capaz de llegar, lo es el crimen organizado, es decir que una de sus modalidades por ejemplo el narcotráfico ya es capaz de sobrepasar la misma inseguridad pública provocada por el estado, generando inestabilidad y falta de confianza hacia las instituciones.

Para justificar más la política criminal contra el crimen organizado, se convirtió en un asunto de seguridad nacional que atentaba contra la soberanía del estado y provocó que además de los entes de justicia ya existentes interviniera el ejército. Esto es algo obvio ya se está hablando de una declaración de guerra. Históricamente el ejército latinoamericano ha sido reservado para encarar la defensa del territorio (Constitución de Honduras art. 272; y el art.1 de la Ley Orgánica del Ejército Mexicano) y como ya mencionamos el uso de este en asuntos de seguridad ha sido utilizado de manera “siniestra” y distorsionada para contrarrestar a los grupos opositores del gobierno de turno. Esta práctica permite que el crimen organizado se convierta en el “enemigo de turno”⁴⁸ contra los que el ejército debe combatir; ya que el clima de inseguridad que se genera en la nación no es culpa de la falta de acceso a los servicios básicos para acceder a la vida digna (nótese un poco de sarcasmo), sino al clima de inseguridad que estos “nuevos” grupos subversivos han generado en la población.

Pero antes de tener un “ejército” exclusivo para combatir a los enemigos de la nación, una legislación especial, una fiscalía especial y diversas instituciones para luchar contra este enemigo. La guerra contra el narcotráfico no era una prioridad para los gobiernos de Honduras y México, más adelante explicaremos por qué mediante la justificación del mismo. Sino que responde a la política exterior de Estados Unidos quien tiene un recorrido muy enriquecedor en cuanto al fracaso de la prohibición y etiquetamiento de sustancias y para ello explicare dos ejemplos esenciales donde la influencia de este problema repercute directamente en los países latinoamericanos mencionados.

⁴⁷ Trinidad, García, Juan Manuel, and Víctor Daniel García García *op. cit.* p 52

⁴⁸ Oyarvide, César Morales. "La guerra contra el narcotráfico en México: Debilidad del estado, orden local y fracaso de una estrategia." *Aposta: Revista de ciencias sociales* 50 (2011): p14.

El primer momento que nos debe ocupar fue la época “hippie” en Norte América los años 60, una nación que venía de la guerra en busca de una nueva “identidad” promovía lo que identifica Liliana Vásquez como un nuevo flujo en la sociedad:

Donde todo aquello que produzca efectos sobre los sentidos, llámese anfetaminas, LSD, marihuana, alcohol, constituye un proyecto explícito de protesta contra los valores preestablecidos de la sociedad capitalista. El consumo de drogas es también un medio de consolidar un lugar y de desprenderse de cánones sociales inmersos en prácticas ritualistas conservadoras; ante todo, se trata de una transformación cultural. Una nueva modificación de la sensibilidad, que la complicidad con los trastornos de la química no hará sino acrecentar durante el siglo⁴⁹.

Producto de esto no es coincidencia que se diera la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 donde ya se empiezan a visualizar las prohibiciones concernientes, además de que estas proclamaban buscar la protección de la salud pública. México con mayor afectación por esa constante relación bilateral con Estados Unidos por ser país fronterizo sería víctima de presiones como la sucedida en 1969 donde el gobierno estadounidense decidió poner en marcha la Operación Intercepción y cerró la frontera con México⁵⁰. En esta época encontramos que Nixon es el primer mandatario en declararle la guerra a las drogas, según Alejandro Martínez Gallardo esta llevaba una ideología distinta a lucha contra el movimiento para mejorar la salud de la población, sino que tenía otros objetivos:

El periodista Dan Baum cuenta una conversación que tuvo con el asesor político de Richard Nixon, John Ehrlichman, quien le dijo que la guerra contra las drogas fue ideada en 1968 para mermar a las comunidades afroamericanas y a los grupos que se oponían a la Guerra de Vietnam⁵¹.

⁴⁹ Vásquez Liliana “ La droga y la Contracultura de los 60” <http://www.sexovida.com/psicologia/anos60.htm> consultado el 16 de noviembre 2016

⁵⁰ Oyarvide, César Morales *op. cit.* p7

⁵¹ Martínez Gallardo Alejandro “El Presidente Nixon invento la guerra contra las Drogas” (<http://pijamasurf.com/2016/03/el-presidente-nixon-invento-la-guerra-contra-las-drogas-para-acabar-con-los-negros-y-los-hippies/> consultado 17 de noviembre 2016)

El segundo momento en 1982, durante un discurso dirigido a la nación por la radio referido a la Política Federal sobre Drogas, Ronald Reagan hizo hincapié en la gravedad de la epidemia y la describió como "un virus especialmente vicioso de la delincuencia" y pronunciaba la cita "por el bien de nuestros hijos". 1986 la política de Estados Unidos con relación a América Latina y el Caribe, fue orientada a influir de forma directa en la aplicación de una política internacional, que le permitiera "contralar" un problema político-social, que había trascendido las fronteras y se había convertido (desde sus intereses) en una problemática internacional. Y cuyo instrumento principal sería el Programa Internacional de Control de Narcóticos (PICN). La percepción del gigante del norte en cuanto a la temática del consumo de drogas es que estos provienen de las tierras lejanas a sus fronteras (igual a la gran mayoría de sus problemas); En 1986, Reagan firmó un decreto de proyecto de ley llamado Cruzada Nacional para una América Libre de Drogas, el cual adquirió un enfoque de tolerancia cero en el uso y distribución de estupefacientes.

El resultado del párrafo anterior trajo consigo la creación de La Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) en 1986 y la Convención contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en 1988. Para México las reformas en materia de drogas se convierten en una constante siendo de las más importantes en 1984 la entrada en vigor de la Ley General de Salud y en 1994 reformas al Código Penal Federal con el Aumento de penas por producción, transporte, tráfico, comercio o suministro, introducción o extracción del país de narcóticos. Disminución para la siembra. En Honduras se crea la Ley de Tráfico Ilícito de estupefaciente y Sustancias psicotrópicas con penas excesivamente altas que recaen sobre todas las modalidades de los delitos relacionados con el Tráfico de Drogas. Ambos países seguirían "adecuando" sus legislaciones para combatir a estos enemigos, estas reformas como arma de combate y su uso en el proceso penal son parte del Derecho Penal del Enemigo.

1.6 EL CRIMEN ORGANIZADO Y EL NARCOTRAFICO

Podría definir el crimen organizado y así mismo el narcotráfico, desde distintas disciplinas sea un punto sociológico, antropológico y criminológico, para citar algunas. Aunque para efectos de nuestra tesis y en específico de este capítulo lo esencial se centra en su construcción como tipo penal y su modalidad, para referirnos a ambos, a pesar de que sus elementos los abordaremos hasta el tercer capítulo, su definición y la influencia de su política creadora en su misma construcción, es lo que nos interesa recalcar en este apartado.

La Convención de Palermo del año 2000 o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, nos refiere a los requisitos necesarios para denominar una organización criminal como parte de la delincuencia organizada, la pertenencia, los actos y la finalidad de los mismos son necesarios para definir a un “grupo delictivo organizado”⁵²; la concurrencia de tres o más individuos que durante un espacio de tiempo persistan para la comisión de un ilícito de naturaleza grave, se denominaran como parte de la delincuencia organizada según la convención. Esta clase de delincuencia emergente tiene una subdivisión la cual radica según el tipo de ilícitos que se cometen, aunque todos estos se pueden enmarcar al tipo penal que según la legislación refiere, a la organización de los individuos para cometer los mismos, como enunciamos, la pertenencia a esta clase de asociación es un delito⁵³. Entre las modalidades que se enmarcan dentro del crimen organizado encontramos la trata de personas, el terrorismo y el tráfico de drogas, siendo este último parte de nuestro tema central nos referiremos a él en ocasiones como narcotráfico pero recalcando que el abordaje que iremos denotando es el que enmarca los delitos relacionados con tráfico ilícito de estupefacientes, el cual es el delito tipificado⁵⁴.

Uno de los puntos que estaremos recalcando es el ¿Por qué? De la creación de la legislación especial en esta declaratoria abierta de combate contra el crimen organizado y el

⁵² Art.2 de la Convención de Palermo

⁵³ Menciono Asociación no enunciando una en específico sino en referencia al delito de delincuencia organizada y ejemplificar que en México el delito es Crimen Organizado y en Honduras es Asociación Ilícita. Como se conoció inicialmente a la delincuencia Organizada en referencia al modelo español que Muñoz Conde refiere en su artículo sobre El Derecho Penal del Enemigo.

⁵⁴ El concepto que enunciamos en el capítulo como Tráfico Ilícito de drogas implica a su vez las diversas modalidades del mismo, pero que por razones didácticas referiremos más adelante.

narcotráfico, si bien ya abordamos que el Derecho Penal tiene el papel de “arma” por parte del estado, dentro del conflicto entre el mismo y el crimen organizado, existen otros factores que juegan un papel preponderante en la creación y endurecimiento de la legislación penal. Los alcances de las reformas legislativas y de la política criminal por parte del estado se ven mermados según Edgardo Buscaglia uno de los motivos es la “Captura del estado”:

Estos flujos de dinero (de orígenes limpios o sucios) sesgan la naturaleza y alcances de los marcos normativos que promulga el Congreso y desvirtúa las políticas públicas mexicanas en general, representando así una “captura potencial del Estado” que atenta contra la seguridad nacional y el desarrollo social de México⁵⁵.

Esta Captura del estado se entiende a la influencia externa (a veces empresarial legal o no) para influir en la formulación de políticas y leyes estatales, a cambio de una remuneración de carácter ilícita para algunos funcionarios⁵⁶. Es decir que para Buscaglia la corrupción merma el alcance de lo que se intenta lograr con las políticas y normatividad -un punto que explico unos párrafos adelante pero es necesario mencionar ahorita-. Kofi Annan en el Prefacio de la Convención de Palermo (2000) señala que la delincuencia Organizada ha tomado partido de la economía mundializada⁵⁷ y puntualiza que los esfuerzos para combatirlos “han sido muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas”; por lo que la convención es un instrumento para hacerle frente al flagelo de la delincuencia.

Para algunos autores que apoyan la metáfora de la seguridad nacional⁵⁸ la afectación a la democracia y la seguridad ciudadana, se ve agravada por el binomio corrupción y delincuencia organizada quienes atentan contra las sociedades en un “sentido global”⁵⁹. Justifican la evolución normativa en la elaboración de nuevos tipos penales que implican un paradigma nuevo para la tipificación de la Delincuencia Organizada y los delitos que se

⁵⁵ Buscaglia, Edgardo, Samuel González-Ruiz, and César Prieto Palma. "Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: Mejores prácticas para su combate." *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de derecho y economía*, México, IJ/UNAM (2006): p2.

⁵⁶ Hellman, Joel, and Daniel Kaufmann. "La captura del Estado en las economías en transición." *Finanzas y Desarrollo* 38.3 (2001): p1.

⁵⁷ También esta economía genera desigualdad social como hemos puntualizado.

⁵⁸ En alusión a lo que refiere Alessandro Baratta sobre Metáfora ideológica.

⁵⁹ Buscaglia, Edgardo, Samuel González-Ruiz, and César Prieto Palma. *op. cit.* p4

relacionan a la misma, conscientes de que ello conlleva la obligación del ente acusar de sustentar la imputación de estos ilícitos. Edgardo Buscaglia también enuncia que existe un trípode que sostiene las organizaciones delictivas: corrupción, violencia y obstrucción a la justicia⁶⁰; Bajo este contexto alude que:

Los países que muestran mayor inconsistencia en los fallos judiciales (por ejemplo, abusos de discrecionalidad de los jueces, observados en la tipificación de un delito) son también los que sufren de mayores actividades delictivas organizadas. También los grupos criminales buscan evitar la aplicación de la justicia a través de la amenaza y el terror, la compra de testigos, peritos, víctimas y autoridades⁶¹.

Ante ello señala que el Derecho Penal resulto ineficaz para sancionar a la delincuencia organizada debido al trípode que acompaña –según Buscaglia- al derecho penal tradicional⁶², esto debido a las dificultades con que los fiscales se encontraban para la consecución de pruebas. Atribuye el autor antes mencionado que la corrupción dificulta más el trabajo de la administración de la justicia:

A través de la corrupción logran desvirtuar las operaciones de policía, los procesos, o corrompen a miembros del Poder Judicial para obtener sentencias absolutorias o de más favorable tipificación. Dadas estas dificultades para encontrar elementos de prueba contra los miembros de la delincuencia organizada dentro del marco sustantivo y procesal tradicional, las nuevas leyes contra la delincuencia organizada establecen un tipo penal en el que se facilita la sanción de los directivos, ya que se sanciona el mero acto de pertenecer a una organización que comete delitos. En consecuencia, el tipo penal de delincuencia organizada no tipifica nuevas conductas⁶³.

Por ello resaltan la importancia de la incorporación de nuevos elementos probatorios con la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada como la interceptación de

⁶⁰ *Ibíd*em p5.

⁶¹ *Ídem*

⁶² *Ídem*

⁶³ *Ibíd*em p6

comunicaciones, la figura del informante, la vigilancia electrónica, entre otras algunas que con llevan el sacrificio de algunos derechos individuales por el bien y la seguridad de la población; debiendo existir una valoración diferente en relación al derecho penal tradicional, sin dejar de observar el equilibrio de estos poderes mediante el respeto de los derechos humanos⁶⁴.

Ante lo anteriormente descrito es necesario resaltar algunos puntos, principalmente porque los valores del trípede mencionado pueden ser un arma de doble filo en la administración de justicia. El equilibrio entre el poder punitivo por parte del estado lo establece el derecho penal y los derechos humanos, Para Luigi Ferrajoli⁶⁵ el derecho penal tiene una doble función, en su primera función la de prevenir el delito mediante el uso del *ius puniendi*, de la pena, como un medio para proteger a la sociedad; aunque no se limita a ello, esta tesis refiere que se protege a la sociedad con un elemento que su sola imposición lleva una premisa preventiva, para que sus miembros no realicen ciertas conductas, la prevención del delito (un límite mínimo)⁶⁶; a los que obedezcan la norma se les protege a su vez de aquellos que presentan un comportamiento desviado, pero, también a estos que supuestamente han cometido un hecho ilícito, ya que no se puede desconocer que existen razones sociológicas que atienden al delito, que no pueden ser prevenidas por el mero temor que provoca la pena, por tanto deben ser protegidos; aquí encontramos la segunda función “una prevención general de las penas privadas o arbitrarias y desproporcionadas”⁶⁷, comparto con el jurista italiano que esta función es en ocasiones la menos abordada, pero la más importante. Ya que refiere al límite del *ius puniendi* frente a los derechos subjetivos del individuo, si este límite no se establece, la función punitiva del estado sería la de regular la venganza, la de criminalizar sujetos bajo parámetros abstractos de peligrosidad.

Los nuevos tipos penales no solo implican la incorporación de un nuevo abanico de medios probatorios, sino también el aumento de la tan criticada discrecionalidad por parte de los jueces observada en la tipificación, por lo que el alcance puede tener dos implicaciones

⁶⁴ Ibídem p 8

⁶⁵ Ferrajoli, Luigi. "El derecho penal mínimo." *op. cit.* .

⁶⁶ Ibídem p 15.

⁶⁷ Ídem

inmediatas primero como habíamos mencionado un fallo dictado a favor de una persona implicada en actividades ilícitas (revistada de la presunción de inocencia) y un segundo que es la condena de una persona inocente que se enmarca dentro de un tipo penal excesivamente amplio y que no era el objeto para el cual fue creada la legislación. Ello también es consecuencia de los países que muestran las inconsistencias que señala Buscaglia.

Cuando refiere que el derecho penal había fracasado en la lucha contra la delincuencia organizada debido al trípode, implicara considerar que el derecho penal era producto del mismo trípode y resulta una falacia, culpar al derecho penal de la ineficacia con la cual los entes acusadores recolectan los indicios probatorios; si el derecho penal ha establecido límites del poder punitivo es para la protección de los derechos subjetivos de los individuos. Suponer que la falta de elementos de prueba y la obstrucción de la justicia es culpa del derecho penal, sería encubrir la voluntad de los servidores públicos para cometer actos ilícitos en la administración de la justicia; y no solo ello sino que intrínsecamente se visualiza al derecho penal y a los derechos humanos de los individuos como un obstáculo a la justicia, como podría afirmar el autor que estos tipos penales deben sustentarse en el equilibrio de poderes mediante el respeto de los Derechos Humanos si el adelantamiento de la punibilidad, las penas desproporcionadamente altas y la restricción de las garantías individuales características de un derecho penal del enemigo⁶⁸, violentan los derechos de las personas procesadas.

La inoperancia de los entes encargados de la persecución penal no puede ser encubierta por tipos penales nocivos para los derechos de los imputados y limitantes de los derechos humanos, no puede usarse como excusa en la persecución de individuos de alto perfil, ya que lo único que provoca es la criminalización de los grupos vulnerables. El trípode que influye en la administración de justicia influye también a las clases más desfavorecidas por la globalización es así que en expedientes judiciales de Honduras y México constaran que mientras los grandes capos de la droga pagan a campesinos para cuiden sus cultivos de estupefacientes el ministerio publica, perseguirá con el rigor punitivo que esta legislación

⁶⁸ En el capítulo II de la Tesis se explica a profundidad

especial le permite a dicho campesino y no a aquel acomodado en trípode; ello tampoco sería culpa de la normatividad penal especial como señala Gustavo Duncan:

La intensidad de la erradicación de los cultivos de campesinos humildes y de la persecución de delincuentes de origen miserable que los medios convierten en bandidos celebres no es comparable con la discreción con que se persigue a los lavadores de dinero asimilados entre las élites⁶⁹.

Estos tipos penales lo que han fomentado históricamente en nuestros países es la sobrepoblación carcelaria, además de un uso indiscriminado del rigor punitivo sobre poblaciones vulnerables. Para el caso de México el 60% de los privados de libertad en cárceles federales están por delitos contra la salud⁷⁰; en el caso Hondureño existen varias sentencias que recalcan el impacto negativo de estos tipos penales contra el crimen organizado (Asociación Ilícita), entre ellas Pacheco Teruel y otros vs Honduras.

La reforma a la asociación ilícita introducida al Código Penal Hondureño mediante el decreto 117-2003 conocida en la propaganda de la Campaña denominada Cero Tolerancia del entonces presidente Ricardo Maduro Joest como “Ley antimaras”, propicio que la policía comenzara la práctica de detenciones bajo mera sospecha de las características de estigmatización de los sujetos que entraban bajo las características de las maras sin previa orden de autoridad competente⁷¹, lo que propicio la sobrepoblación de los centros penitenciarios del país⁷², a este tipo penal habrá que sumarle la vulneración a la presunción de inocencia consagrada en el art.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, además de penas desproporcionadamente altas y de las cuales ahondaremos en el siguiente capítulo. El tipo se estructuraba con un margen demasiado amplio a favor de los entes acusadores y en detrimento de los derechos de los imputados, es así que en la Corte Interamericana en su resolución alude lo siguiente sobre el tipo penal:

⁶⁹ Duncan, Gustavo. "La División del Trabajo en el Narcotráfico: Mercancía, Capital, y Geografía del Estado." *Economía criminal y poder político* (2013): 113-160.

⁷⁰ Animal Político “ El 60% de presos federales son procesados por delitos contra la salud” <http://www.animalpolitico.com/2013/01/60-de-los-presos-federales-son-procesados-por-delitos-contra-la-salud/> (revisado el 17 de enero de 2017)

⁷¹ Punto 26 y 27 de la Sentencia de CTIDH en el caso Pacheco Teruel y otros vs Honduras.

⁷² *Ibíd*em punto 28

La aplicación del artículo 332 plantea graves problemas, entre otro, por configurarse la asociación ilícita como un delito continuo, lo cual mantiene a los jóvenes bajo sospecha en situación de flagrante delito permanente, y la Comisión Interamericana manifestó que el artículo 332, al conceder un margen de discrecionalidad tan amplio, posibilitaría la detención arbitraria de un gran número de niños, niñas y adolescentes sobre la base de la mera percepción que se tenga de la pertenencia a la mara⁷³.

La normativa especial y las políticas orientadas a la guerra contra el crimen organizado y en especial contra el narcotráfico, no solamente fracasan en razón de sus estadísticas sino que consigo han terminado creando víctimas colaterales en razón de la cantidad de derechos humanos (fundamentales) que terminan restringiendo, eliminando y por tanto vulnerando de los procesados por estos nuevos tipos penales, sin que necesariamente se vea afectado el crimen organizado y el narcotráfico⁷⁴. Para el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Diego García Sayán esta clase de vulneración a los derechos fundamentales, representa una violación directa por parte de los estados en su posición de garante de la protección de los DDHH de su población⁷⁵. Esta política de combate y la normativa creada como arma del estado, se va desgastando en cuestión de resultados y termina fortaleciendo las vulneraciones de los derechos fundamentales, donde parecieran conformarse con los “peces chicos”⁷⁶ quienes son prescindibles fácilmente en la estructura criminal y quienes además no son el objeto del conflicto. El bien jurídico protegido en los delitos relacionados al Tráfico ilícito de estupefacientes es la salud de la población, la cual no se menciona en el plan de los estados para el combate de este flagelo, se prefiere usar el costoso y debilitado sistema penal de nuestros países a construir mecanismos especializados y sobre todo que brinden resultados efectivos. Será en los siguientes capítulos donde estaremos mostrando

⁷³ *Ibíd*em 101

⁷⁴ García-Sayán, Diego. "Narcotráfico y Derechos Humanos." *Iniciativa Latino Americana sobre Drogas y Democracia* (2010).

⁷⁵ *Ibíd*em p 5

⁷⁶ *Ibíd*em p8

como vulnera los derechos humanos la legislación especial y sobre todo como podemos defender y proteger los derechos de una persona procesada por delitos contra la salud.

1.7 REFLEXION CAPITULAR

El derecho penal y sobre todo el Código Penal y las normativas especiales se han convertido en el eslogan y el arma principal para ostentar el poder político. La pena se convierte en el primer medio para atemorizar a aquellos que el estado ha señalado como una amenaza para la sociedad, los enemigos del orden. La promoción del terror infundido por los llamados antisociales se propaga con mayor rapidez por los medios de comunicación y los entes estatales no dudan en señalar que los problemas de seguridad que aqueja a la sociedad son culpa de estos desviados; los conceptos y verdades detrás de las grandes tragedias sociales son sustituidas por estigmas y clichés contra los individuos desviados deparándoles un trato que no corresponde a su condición de persona. Por ellos cuando se habla de la lucha contra el Narcotráfico desde el estado es difícil diferenciar el concepto se trata como política pública, como política criminal, como política de seguridad; la realidad es que debido a la ideologización de los actores que la crean, se ha convertido en un híbrido cuya finalidad es el combate, la confrontación y la criminalización, el ciudadano vulnerable y en condición de desventaja social ya no es sujeto de derecho sino un delincuente en potencia: un objeto. Parafraseando al Dr. Eloy Morales Brand no es una “política criminal” es ahora una “criminal política”.

Dentro de este señalamiento no se toman en cuenta que estos nuevos enemigos surgen de grupos vulnerables a quienes se les descuido en la protección de los derechos humanos más básicos que permiten a un ser humano a la vivencia en condiciones de dignidad. El mensaje es claro, ellos representan la amenaza más grande a la estabilidad social y estatal. Hay que combatirlos y el alcance de la pena es para eliminarlos. En ese uso indiscriminado del poder punitivo cualquier límite que se le interponga, incluyendo la concepción de la proporcionalidad de la pena, es para el combate contra el crimen un impedimento o un obstáculo para la justicia. Por tanto los límites que establecían el derecho penal y los derechos humanos en relación al *ius puniendi*, pasan de ser un medio para proteger los

bienes vitales de la sociedad, a ser una limitante para conseguir la seguridad que el estado pretende imponer; la propaganda señala que se necesita mayor seguridad a cualquier costo, ya que ya no se está tratando un problema, se está combatiendo un enemigo, ello justifica el uso de entes militares y la mayor rigurosidad de la pena, aunque para acceder a la clase de seguridad necesaria para cesar el temor infundido, se tenga que restringir ciertos derechos.

Habremos de establecer como en este rigor punitivo casi sin límites que se impone, los bienes jurídicos que se intentan proteger no valen la proporcionalidad de la sanción penal y que los relacionados a delitos relacionados con estupefacientes debería tratarse como un problema de salud pública, más que como delitos contra la salud de la población. Bajo el pretexto de este combate al hacer uso del poder punitivo de forma excesiva, se procesan personas en alto grado de vulnerabilidad, que son víctimas de delitos de peligro abstracto, del uso de derecho penal especial y de la cesión de las libertades individuales bajo la justificación de la seguridad. Existen muchos problemas a tratar dentro de esta declaración de guerra por parte del estado, pero la vulneración que sufren las personas que son procesadas por estos delitos pasa a ser invisibilizadas por las mismas violaciones a sus derechos fundamentales, algo que se denota con mayor claridad cuando caracterizamos en el capítulo siguiente este Derecho Penal del Enemigo y cuando exponemos las formas en que se pueden proteger sus derechos humanos dentro del mismo proceso penal. Ha este punto señalamos como la política y la normativa en materia de crimen organizado y narcotráfico con el eslogan de guerra cero tolerancia, influye de forma negativa suprimiendo, limitando y por tanto violentando los derechos fundamentales de las personas, desde la concepción misma del sujeto por parte del estado, hasta el abordaje del problema y de sus soluciones, que más que eso son confrontaciones; expondremos en el siguiente capítulo el Derecho Penal del Enemigo y entre sus características la preferencia del ente acusador y del sistema producto de las reformas penales por someter a una persona al proceso penal y la prisión preventiva, por preferir tratar un problema de salud pública como un delito contra la salud.

2. CAPITULO SEGUNDO: EL DEREHO PENAL DEL ENEMIGO

2.1 DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO

“Me opongo a la violencia porque cuando aparece para hacer bien, el bien es solo temporal; el mal que hace es permanente” Mahatma Gandhi

2.1.1 INTRODUCCION

La Política criminal de latino américa en general, responde a muchos factores que se correlacionan, económicos, sociales e internacionales. Si bien quisiésemos que las políticas de nuestras naciones irradian independientes y conformes a la realidad sociológica que nos rodea, la verdad es que estos factores existen y juegan un papel preponderante frente a la situación que vive la población de los estados. En México esto no es la excepción y en el año 2003 (para citar un ejemplo) Ander Kompas representante de la Oficina del Alto comisionado de la ONU para los Derechos Humanos en México, envía una serie de “recomendaciones” al gobierno mexicano respecto del sistema de administración de justicia porque este, propiciaba la violación de los derechos humanos⁷⁷. Como respuesta efectiva a lo “sugerido”, ya con algo de insistencia y por la presión que los diversos tratados internacionales firmados por el país, anteriores a la reforma, más las distintas sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitía contra el estado, haciendo siempre un llamado a acatar ese motor que promueve y garantiza los derechos fundamentales; el congreso de la Unión en el mes de marzo del 2008, realiza la Reforma Constitucional en Materia de Seguridad y Justicia. Por lo que es necesario señalar que la política criminal se centra principalmente en tres rubros: seguridad pública, impartición de justicia y sistema penitenciario⁷⁸. En lo referido a impartición de justicia se implementó el sistema procesal penal acusatorio y oral, bajo la bandera final de alcanzar una justicia

⁷⁷ Salcedo Flores, Antonio, and María Elvira Buelna Serrano. "La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, viola los Derechos Humanos." *Alegatos-Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana* 85 (2013).

⁷⁸ Valles Ruíz, O. “Las leyes especiales en la legislación mexicana, desde el respeto a los derechos humanos y sus garantías”. Facultad de Derecho. Castilla, España. Universidad de Castilla La Mancha (2013) p336.

pronta, expedita, imparcial u objetiva, garantista y transparente. Pero con figuras que se oponían a lo expresado, con características singulares y al margen de lo que pregona el derecho penal, con un nuevo derecho penal del enemigo, como parte de una estrategia criminal, con un régimen especial con leyes especiales, cuya normativa para delitos graves y delincuencia organizada, contravienen las garantías y derechos fundamentales previamente establecidos; donde inclusive se eleva a rango constitucional una de las figuras más represoras de los principios y derechos de las personas en el proceso penal: El arraigo y la extinción de dominio.

La reforma constitucional posterior, correspondiente a junio del 2011 incorpora al artículo primero el reconocimiento dentro del territorio mexicano a favor de toda persona que se encuentre en este, de los derechos establecidos en la constitución y en los tratados internacionales de los cuales México forma parte; elevando a rango constitucional los tratados en materia de Derechos Humanos y con esto colocándose “al corriente” con los otros países latino americanos. Esto implica que al momento de la aplicación de una norma deberá prevalecer la que proteja con mayor amplitud un derecho fundamental. Tomando en cuenta dichos conceptos, esto refiere a que las autoridades encargadas de administrar justicia y todo aquel vinculado al sistema, deberá actuar en el respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos en su aplicabilidad. Dicho de otro forma la reforma hace un llamado imperativo a los jueces para interpretar en conformidad a lo establecido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de manera que deba favorecer en todo tiempo la interpretación que otorgue a las personas la protección más amplia, un elemento de suma importancia en la evolución de un ordenamiento jurídico⁷⁹, pues este podrá recrearse con mayor efectividad en los casos concretos.

Dicha obligación por parte de los operadores de justicia en su actuar, con lleva que se efectúe dentro de los márgenes de los principios del derecho internacional de los derechos humanos como el de universalidad. Este principio establece que los titulares de los derechos sean todas las personas, sin distinción alguna; citando a Ferrajoli, Miguel

⁷⁹ Brito, R., & Carbonell, M. “La globalización y los derechos humanos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011”. Revista de la Facultad de Derecho de México, 61(256) (2011).

Carbonell establece que si los derechos fundamentales son de todos, estos no pueden alienarse o negociarse, ya que corresponden a prerrogativas propias de la condición inherente de sus titulares, lo que significa que se ha establecido límites para el estado, por lo que no están disponibles y no son “negociables”. El problema es que si le hemos otorgado estas facultades a los derechos de las personas, porque elevar a rango constitucional figuras que los restrinjan, que los limiten o anulen, porque crear una legislación especial para tratar con un rigor punitivo excesivo a un grupo al que ya hemos denominado por nuestra política: Enemigo.

2.1.2 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO

El derecho penal del Enemigo es un término acuñado por el alemán Gunther Jackobs en 1985, para referirse al derecho penal de excepción, que se crea al margen de los principios y derechos fundamentales a favor de las personas objeto de persecución penal. Aunque esta acepción del enemigo de la sociedad, ha existido siempre, durante la historia de la humanidad, donde se ha encargado de seleccionar a estos individuos “peligrosos”. Se ha establecido tres características esenciales, que dan pie a suponer la presencia de un modelo de “estado autoritario”⁸⁰, que a pesar de ser una característica del estado en sí; en el uso legítimo de la violencia, mediante el derecho penal por las conductas que regula y su forma de hacerlo efectivo; se debe advertir al establecer un derecho penal del enemigo, por lo que no se trata de dos visiones “aisladas” del uso del derecho penal (del *ius puniendi* en sí), sino de dos fuerzas que se contraponen y enfrentan, aunque Jackobs fue criticado por la postura, su primera teoría sobre derecho penal del enemigo, refiere características de un derecho distinto, para sujetos “diferentes” dentro de una comunidad; donde uno atiende a tratar al autor de un hecho como persona y el otro a percibirlo como ente peligroso o como medio de intimidación de otro”. El derecho penal del enemigo mantiene tres características principales⁸¹ enunciadas por Cancio Meliá y Gunther Jackobs; pero para Miguel Ángel

⁸⁰ Espinosa, M. A. M. ¿derecho penal del enemigo en México? Revista penal México, (1), 141-160. (2011) (Consultado en julio 2016 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/30.pdf>)

⁸¹ Jackobs, G., & Meliá, M. C. “Derecho penal del enemigo” (2003). (Consultado en febrero 2016 <https://es.slideshare.net/melgario/jakobs-gntner-meli-manuel-cancio-derecho-penal-del-enemigo>).

Mancera existe una cuarta, la cual agregará el factor política “pública” en materia seguridad, que no es más que una etapa para la positivización y justificación de la criminalización del enemigo, estas características son:

1. Adelantamiento de la Punibilidad o de la línea de defensa.
2. Penas desproporcionadamente altas
3. Una reducción, limitación o hasta eliminación de ciertas garantías procesales.
4. Se plantea una legislación y una política de lucha frontal: de Guerra.

El adelantamiento de la punibilidad tiene sus orígenes con el utilitarismo penal y el estado guardián⁸², con una idea más clara con los intervencionistas; aunque generalmente el estado reaccionaba hasta el momento de darse el delito se veía obligado a retribuir con la sanción. Esta fue la crítica de los intervencionistas, donde para ellos no sirve esperar que se de la violencia, necesita intervenir en la defensa para prevenir que se dé el delito, como lo hace: detectando las personas normales y anormales. Al tachar de anormal a alguien surge el momento para el cual el estado reacciona y por tanto previene el delito, actuando contra el anormal para segregarlo, para eliminarlo y neutralizarlo. Se trata de un derecho penal del peligro: castigar una persona por lo que es, por su característica, por sus antecedentes, basados en posibilidad y sustentado en características personales. El derecho penal de peligro, que no castiga conducta, ni resultados, sino posibilidades: Los delitos de peligro abstracto definido por Claus Roxin como “aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro”⁸³.

Lo último tiene relación con el llamado derecho penal de autor y derecho penal del acto; el primero tiene una tendencia más “estigmatizadora”, donde la justificación para la imposición de una pena está relacionado por la situación del sujeto como tal, es decir, donde el sujeto activo del delito puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos; el derecho penal del acto en

⁸² Morales Brand, J. “Derecho Penal nuevo Curso de la Parte General”. 7th ed. Aguas calientes, México: CENEJUS, (2015).

⁸³ Roxin, Claus: Derecho Penal, Parte General. Madrid: única edición. Editorial Civitas, (2008).

cambio asume al individuo como un sujeto de derechos. Si bien ya existe jurisprudencia (Amparo 1562/2011) en México que tiende a señalar que:

La interpretación sistemática de los artículos 1, 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que nuestro orden jurídico se decanta por el paradigma conocido como "derecho penal del acto" y rechaza a su opuesto el derecho penal de autor.

A pesar de esto hay que reconocer que con la reforma posterior el mismo año, encontramos características de un derecho penal de autor, donde la pena se concibe como un tratamiento que pretende rehabilitar, reeducar y sobre todo normalizar al individuo "peligroso" a quien debido a su alto "nivel" de peligrosidad, ya se le ha catalogado como "enemigo de la nación", bajo el argumento de que ello redundaría en su beneficio y en el de la sociedad. La legislación especial en materia de crimen organizado, la situación de los procesados por delitos contra la salud y en sí cualquier sujeto que este bajo la investigación por uno de los delitos del "catálogo" prohibitivo de medidas cautelares distintas a la privativa de libertad, la misma duración de la prisión preventiva y la privación de dominio; todo esto en contraposición al principio de inocencia y por tanto muy característico de un derecho penal de autor, de un derecho penal del enemigo.

La situación del arraigo como la figura que más vulnera el debido proceso, el principio de inocencia y la libertad personal del encausado, se ordena en la ley Federal de Delincuencia Organizada, así como en la misma Constitución Política en su artículo 16 donde se establece la temporalidad del mismo (40 días) con posibilidad de prorrogar el plazo al doble; este tipo de detención con finalidad investigativa a priori viola la libertad del libre tránsito⁸⁴, el principio de inocencia porque se presume que la persona pertenece a un grupo delictivo, para mencionar algunos derechos; pero que sucede si al término del tiempo se descubre que el sujeto no tenía vinculación alguna y se ordena su inmediata libertad, que pasa con el trabajo de este ciudadano, con la estigmatización creada a su alrededor, acaso

⁸⁴ Valles Ruíz, O. op. cit. p21

no debería ser merecedor de una indemnización, dejo el comentario para el propio lector juzgue. En un análisis de un amparo interpuesto en la ciudad de México la Dra. Orieta Valles hace una breve síntesis que me pareció relevante:

Al respecto la Suprema Corte de la Nación, se ha pronunciado sobre la suspensión provisional del arraigo, en el recurso de queja número 88/98, interpuesto por Francisco García González, derivado del juicio de amparo número 59/98, del índice del Tercer Tribunal Unitario del Primer Circuito, donde se expone que la orden de arraigo, afecta la libertad del quejoso, en razón de que se atenta en contra de la garantía contenida en el artículo 11 Constitucional, que se refiere a la libre circulación de toda persona, que también la orden jurisdiccional de arraigo, es un acto que limita la libertad personal del quejoso, y por tanto, en términos de una correcta interpretación de los artículos 124, 130 y 136 de la ley de amparo, es procedente la suspensión provisional del acto reclamado, con el objeto de que el quejoso no sea privado de su libertad personal, tomando en cuenta que con la suspensión provisional, no se contravienen disposiciones de orden público, ni perjuicio de interés social y de concederse el arraigo, se causarían daños y perjuicios de difícil reparación⁸⁵.

En San Luis Potosí el juez tercero de Distrito fue el primero en emitir una sentencia declarando que la figura del arraigo atenta con el derecho a la libertad personal y la garantía de presunción de inocencia (Amparo 98/2011) tutelados por la misma constitución y la Convención Americana de Derecho Humanos; debido a que México con las reformas (2011) en aras del respeto de los Derechos Humanos (artículo 1) incorpora un nuevo sistema de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en cumplimiento a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales tienen un carácter vinculante. Con lo que se valoró en el caso además de la obligación de los jueces a verificar la compatibilidad normativa interna, con los tratados internacionales de derechos humanos, además de la prevalencia del indubio pro persona (principio pro homine) es decir “la virtud por la cual debe estarse a lo más favorable al hombre e implica una interpretación

⁸⁵ Valles Ruíz, O. ídem

extensiva”⁸⁶; que tiene un alcance interpretativo con independencia de la posición jerárquica de la norma (art.133 de la Constitución).

Desde la concepción misma del sujeto-ciudadano, la forma en que el estado percibe su propia responsabilidad o elude la misma, comienza la vulneración de los derechos humanos de las personas. Por tanto es necesario el lenguaje con el cual se afronta los problemas de una nación. Siguiendo con el adelantamiento de la punibilidad como primera característica del derecho penal del enemigo, la figura de la extinción de dominio representa un ejemplo puro sobre la acción del estado para “prevenir” y adelantarse a un comportamiento delictivo, por la mera sospecha, de que los bienes obtenidos por un particular o una empresa son de origen ilícito. Con esto el estado pretende evitar el enriquecimiento ilícito; lo que debemos denotar al explicar la extinción de dominio son sus particularidades, primero tenemos la suspensión de la presunción de inocencia, donde la ausencia de responsabilidad penal debe probarse y carga de la prueba de correr por parte del ente acusador pasa al imputado, aunque constitucionalmente le asiste al individuo un estado de buena fe, de inocencia, de que su accionar no es contrario a la ley. Uno de los argumentos principales por parte del estado con los que se justifica, es que la extinción de dominio recae sobre los bienes no sobre las personas y por tanto a los bienes no les “protege” la presunción. Pero debemos enfatizar que si se piensa que los bienes son de carácter ilícito, existe una presunción tacita de que el individuo se dedica a una actividad del mismo tipo, por eso la afectación sobre sus bienes; se incautan de forma *preventiva*, en caso de Gustavo Fondevila la define así: “es una acción de secuestro y confiscación de bienes que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos”⁸⁷.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUCDOT) o Convención de Palermo, en su artículo 2 inciso f) define “embargo

⁸⁶ Carbonell, M. “Análisis de la Sentencia sobre la inconventionalidad del arraigo” (2011) p14. (Consultado 23 abril 2016 http://www.miguelcarbonell.com/docencia/el_arraigo_viola_la_Convencion_Americana_de_Derechos_Humanos.shtml).

⁸⁷ Fondevila, G., & Vargas, A. M. (2010). Reforma procesal penal: Sistema acusatorio y delincuencia organizada. *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (15), 2.

preventivo” o “incautación” el cual “se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente”; dicho en otras palabras (mis palabras) se tiene que prevenir de que el sujeto se dedique a actividades ilícitas. En México esto se ve transcrito en el art. 22 de la Constitución, en la Ley Federal de extinción de dominio y la Ley contra Delincuencia Organizada. El artículo 22 versa:

En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal; II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos, trata de personas y enriquecimiento ilícito, respecto de los bienes siguientes: a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió⁸⁸.

Si en relación a los derechos humanos, a la constitución y a la tendencia de los principios penales, se ha hablado siempre de la igualdad de las personas ante la ley, ¿Por qué crear un derecho especial al margen del derecho penal?, ¿Por qué dejar de considerar a estos ciudadanos como un problema del estado y declararlos como enemigos del mismo?; nos referimos a la delincuencia organizada claro está. Lo anterior profundiza la ley federal de extinción de dominio: Artículo 7. La acción de extinción de dominio se ejercerá, respecto de los bienes a que se refiere el artículo siguiente, aun cuando no se haya determinado la responsabilidad penal en los casos de los delitos previstos en la fracción II del artículo 22 constitucional.

Denotamos que contrarios al principio de inocencia, ahora le corresponde al imputado probar la “licitud” con la que obtuvo los bienes; por lo que el Ministerio Público en uso de sus nuevas facultades ya ha solicitado y ejercido una medida cautelar de carácter preventivo sin tener que probar la implicación del individuo o la ilicitud de la procedencia de los

⁸⁸ Ley Federal contra Delincuencia Organizada. artículo 22.

bienes, sencillamente por la mera sospecha de que puede tratarse un “ente peligroso” o un “enemigo” en la lucha contra la delincuencia organizada. Este adelantamiento de la línea de defensa estatal elude y encubre la incapacidad del estado para resolver los problemas sociales que aquejan una nación, por ello el método y lenguaje es confrontativo y no se orienta a resolver el problema o a visualizarlo desde un punto de vista social, ya que eso sería asumir la responsabilidad que como estado no se ha brindado las condiciones esenciales de una vida digna, por lo que se ha generado un sub estado dentro del mismo, guiado por el caos y la necesidad de esta clase desfavorecida y producto de las desigualdades. Kofi Annan en el prefacio de la convención de Palermo enuncia que “Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña”. Pero esa economía globalizada ha generado los más altos índices de pobreza y desigualdad social, siempre pregunto ¿Qué pasa con los niños que crecen en la miseria? Donde el estado no llega, donde solo existen dos opciones o salir en busca de comida o morir de hambre para ir a la escuela; como bien enuncia Jorge Rivero Evia citando a Polina León “el crimen organizado es el hijo de la globalización”.

La segunda característica es mucho más breve de explicar pero con lleva una gravedad en sus apartados: las penas desproporcionadamente altas. Se han construido tipos penales con penas sin proporción con la lesión realmente inferida, penas como medidas de contención⁸⁹, penas que se han salido del código penal (que inclusive algunas eran menos graves en su formación) y que se han consolidado en la legislación especial; penas que atentan la dignidad de la vida de una persona, caso aparte serán las condiciones de su privación de libertad para el presente artículo; penas que atentan contra la igualdad de derecho proclamada en la Declaración Universal de Derechos Humanos. El ejemplo más claro de esta situación la establece la Ley Federal Contra Delincuencia Organizada, el artículo cuarto por ejemplo:

Artículo 4o.- Sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan, al miembro de la delincuencia organizada se le aplicarán las penas

⁸⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El enemigo en el derecho penal”. Madrid: Dykinson, 2006. (Consultado en agosto 2016 <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa03.pdf>)

siguientes: I. En los casos de los delitos contra la salud a que se refiere la fracción I del artículo 2o. de esta Ley: a) A quien tenga funciones de administración, dirección o supervisión, respecto de la delincuencia organizada, de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, o b) A quien no tenga las funciones anteriores, de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa⁹⁰.

La implicación de la premisa anterior, significa, que un grupo de personas a quien se les presume miembros (recordemos que la carga probatoria de su filiación al grupo criminal corresponde al MP) de un grupo perteneciente al crimen organizado, además de los delitos que a su persona imputen por ejemplo delitos contra la salud, transporte de estupefacientes, habrá que sumarle el delito de delincuencia organizada según sea el caso. Siendo totalmente objetivos habría que hacer un estudio más profundo sobre la situación de a quienes se termina procesando por estos delitos y porque su incidencia desde su creación aumenta y no disminuye; así como la población carcelaria.

La tercera característica del Derecho Penal del Enemigo es una reducción, limitación o hasta eliminación de ciertas garantías procesales. Existe en México principios rectores de cualquier proceso entre ellos el principio Pro Homine y el principio de inocencia los cuales deben primar en todo proceso; para Miguel Carbonell el principio pro homine “es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de derechos protegidos”⁹¹. Con los dos ejemplos de los amparos expuestos, queda al descubierto que figuras como el arraigo no solo limitan, sino que casi suprimen estos principios establecidos en tratados internacionales y en la misma constitución. Además de esta figura se estableció la prohibición de medidas sustitutivas de la privación de libertad, para delitos denominados graves (con un catálogo de delitos) entre ellos los relacionados con crimen organizado, por tanto también los delitos contra la salud. Con esto se establecía la prisión preventiva como una regla, dejando al individuo privado de su libertad debido a la sospecha de su peligrosidad.

⁹⁰ Ley Federal Contra Delincuencia Organizada artículo 4

⁹¹ Carbonell M. *op. cit.*

Por su parte el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone lo siguiente: “*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”. Para José Delgado la posibilidad de optar a una medida distinta a la privativa de libertad se limitaba a la calidad del delito calificado como no grave⁹², pues en caso contrario si el delito era grave, automáticamente quedaría privado de su libertad en prisión preventiva. Lo que significa un retroceso significativo en materia de derechos, implica una premisa que dependiendo del delito, tu calidad humano y tu condición estaban sujetos de igual manera, así como la percepción del estado para contigo. En cuanto a la libertad bajo caución se limitaba textualmente de la siguiente manera “ I. Inmediatamente que lo solicite (el inculpado), el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio”. Por tanto las legislaturas estatales estaban obligadas a establecer “el catálogo de delitos graves” con una orientación obviamente matemática que establecería la limitación o no de los derechos de los procesados a la calificación normativa del delito indistintamente del revestimiento del principio de inocencia.

La presunción de inocencia se establece en el artículo 16 apartado B fracción I en los derechos de toda persona imputada, “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”. Este principio rector termina admitiendo regímenes de excepción (los cuales ya hemos hablado), lo que implica una contrariedad al mismo principio y a los tratados internacionales en derechos humanos. Además para Margarita Guerra y Tejada, la presunción de inocencia no termina con la sentencia⁹³, sino hasta el momento en que se han agotado todos los recursos e instancias, es decir, hasta que el proceso quede firme; considera además la togada un “retroceso” cuando

⁹² Delgado, J. M. R. Los delitos graves en la reforma constitucional-penal de 2008. (Consultado en marzo 2016 http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/los_delitos_graves.pdf)

⁹³ Guerra y Tejada M. “La Presunción de Inocencia en la Reforma Penal Constitucional”, en Cultura Jurídica (2009) UNAM p147. (véase <http://www.derecho.unam.mx>)

se reforma en el 2008 el artículo 16 que establece “no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista **probabilidad** de que el indiciado lo cometió o participo en su comisión”. Esto se llama el mínimo indicio en el hecho delictivo, antes el artículo exigía que se acreditara “el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado” (plena prueba); con la eliminación del cuerpo del delito, reduciendo los requisitos para una detención o aun “auto de prisión” y por tanto facilitando o fomentando una investigación superflua, pero “suficiente” para conseguir la aprehensión del encausado, que si acompañamos junto a un delito establecido en el “catalogo” de delitos graves, tendremos a la disposición una violación a los derechos humanos de los imputados principalmente a su presunción de inocencia y lo más característico de este derecho penal del enemigo: positivizada, además de limitativa de la discrecionalidad de los jueces.

Existe un momento en el que el Estado (sus representantes) observan los problemas sociales y se enfocan a erradicarlos de la forma más superflua, como ya hemos mencionado, como cuando no tiene el control de aquellos ciudadanos de mayor “peligrosidad”, quienes tienen que dejar de ser parte de la sociedad, porque atentan contra la misma y por tanto son “enemigos” de ella. Entre las tres características que hemos abordado al momento, da a suponer la presencia de un estado autoritario, aunque para Mancera se puede llegar a caer en la “vaguedad⁹⁴” al definirlo así, la realidad es que en el discurso se incita a la confrontación, a la violencia, tanto de problema como de solución al mismo, por lo que se responde con una normativa especial y autoritarista; lo que nos lleva a la cuarta característica, que bien podría ocupar la primera posición por su momento de creación: La legislación y sobre todo la política pública orientada a la confrontación.

Aunque en su ideal el artículo 26 de la constitución política mexicana, habla sobre una planeación democrática en las decisiones en materia de seguridad (recordemos que seguridad ciudadana implica valores mayores a la sola referencia de materia criminal) por ejemplo vemos en el artículo 113 del mismo cuerpo legal que se incluye en materia de

⁹⁴ Mancera Espinoza ídem

corrupción, una política integral para la prevención, control y disuasión en los hechos de corrupción, en especial a las causas que lo generan. Será que respeta de igual forma en una política integral estudiando las causas que lo generan, cuando se trata de crimen organizado. Según Orietta Valles alude que las políticas del estado “relacionadas con el crimen organizado, se ha centrado en los puntos clave de operación de las organizaciones criminales, como ser capacidad financiera, contubernio y penetración con autoridades, en vez de centrarse en políticas de prevención como ser la educación”⁹⁵. Lo que ha provocado esta clase de estrategia es que en materia de seguridad pública se fortalezca la violencia y la criminalidad, ya que en el sentido más sencillo, ¿Cómo reducir la violencia con más violencia? O parafraseando a Zaffaroni, se trata de una guerra “preventiva”, donde los enemigos serán todos aquellos que atenten contra “la autoridad”, por lo que si introducimos el concepto enemigo en la política pública y en la legislación, pronto confundiremos “guerra con proceso penal”.

El congreso de la Unión realizó un estudio Teórico Conceptual del marco legal e iniciativas presentadas en la LXI legislatura sobre “Extinción de Dominio”; considero que la violación a los derechos humanos inicia desde la concepción que el estado tiene sobre el sujeto; por ello si estudiamos el lenguaje de este estudio veremos ejemplificada la cuarta característica del derecho penal del Enemigo. En la introducción la primera palabra es “El Combate” refiriéndose al combate de la “Lucha contra” el narcotráfico y otros delitos del crimen organizado, señalando la ley como una de las líneas de acción para evitar el enriquecimiento ilícito. La ley federal que trata sobre crimen organizado con lleva la palabra “Contra” aduciendo nuevamente a la confrontación, si repasamos los discursos emitidos por las autoridades fácilmente encontraremos la declaración de estos ciudadanos como “enemigos” de la nación y sobre las tácticas para combatirlos en esta “guerra”.

El combate contra el narcotráfico y el crimen organizado en general, en materia de seguridad personal, representa un eslogan de terror y miedo, “una parcela fértil”⁹⁶, que

⁹⁵ Valles Ruiz O *op. cit.* p98.

⁹⁶ Rivero J.E. “El derecho Penal del Enemigo ¿Derecho penal de la Globalización?” (Consultado en agosto 2016 <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf>)

propicia la creación de la legislación especial; la cual como parte de su “campana” utiliza la amenaza de la seguridad ciudadana como una causa de justificación, para señalar a los derechos humanos y la estabilidad jurídica generada por el derecho penal, como limitadores de la justicia. Como si la creación de estas garantías estuviesen establecidas, a palabras del presidente Peña Nieto, “para proteger delincuentes”, cuando la verdad están hecha para proteger al “débil” dentro del proceso penal frente al uso excesivo del poder punitivo; y como si el establecer como “enemigos” a los miembros del crimen organizado frenara la violencia que azota toda Latinoamérica, cuando lo que propicia su crecimiento son las condiciones casi de abandono que sufren algunos sectores de la sociedad, que carecen exactamente de aquella seguridad ciudadana, que implica también el respeto a las condiciones dignas de las personas, entonces seguridad ciudadana no solo es una política de lucha confrontativa, sino que debe orientarse a una política inclusiva que garantice condiciones dignas para el desarrollo de los ciudadanos.

En este mundo globalizado, no se puede dejar oculto, que la delincuencia se ha globalizado también y ha evolucionado, por ello se fomenta políticas internacionales de cooperación, como lo vemos muy claramente con el narcotráfico, en gran parte de centro américa y México, se “combate” este fenómeno, no se busca solucionar, hay que combatir esos “enemigos”. El problema del uso de este lenguaje es que ignoramos la historización del “problema”, así como sus orígenes no ilícitos, Jorge Evia coloca como ejemplo que “en muchos lugares, las familias indígenas han cultivado marihuana, coca u opio por cientos de años; de pronto, se les ordena que ya no cultiven lo que ellos han cultivado siempre”⁹⁷, lo que lo convierte más en un problema social que económico.

2.1.3 REFLEXION CAPITULAR

Hemos denotado que en este “combate de enemigos” el estado tiene que adelantar su defensa por lo peligroso que son estos sujetos, tiene que establecer penas altas para intimidar y prevenir que se cometan ilícitos, tiene que restringir las garantías, porque es parte de su política de lucha; todo en el marco propio de la constitución, principalmente

⁹⁷ Ídem

cuando se trate de “los casos que ella misma establece”, aun cuando estos planteamientos sean contrarios a los principios “axiológicos” del sistema penal⁹⁸. En este punto quisiera dar un giro diferente y preguntarnos como ciudadanos con algo de ironía ¿porque no hacemos lo mismo?, que el estado regale una beca a los jóvenes antes de que estos delincan, porque podría tratarse de un ciudadano que corresponda con creces a su país, ya nos habíamos planteado supuestos de mala fe, hagámoslos con supuestos de buena fe a los ciudadanos; ¿Cuántas personas evitarían una vida delictiva si se les brindare las condiciones de una vida digna?, demos prestamos accesibles a tasas muy bajas, para evitar que se hagan negocios ilícitos; probemos regular la venta y distribución de estupefacientes, ya que de mantenerlos así, solo le damos valor de mercado ¿O no sucedió con el alcohol en los años 30?; y si el estado negare garantías sancionemos a las autoridades con penas desproporcionadas; démosle a los privados de libertad condiciones humanas y dignas para su futura reinserción, ya que seguirlos encerrando en condiciones paupérrimas parece no disminuir la reincidencia en los individuos.

Para concluir finalmente pudimos exponer que la normatividad las leyes especiales, contiene ordenamientos que implican violación a las Garantías constitucionales y a los derechos humanos, violación a la condición humana de los sujetos desde su concepción axiológica, exhibiendo sobre todo, procedimientos para la represión de los delitos de delincuencia organizada, se contraponen con los principios Constitucionales, internacionales y propios del derecho penal: de la presunción de inocencia y el principio de la legalidad entre otros, como ocurre con los ordenamientos relativos a los arraigos, el uso como regla de la prisión preventiva y la extinción de dominio, normatividad que se originan en la Constitución y se consolida en las leyes especiales de la legislación mexicana. Si bien la criminalidad según los mismos organismos internacionales, no puede mantenerse ajena a la globalización para obrar a su favor, parece que ha hecho lo suyo con el estado y el derecho invisibilizando realidades y criminalizando desproporcionadamente a los sujetos.

⁹⁸ Mancera Espinoza op. cit. p19

2.2 EL DEREHO PENAL DEL ENEMIGO EN HONDURAS

“No hay ningún criminalista que niegue que todo crimen en su origen es el producto de la miseria. Pues bien; se me acusa de excitar las pasiones, se me acusa de incendiario porque he afirmado que la sociedad actual degrada al hombre hasta reducirlo a la categoría de animal”. Samuel Fielden

2.2.1 INTRODUCCION

El derecho penal del Enemigo es un término acuñado por el alemán Gunther Jackobs en 1985, para referirse al derecho penal de excepción, que se crea al margen de los principios y derechos fundamentales a favor de las personas objeto de persecución penal. Muy criticado el jurista alemán por esta posición donde señala que la visión del estado para el individuo que trasgrede la pena no es la percepción de un sujeto de derechos sino de un individuo peligroso⁹⁹. No es menos cierto que el derecho penal de las últimas décadas ha dejado de dialogar y en su política criminal la visión de la reinserción ha sido desplazada por una declaratoria de guerra.

Aunque no es nueva la teoría de Jackobs, considero enriquecedor retomar las características de este Derecho Penal del Enemigo, tomando en consideración la estructura que le ha abordado el jurista mexicano Miguel Ángel Mancera Espinoza quien además de las tres características principales aborda una cuarta la cual es tomada por otros autores pero no señalada como una característica, aunque Mancera en su artículo la ubica en un tercer punto¹⁰⁰, me atrevo a colocarla como primera, ya que previo a cualquier accionar por parte del estado se necesita el planteamiento del derecho penal como un arma parte de la legislación de guerra o combate.

⁹⁹ Jackobs, G., & Meliá, M. C. *“Derecho penal del enemigo”* (2003) p23. (Consultado en febrero 2016 <https://es.slideshare.net/melgario/jakobs-gntner-meli-manuel-cancio-derecho-penal-del-enemigo>)

¹⁰⁰ Espinosa, M. A. M. ¿derecho penal del enemigo en México? *Revista penal México*, (1), 141-160. (2011) (Consultado en julio 2016 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/30.pdf>)

En Honduras poco o nada se ha abordado sobre el Tema pero en vista de las reformas realizadas en la última década conviene hacer un “test” del derecho penal del Enemigo en la legislación vigente y determinar su existencia o no. Esto por polémico que pareciera no deja de un lado el hecho de que ha aumentado considerablemente el rigor punitivo estatal y en la política criminal solo se habla de combate o enfrentamiento directo a los enemigos de la sociedad. Por ello puntualizaremos en denotar las características de esta teoría.

Y es que el estado mira al autor de hecho de delictivo como un ciudadano al que se tiene que reinsertar, no solo castigar, recordemos que no se trata de una venganza, de hecho el derecho penal no nace para regular la venganza sino para evitarla¹⁰¹. Esta visión es ideal, ya que en la realidad la pluralidad del discurso cada vez más difícil de dilucidar, denota que el estado ya no observa a sus ciudadanos desde esa perspectiva. Se complejiza la utilización de la política social, de seguridad y criminal, porque se desatiende la verdadera problemática para crear pantallas de humos y que el estado eluda su responsabilidad. Es así que en vez de hablar de estrategias de prevención se habla del incremento de la pena de formas casi irreales, como si nuestros centros penitenciarios dejan de ser centros de reinserción social y se convierten en centros de castigo y segregación.

2.2.2 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO HONDUREÑO

En principio, el derecho penal como hoy lo conocemos fue creado precisamente, para evitar ese aislamiento del individuo frente al derecho, sin eludir la responsabilidad de los actos ilícitos cometidos por él, la idea de los penalistas, siempre ha sido orientada, para exigir del sujeto el castigo correspondiente a la infracción de sus actos contrarios a la legislación socialmente consensuada, mediante el *ius puniendi* donde el estado hace uso del ejercicio legítimo de la violencia, donde su arma principal es el derecho penal; pero que no excluye de la responsabilidad tampoco al soberano, el cual debe velar por este miembro de la sociedad, momentáneamente alejado de la misma, pero que no puede sencillamente desaparecer o ser eliminado, tiene que ser reorientado y rehabilitado para su reinserción.

¹⁰¹ Retomo esta idea de Luigi Ferrajoli donde alude que existe un débil al momento en que el estado ejerce el *ius puniendi*; ya que este no puede hacer un uso indiscriminado del mismo.

Por tanto el derecho penal ha ido evolucionando con las exigencias de la sociedad, por lo que al irse fortaleciendo, nació jurídicamente y socialmente un nuevo grupo vulnerable, susceptible del uso indiscriminado de la fuerza punitiva estatal y al cual al momento de ser recluido, debía disponer de una serie de principios y garantías, que lo protejan de ese uso excesivo de la violencia legítima.

Paradójicamente a pesar de que Honduras ha sido condenada en reiteradas ocasiones por violaciones a los Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de DDHH, parece hacer caso omiso a las recomendaciones de proteger a este grupo vulnerable. La práctica del estado sigue siendo la confrontar a la delincuencia mediante el rigor punitivo. La reforma hecha en el año 2013, trae consigo consecuencias muy graves para la presunción de inocencia que establece la constitución hondureña y la misma Convención Americana de Derechos Humanos. La mencionada incorpora un catálogo de delitos por la Reforma al artículo 184 del código procesal penal, que son prohibitivos de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. El catalogo hace mención a los llamadas delitos graves (aquellos mayores a 5 años de reclusión) entre ellos el homicidio, asesinato, extorsión, asociación ilícita, tráfico ilícito de estupefacientes, entre otros. Resaltando en dicho texto procesal penal "... no procede la imposición de medidas sustitutas en los delitos siguientes...". Lo que implica uno de los presupuestos que iremos señalando en desarrollo del tema: El uso excesivo del poder punitivo con medidas cautelares privativas de libertad. Lo que significa por ende que la persona ira privada de su libertad desde el momento de la "sospecha" o el llamado por la legislación hondureña "el mínimo indicio" o mínima actividad probatoria - según el artículo 295 del código procesal penal-, recaiga sobre su humanidad, aunque el delito siga en investigación y no existan la plena prueba, el cual es un requisitos indispensable en la tipificación de otros delitos y al momento de considerar la toma de medidas. Características propias de la teoría del derecho Penal del Enemigo desarrollada por Jackobs.

Además ese mismo año, se publica la reforma de la ley de Privación de Dominio, dando amplias facultades al Ministerio Público, pero que según expondremos, trasgreden los principios que rigen el derecho penal, los principios internacionales plasmados en los distintos convenios y tratados, la constitución y las leyes. Por lo que al hablar de derecho

penal del enemigo en Honduras, implica un razonamiento desde el horizonte de los derechos humanos, el derecho penal liberal y una serie de supuestos que provocan el choque de distintos planteamientos e ideas, pero que deben velarse desde la perspectiva del más débil, del sujeto vulnerable; ya que de visualizarlo con esta tendencia estatalista-criminalizadora, corremos el riesgo de seguir supuestos de peligrosidad abstractos y seguir señalando enemigos de la seguridad del estado, excluyendo de responsabilidad al mismo; quien parece haber dejado de dialogar con su población y se ha dedicado a perseguirla con su todo poder punitivo. Observaremos la tendencia legislativa en detrimento de los derechos fundamentales, olvidando que no debe tratarse de un problema de seguridad nacional que judicialice a la población, sino de política pública que se adapte a la realidad social.

2.2.3 LAS MARAS EL ENEMIGO PRINCIPAL

La inseguridad que asecha nuestro país, en la primera década del nuevo milenio, dibuja en la política en materia de seguridad una lucha frontal contra el crimen, mano dura contra los enemigos de la nación: Las Maras. Pero el factor que ha intensificado más la violencia de las maras en los últimos años es la puesta en práctica de una verdadera “guerra” contra ellas de parte de los Estados centroamericanos. Ricardo Maduro, elegido Presidente de Honduras en el año 2002, diseña el Plan Cero Tolerancia como estrategias para combatir la delincuencia, en especial a las maras que venían adquiriendo protagonismo¹⁰². La CEAR los resume de la siguiente manera: inicialmente Desarrollo de campaña publicitaria, con apoyo de los medios de comunicación, a fin de mejorar la percepción de la opinión pública respecto a la inseguridad ciudadana, además de atraer inversión extranjera, fomento Mayor presencia del Ejército y la Policía, especialmente en centros de negocios y Zonas marginales, reforma el Art. 332 del código penal (Ley Antimaras), que supone el

¹⁰² En la sentencia contra el Estado de Honduras de los casos Pacheco Teruel y otros vs Honduras, la corte señala que el plan cero tolerancia propicio que “La policía inició una práctica común de detenciones por sospecha y arrestos masivos con base en la apariencia de las personas y sin orden previa de autoridad competente. Esta criminalización incidió en el incremento de los niveles de sobrepoblación de los centros penales y acentuó los problemas estructurales existentes en todo el sistema penitenciario”.

endurecimiento de penas y multas a integrantes de las maras, creando el tipo penal de Asociación ilícita (crimen organizado), implementa una política activa de cooperación con otros países centroamericanos para hacer frente a las maras.

A raíz de esta iniciativa, surgieron diversas reuniones que derivaron en las posteriores Cumbres Centroamericanas Antimaras. Que para el ex Fiscal general Edmundo Orellana es urgente tomar acciones puntuales respecto a la revisión del Artículo 332 del Código Penal pues según el análisis de expertos en material judicial, ha generado distorsiones que dificultan la comprensión del hecho que se pretende tipificar, dejando abierta una puerta para incurrir en abusos de autoridad y violaciones a los derechos humanos, privando de libertad a personas que no han cometido más delito que el de pertenecer a una agrupación determinada¹⁰³.

En el año 2012 se condenaba al Estado por caso Pacheco Teruel y Otros vs Honduras por los hechos acaecidos el 17 de mayo de 2004 por un incendio en la celda o bartolina No. 19 del Centro Penal de San Pedro Sula en el que perdieron la vida 107 internos y otros 26 resultaron gravemente heridos. Al momento de los hechos, El centro Penal constaba de 21 celdas con una capacidad para alojar a 1,500 personas aproximadamente. Sin embargo, el día del incendio albergaba a 2,081 internos. Al momento del incendio, en la celda No. 19 estaban reclusos 183 internos presuntos miembros de una mara, cuyas edades oscilaban entre 18 y 40 años. Estaban en el mismo espacio personas procesadas y personas con sentencia condenatoria¹⁰⁴. Entre sus recomendaciones en la sentencia la corte enfatizo en la reforma del artículo 332:

El artículo 332 del Código Penal no precisó los elementos de la acción que se considerarían punibles y abrió un amplio margen de discrecionalidad que permitió las detenciones arbitrarias, y en algunos casos, masivas de jóvenes sobre la base de sospechas o percepciones acerca de su pertenencia a una “mara”, en razón del uso de tatuajes, del lugar donde vivían u otros factores; la inexistencia de criterios de

¹⁰³ CEAR, La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012, Madrid 2012, págs. 193-194

¹⁰⁴ CTIDH; Caso Pacheco Teruel y Otros vs Honduras 2012 Serie C No. 241

verificación de la efectiva existencia de una conducta ilícita implicó que el artículo 332 “libero” al estado de los límites el poder punitivo del Estado se administrara con respeto de los derechos fundamentales¹⁰⁵.

El derecho penal de excepción se encontraba en un punto de “crisálida negra”, que se fue perfeccionando con las altas y desproporcionadas penas, que no tienen un margen claro para establecer grados de participación o delitos de menor rigurosidad; principalmente en los tipos relacionados con drogas, extorsión, lavado de activos y demás que se desprenden del crimen organizado o asociación ilícita. Y que otorga amplias facultades de adelantamiento de defensa punitiva al ministerio público. Las reformas que se dieron a partir del año 2013 permitieron eclosionar el capullo del exceso de la lucha contra entes peligrosos y dejar salir de él: este derecho penal del enemigo con características muy peculiares. En el 2015 además se reformó el delito de asociación ilícita ignorando totalmente las recomendaciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ampliando todavía más el margen punitivo del delito de asociación ilícita.

2.2.4 CARACTERÍSTICAS DEL DPE

El derecho penal del enemigo por tanto trata de aquel derecho penal, que surge de la lucha frontal de los estados contra el crimen organizado o el terrorismo, en esencia contra aquellos individuos que debido a sus actividades han traicionado los presupuestos de obediencia que le debían al estado y por tanto se ha entrado a un momento de confrontación directa con él. Donde el soberano responde con el uso del derecho penal, pero este debe ser especial para este grupo que aterriza la sociedad, debe tener mayor rigurosidad y debe reflejarse con penas graves y multas exorbitantes, (aunque también responda a políticas internacionales). Por tanto son el objetivo de esta legislación, obviando que existen víctimas colaterales de esta guerra y olvidando que la delincuencia es un problema social; es resultado de las grandes desigualdades y producto de la necesidad.

¹⁰⁵ Ídem

Cuando de política criminal se trata en América latina, lastimosamente hablamos de la ampliación del derecho penal o peor aún, la creación de ese derecho penal de excepción, el cual tiene tres características esenciales como mencionamos según Manuel Cancio Meliá citando a Jackobs: El adelantamiento de la Punibilidad, Las penas previstas son desproporcionadamente altas y Las garantías procesales donde son relativizadas o incluso suprimidas¹⁰⁶. Pero para efectos de nuestra tesis como ya había mencionado agregaremos una característica como primera: La política de combate o declaratoria abierta de guerra frente al grupo denominado enemigos. Quedando de la siguiente Manera:

- La política de combate o declaratoria abierta de guerra frente al grupo denominado enemigos.
- El adelantamiento de la Punibilidad
- Las penas previstas son desproporcionadamente altas y;
- Las garantías procesales donde son relativizadas o incluso suprimidas.

La primera característica tiene una particularidad fácil de observar, dado que el Estado ha dejado de considerar como solución a un problema, el incluir mediante una estrategia de inclusión y de derechos económicos, sociales y en si derechos humanos; para empezar a considerar a sus ciudadanos como entes peligrosos y dañinos, siendo todavía seres humanos que merecen que sus infracciones sean sancionadas en los límites que han establecido sus derechos fundamentales y el mismo derecho penal¹⁰⁷, a pesar de ello este último termina por legitimar este trato diferenciado, sustentándose en la misma doctrina y en alguna normativa internacional.

La política utilizada es una política ideológica, donde se intenta justificar la expansión del poder punitivo, bajo circunstancias de emergencia nacional, de seguridad y cualquier otro adjetivo que permita sustentar el rigor punitivo en aras de un trato diferenciado de los individuos sujetos a un proceso penal. La impotencia del Estado para no buscar una solución pacífica que dilucide su falta de responsabilidad con los sectores vulnerables, le permiten orientar en el discurso político una forma legítima de ejercer el poder sin exponer sus falencias, esta no es otra que buscar un enemigo y señalarlo como el verdadero culpable

¹⁰⁶ Jakobs, Günther, and Manuel Cancio Meliá. "Derecho penal del enemigo". 2003. op. cit. p 79.

¹⁰⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. "El enemigo en el derecho penal". Op cit p 2.

de los males que aquejan la sociedad. En Honduras se habló mucho de la cero tolerancia siendo originalmente, una política inspirada por la teoría de las ventanas rotas y esta última nos pudo enseñar que no es posible atribuir una conducta a sectores pobres, sino a la sensación de descuida de un sector por parte de la sociedad.

Otra de las justificaciones que vende la “tolerancia cero” es la sensación de seguridad mediante la militarización de las calles, en un artículo publicado por Willson y Kelling los creadores de la Teoría de las ventanas rotas relatan que al ordenar a la policía patrullar a pie sectores denominados peligrosos, los oficiales al adentrarse en estos barrios sin las patrullas, a pie, inspiraban una cercanía con la población al no encontrar un límite físico entre ellos y aunque lejos de ofrecer un resultado en razón efectividad (no bajaron los índices de violencia) lograron en cambio mejorar su imagen es así que “para sorpresa de casi nadie, que el patrullaje a pie no había reducido las tasas de delincuencia. Sin embargo, los residentes de los barrios patrullados a pie parecían sentirse más seguros que las personas de otras áreas”¹⁰⁸. Por tanto es fácil justificar a través de esta sensación ideológica de seguridad temporal, ya que no se redujo la peligrosidad del sector. Resulta muy parecida a la estrategia implementada en varios sectores del país, podría ser coincidencia, que él lector lo defina.

Una de las críticas más fuertes a la teoría de Jackobs, pero necesario de aclarar con esta primera característica, es el como una legislación deja de considerar a un individuo en su carácter de persona o de sujeto de derechos. En otros ámbitos sería más difícil de explicar tal situación, sin embargo, como denotaremos el estado está llamando a sus ciudadanos enemigos de la sociedad y entes peligrosos; por lo que no es necesario ahondar en una justificación dogmática del contexto y basta con observar la justificación y los argumentos que amparan el rigor punitivo. Para el ex juez de Corte Interamericana de Derechos Humanos E.R. Zaffaroni “ en la medida en que se trate un ser humano como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención, se le quita o niega su carácter de persona, aunque se le reconozcan ciertos derechos”¹⁰⁹; para el jurista argentino

¹⁰⁸ CEL “Teoría de las Ventanas Rotas de Phillip Zimbardo” <http://www.cel.edu.mx/servicios/La%20teoria%20de%20las%20ventanas%20rotas.pdf> consultado el 14 de noviembre de 2016

¹⁰⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El enemigo en el derecho penal”. *Op cit* p 4.

el problema no radica en la cantidad de derechos limitados, por no decir eliminados, sino en las premisas en que se basa dicha privación, “cuando se lo priva de algún derecho solo porque se lo considera puramente como ente peligroso”¹¹⁰.

En el año 2013 en Honduras se emitía el Decreto 168-2013 el cual establecía la “Ley de la Policía Militar del Orden Público”; se creaba por tanto un nuevo cuerpo policial-militar perfilado como ente de investigación e inteligencia. La necesidad de que este nuevo cuerpo elite quede asentado entre los entes encargados de la seguridad es tal, que se pretende su ascenso al orden constitucional mediante la consulta popular el día de las elecciones generales del 2018¹¹¹; según el Dictamen emitido por la Comisión encargada por parte del Congreso Nacional de estudiar la reforma a los artículos 274 y 329 de la Constitución de la Republica¹¹², su incorporación es necesaria debido y constando en su primer considerando a que el estado ha perdido el control sobre barrios y colonias a nivel nacional en materia de seguridad debido a las pandillas quienes han convertido estos sectores en sus centros de operaciones criminales¹¹³, en su segundo y tercer considerando señalan que la ausencia de un servicio militar obligatorio ha disparado los índices de violencia (no así la falta de equidad social, educación y trabajo) y que debido a la amenaza creciente es necesario reincorporar a las fuerzas armadas en sus labores de seguridad¹¹⁴. Versa además el Cuarto considerando del Decreto 168-2013:

Que la crisis de seguridad que actualmente vive el país pone de manifiesto la necesidad de la creación de una unidad militar especializada en el combate frontal al crimen organizado y crimen común cuando estos fenómenos han evolucionado a

¹¹⁰ Ídem

¹¹¹ EL HERALDO “Resolución JOH sobre PMOP” 2015 (consultado el 29 de abril 2017 <http://www.elheraldo.hn/pais/788554-214/honduras-resoluci%C3%B3n-de-joh-sobre-la-pmop>)

¹¹² Al implementarla en el capítulo X en cuanto a la Defensa Nacional al 274 lo que se busca es que tengan el peso de las Fuerzas Armadas en el auxilio –como versa el artículo- “para combatir el terrorismo, tráfico de armas y el crimen organizado”. Y el 329 para proteger las antes llamadas Ciudades Modelo.

¹¹³ Dictamen Reforma Constitucional PMOP y ZEDES 16-12-13 (consultado el 4 de mayo de 2017 [http://www.observatoriodescentralizacion.org/download/iniciativas_de_ley_publicadas_en_la_gaceta/DICTAMEN%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20POMOP%20ZEDE%2016-12-13%20\(UV\)%201.pdf](http://www.observatoriodescentralizacion.org/download/iniciativas_de_ley_publicadas_en_la_gaceta/DICTAMEN%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20POMOP%20ZEDE%2016-12-13%20(UV)%201.pdf))

¹¹⁴ Quiero más que nada señalar las enormes similitudes del discurso que hemos expuesto, recordaremos que en el 2013 y 2014 la policía militar estuvo en los barrios de conflicto patrullando y la campaña gubernamental era exactamente que debido a la sensación de seguridad que brindaban debía asegurarse su permanencia, a pesar de ello, siempre encabezamos la lista de FORBES como el País más violento del mundo hasta el año 2015.

formas más peligrosas por su modo de operar alterando significativamente la paz social y el orden público¹¹⁵.

Como se trata de una situación de seguridad nacional denotamos que el nuevo ente está orientado al combate frontal del crimen organizado y común. Es decir según el análisis de este considerando, ya tampoco a la delincuencia común se le piensa en hablar de su posible reinserción social, ya que también deben ser combatidos, dejan por ende de tratárseles bajo presunción alguna de inocencia o peor aún, presunción de sujetos de derechos, el concepto se deja de lado porque son enemigos a combatir. Ley sobre Privación Definitiva del dominio de Bienes de Origen ilícito en su considerando sexto dice que Honduras como suscriptor de tratados internacionales, ha demostrado su interés de **combatir** este tipo de criminalidad (delincuencia organizada). La Ley sobre uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en otro considerando establece:

Que la imprevisión para combatir uno de los males que mayores daños está causando en los países que forman el mundo actual, y la existencia de leyes y procedimientos penales que no dan un mayor alcance para prevenir el apareamiento del peligro, la persecución y aprehensión de los supuestos delincuentes y la imposición de un castigo ejemplar a quienes resulten autores materiales o intelectuales de tan graves delitos, son factores que imposibilitan para luchar en igualdad de condiciones contra esos **enemigos del género** humano que, además utilizan las cuantiosas ganancias de tan repudiado negocio para esconder su participación y así, asegurar su impunidad.

Volviendo a la Ley sobre privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito en su art.1 dice que la ley tiene como finalidad la lucha contra la criminalidad organizada en atención a la Convención de Palermo y demás instrumentos internacionales ratificados por Honduras, lograr la legítima protección del interés público, en beneficio de la sociedad, el bien común y la buena fe, mediante el desapoderamiento de bienes y productos derivados y obtenidos en contravención a la ley. Todos estos preceptos son ejemplos de cómo el Estado ha autorizado en su lenguaje el uso de términos que aluden a un combate y a la diferenciación de las personas, si bien puede privarle su libertad y restringirle de algunos de

¹¹⁵ Decreto 168-2013

sus derechos, no es posible “pretender que este trato diferencial puede serle aplicado a un ser humano sin lesionar su carácter de persona”¹¹⁶.

En la segunda característica es el adelantamiento de la Punibilidad el ordenamiento funciona y responde al hecho de forma prospectiva (referencia al hecho futuro); en lugar de retrospectivamente como es habitual (referencia: el hecho cometido)¹¹⁷, en consideración para los delitos de peligro abstracto. Lo que adelanta la “línea de defensa”, castigando hasta los actos preparatorios¹¹⁸. Esta característica la encontramos en la legislación hondureña en primera mano con la prohibición de medidas cautelares en el llamado “catálogo de delitos”. La reforma hecha en el año 2013, trae consigo consecuencias muy graves para la presunción de inocencia que establece la constitución hondureña y la misma convención americana de derechos humanos. La reforma mencionada trae consigo un catálogo de delitos por la Reforma al artículo 184 del código procesal penal, que son prohibitivos de medidas cautelares distintas a la detención judicial o prisión preventiva según sea el momento procesal. El catalogo hace mención a los llamadas delitos graves (aquellos mayores a 5 años de reclusión) entre ellos el homicidio, asesinato, extorsión, asociación ilícita, tráfico ilícito de estupefacientes, entre otros. Resaltando en dicho texto procesal penal “... no procede la imposición de medidas sustitutas en los delitos siguientes...”. Lo que implica uno de los presupuestos que hemos venido señalando en desarrollo del ensayo significa que la persona ira privada de su libertad desde el momento de la “sospecha” o el llamado por la legislación hondureña “el mínimo indicio” o mínima actividad probatoria - según el artículo 295 del código procesal penal-, recaiga sobre su humanidad, aunque el delito siga en investigación y no existan la plena prueba, el cual es un requisitos indispensable en la tipificación de otros delitos y al momento de considerar la toma de medidas. Y como mencionamos con particularidad, esto significa “eres culpable mientras no se demuestre lo contrario”.

¹¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “El enemigo en el derecho penal”. *Op cit* p 5.

¹¹⁷ Ídem

¹¹⁸ Mancera Espinosa M.A. *op cit*.

En total contravención del artículo 89 constitucional y 2 del código procesal penal. Incluso encontramos casos donde los artículos chocan jurídicamente; ya que el 183 del código procesal penal establece la prohibición de la imposición de medidas como la prisión preventiva a personas mayores de 70 años (antes de la reforma era a mayores de 60), a mujeres embarazadas, etc. Y que sucede entonces cuando una persona que tiene estas características comete un ilícito del catálogo: habría que aplicar un indubio pro reo, ya que según la legislación hondureña, este derecho establecido internamente mediante tratados internacionales (los cuales prevalecen según el convencionalismo del artículo 18 constitucional); pero en la práctica profesional el órgano jurisdiccional en la etapa preparatoria, aplica únicamente lo establecido en la reforma en materia criminal: la prohibición de medidas distintas; lo mismo sucede con las medidas cautelares a menester del ministerio público en la privación de dominio.

Y es que resulta parecido al proceso civil, en el penal suele también ser necesaria la adopción de determinadas medidas Cautelares para asegurar la celebración del juicio y garantizar la efectividad de la sentencia que en el mismo se dicte. Solo que el bien jurídico que se protege en el proceso penal es mucho más delicado y único, al igual que el bien que las medidas deben salvaguardar. Ya que en muchos debemos privar de su libertad personal a un individuo; donde el momento delicado radica en las condiciones a las cuales debe someterse a este ser humano jurídicamente (según el momento procesal) inocente hasta que no se demuestre lo contrario.

Recordemos que las figuras privativa de libertad o medidas cautelares privativas de libertad, deben ser excepcionales, por lo que el encausado en el proceso puede o debe defenderse en libertad. Como establece José Flors Maties (2013):

Por su directa relación con las previsiones constitucionales que garantizan la libertad y la presunción de inocencia, la adopción de estas medidas debe ser siempre excepcional, condicionada a las circunstancias del caso y proporcionada a la finalidad que se persigue, tratando siempre de evitar que se convierta en una pena anticipada¹¹⁹.

¹¹⁹ Flors Maties, J. 2013 Las Medidas Cautelares Personales http://www.tirant.com/derecho/actualizaciones/Tema%2013_Paginas%2001_03.pdf (Revisado el 14 de octubre de 2015)

A esta opinión debemos agregar el compromiso de los estados en los distintos tratados internacionales, muchos de estos compromisos incluso preconstitucionales. Volviendo con la ley de Privación de Dominio en Honduras en su quinto considerando¹²⁰, establece premisas sumamente preocupantes en este adelantamiento de la punibilidad, versa la parte final del mismo que “por tecnicismos jurídicos, los estrados judiciales, dictan sentencias absolutorias o se extingue la responsabilidad penal”¹²¹; imagino, en alusión a las reglas que establece el debido proceso penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia versa que la violación al Debido Proceso motiva la invalidez el proceso y también priva de Invalidez la Sentencia¹²². Y el Código Procesal Penal de Honduras en su artículo 94 señala que no se puede aceptar pruebas con menoscabo a los derechos humanos y tal acción obliga a los Fiscales –en uso de su objetividad- , a deducir la responsabilidad correspondiente a quienes hayan infringido dichas normas.

La tercera característica señalada por el jurista alemán Jackobs alude a que las penas previstas son desproporcionadamente altas; así como los delitos por los cuales inicia la imputación en el requerimiento fiscal, por ejemplo en el periodo en el cual transcurre la etapa investigativa (24-48 horas), al momento de llegar a la audiencia de declaración del imputado (donde seguro se le impondrá la detención judicial), si la persona es procesada por los delitos contra la salud, aunque la persona cargue con la cantidad mínima requerida por consumo personal inmediato, el ministerio público no tendrá sino hasta la audiencia inicial (seis días según el 292 cpp) el dictamen que establecerá el peso del estupefaciente encontrado, al encontrar este inconveniente el ente acusador incoa el requerimiento por Tráfico de Drogas, ya que carece de la información referida a dicho dictamen, lo que implica que si es un consumidor estará privado de libertad el tiempo en el que llega la inicial, los mismo sucederá con una persona presuntamente miembro del crimen organizado (un supuesto marero por ejemplo), aunque el sujeto se le arreste por una portación ilegal de armas de uso comercial, será procesado a su vez por el delito de asociación ilícita (332

¹²⁰ Me parece necesario estudiar la legislación desde sus argumentos, a pesar de que el articulado resultare más fácil, el analizar los considerandos permite estudiar la política del estado para la creación de la norma, la percepción del sujeto y su justificación, sobre todo el plan del gobierno para enfrentar el problema, como en el párrafo presente entre líneas podemos considerar que para el estado es necesario reducir garantías para el ejercicio del poder punitivo.

¹²¹¹²¹ Con el respeto que se amerita, el debido proceso es más que un tecnicismo legal.

¹²² Jurisprudencia CTIDH: Caso Castillo Petrucci y otros VS Perú, párr. 221, y Caso Lori Berenson Mejía, Vs Perú párr. 174.

código penal), el delito de tráfico de drogas acarrea una pena de 15 a 20 años de reclusión más una respectiva multa al igual que los demás tipos penales que le subsiguen y del mismo modo la Asociación ilícita con una pena de 20 a 30 años de prisión, para dar una referencia de la gravedad de las penas la de tráfico de drogas tiene similitud al homicidio y la asociación ilícita al asesinato.

Como Cuarta característica e íntimamente ligadas a las anteriores, se refiere en cuanto a las garantías procesales donde son relativizadas o incluso suprimidas; el proceso penal está revestido de principios, derechos y garantías, que le brindan al imputado la seguridad jurídica para sobrellevar el mismo, constituyen por ende el límite de la fuerza punitiva del estado. Entre ellas encontramos el libre acceso a la justicia, debido proceso, presunción de inocencia, inmediación, entre otras; algunas de las cuales ya hemos profundizado, buscan regular la libertad de la persona humana frente al delito, pero que se ven mermadas con las reformas legislativas, que sirven como medio para legitimar el uso excesivo, represivo y abusivo del poder punitivo estatal. Donde al intentar limitar estos derechos son signos de una legislación autoritaria, cuyas características se revisten “en la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia”¹²³. Donde el poder pretende ocultar su falta de respuesta a los problemas sociales, creando un estado de necesidad y zozobra.

2.2.5 REFLEXION CAPITULAR

El tráfico de drogas, el terrorismo, contrabando, lavado de activos y la “sombra tenebrosa” que se dibuja con el crimen organizado, son los “enemigos” que dan lugar u “obligan” al estado a la creación de este derecho penal de excepción, el cual calificaría como derecho penal del enemigo, ya que la preocupación del estado son los autores, los líderes, los “cabecillas” y sus delitos, los que propician la lucha frontal contra estos grupos, aunque ello implique excederse de los parámetros iniciales del derecho constitucional, penal e internacional. No se excluye que estos grupos delincan, pero “delitos siguen siendo

¹²³ Zaffaroni, E. R. (2006).” El enemigo en el derecho penal.” *Op cit* p29.

delitos”¹²⁴ aunque se cometan con intenciones radicales. Por qué “quien incluye al enemigo en el concepto delincuente ciudadano, no debe asombrarse si se mezclan *guerra y proceso penal*”¹²⁵. Claro para otro momento tendremos que aclarar quienes son los “grandes criminales” que están siendo procesados o si se está criminalizando a delincuentes miserables por estos delitos y que por tanto se convierten en víctimas de una guerra que no ofrece resultados.

El derecho penal de excepción, representa un retroceso en el derecho penal y un retorno de la sociedad a prácticas medievales inquisitivas, que por entenderse positivizadas, se asumen como inequívocas, pero en total detrimento del reconocimiento cognoscitivo del ciudadano como ser humano, que por formar parte de una política de seguridad se intenta justificar el rigor punitivo. Por lo que es evidente que seguimos cometiendo los mismos errores con el paso de los siglos, se sigue manipulando los parámetros de peligrosidad en aras de satisfacer poderes neo liberales y del mercado; bajo alarmas que encubren los verdaderos problemas de una sociedad, a quien se le ha negado sus derechos fundamentales.

¹²⁴ Jakobs, Günther, and Manuel Cancio Meliá. Op cit.

¹²⁵ Zaffaroni, E. R. *op cit.*

3. CAPITULO TERCERO: LOS DELITOS CONTRA LA SALUD EN HONDURAS Y MEXICO

“Una nación no debe juzgarse por cómo trata a sus ciudadanos con mejor posición, sino por cómo trata a los que tienen poco o nada”.

Nelson Mandela

3.1 Introducción al Capítulo tercero y Cuarto

Las normas que penalizan los delitos relacionados con el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, son valga la redundancia, sancionados debido a que infringen un bien jurídico resguardado por el Estado. El derecho penal protege los bienes jurídicos más delicados de la sociedad en ese sentido cuando el bien tutelado es la salud, la Organización Mundial de la Salud define esta como, “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” esto se proclamó en el Preámbulo de la Constitución de la OMS en 1946; el ámbito de protección de la salud resguardada por el derecho penal puede tener dos ámbitos esenciales primero como bienes jurídicos individuales que son aquellos necesarios para el libre desarrollo de la personalidad como ser la vida¹²⁶ y la salud teniendo en cuenta que para tener a plenitud estos es necesario otros presupuestos (empleo, seguridad social, etc.); segundo como bienes jurídicos colectivos que se refieren a la cualidad de las condiciones que ha establecido la sociedad para el resguardo de los intereses jurídicos de la misma¹²⁷.

Por ello en las legislaciones que estudiaremos denotaremos que existe la tutela penal sobre conductas que afectan bienes jurídicos individuales como ser la salud y bienes jurídicos colectivos como ser la salud pública (parte objeto de la tesis). Debiendo hacer la

¹²⁶ Sabiendo aquí distinguir que una cosa muy distinta es el bien jurídico vida, al derecho subjetivo a la vida; es decir debiendo diferenciar entre los bienes jurídicos y los bienes jurídicos penales, no se trata de la lesión de dos bienes jurídicos, sino que la conducta típica del sujeto infractor (Zaffaroni en Tratado de Derecho Penal 2002); “Así, el bien jurídico es un bien preexistente, que en los supuestos en los que el legislador considera necesaria una consecuencia jurídica especial para su afectación se constituye como bien jurídico penalmente tutelado” **Federico León Szczaranski Vargas** en “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra” 2012.

¹²⁷ Núñez Paz, Miguel Ángel, and Germán Guillén López. "Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal." (2008) p2

observación que para la protección de estos bienes jurídicos es necesaria la afectación de otros justificada por la entrega constitucional del uso de la fuerza al estado. Por ello el establecimiento de estos bienes jurídicos penales no solo refiere a la sanción de conductas sino al límite del uso del *ius puniendi*. Con esto referimos que “cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se construye sobre la base de su preexistencia”¹²⁸.

Pero aun dentro de esta clasificación, es preciso diferenciar que los delitos contra la salud, referidas al Tráfico ilícito de estupefacientes y sus diversas modalidades, son aquellos que nacen de una división dentro de la tutela de bienes colectivos, en razón de la conducta del agente, la lesión al bien jurídico y la gravedad de la conducta, todo ello enmarcado como delitos de peligrosidad abstracta. Por tanto si la referencia en la sanción penal es la salud pública o la salud de la población en el caso específico del tráfico ilícito de estupefacientes esta debe entenderse como el deseo del estado de mantener la salud de la ciudadanía reprimiendo aquello que la dañe o ponga en peligro¹²⁹, todavía más cuando se trate de delitos vinculables a la delincuencia organizada donde entran conceptos como seguridad y se pretende justificar la intervención punitiva. Esta postura ha sido muy debatible como hemos mencionado principalmente con Gunther Jackobs quien menciona el adelantamiento de la punibilidad como característica del Derecho Penal del Enemigo en referencia también a los delitos de peligro abstracto¹³⁰.

Pero no es necesario entrar de lleno en esta discusión dogmática, ya que precisamente el punto práctico es el que deseamos abordar en el presente capítulo; y es que es totalmente debatible la afectación al bien jurídico en algunos tipos penales derivados del Tráfico Ilícito de estupefacientes y del mismo consumo personal, de hecho para el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Diego García Sayán, la deuda con este último grupo es enorme debiendo redirigir el foco de atención por parte de la sociedad y el Estado siendo necesario “reservar los eslabones más duros (de la ley) para quienes hayan cometido las

¹²⁸ Ídem: haciendo referencia a Bustos Ramírez Juan “Sobre los bienes jurídicos colectivos”

¹²⁹ Ibídem p7

¹³⁰ Debido a los retos afrontados según la Convención de Palermo del año 2000 en razón de lo que representa la evolución de los grupos criminales; Edgardo Buscaglia por ejemplo justifica el amplio margen de interpretación que facilite la labor del MP al momento de incoar una causa. Debiendo resguardarse en tipos penales, que correspondan al nuevo “status” de peligrosidad creado, ya que es mejor tratarlos con total rigurosidad, previo a verificar su culpabilidad. Por ello el adelantamiento de la Punibilidad como característica del derechos penal del enemigo según Jackobs (2003) en “Derecho Penal del Enemigo”.

infracciones graves”¹³¹; en el mismo sentido es necesario estudiar cómo se está procesando a los imputados, a quienes se está procesando por estos delitos, para evitar que sean los “peones” los sacrificados por el crimen organizado, en esencia del narcotráfico, los cuales son fácilmente reemplazables y son los que comúnmente son procesados con un rigor punitivo excesivo para el imputado a quien se le impone el castigo; en cierto modo la proporcionalidad acorde a la peligrosidad del sujeto procesado¹³².

Previo a desarrollar la tipificación de algunos de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes quisiera enunciar una situación jurídica social que también se ve afectada por esta fuerza punitiva desenfrenada contra los procesados por estos delitos y que motiva también la explicación y la selección de nuestro objeto de estudio. Por ejemplo en México según el Centro de Estudios de Drogas y Derechos: “Entre 2009 y mayo de 2013 fueron detenidas a nivel federal 140.860 personas por consumo de drogas e iniciadas 87.746 averiguaciones por posesión simple además de las 52.074 averiguaciones iniciadas por consumo”¹³³; estadísticas que son producto también de las reformas penales en el ámbito del catálogo de delitos, el arraigo y demás medidas para el combate del narcotráfico. En Honduras la situación es más delicada debido al vacío que han dejado no solo el gobierno, sino los organismos defensores de derechos humanos, sobre estos ilícitos ya que según el informe sobre la sexta ronda de Evaluación sobre el control de Drogas del año 2014 de la CICAD (Comisión Interamericana para Control del Abuso de Drogas) data de hace 10 años la información sobre personas procesadas:

El país no cuenta con información sobre reducción de la oferta de drogas: número de incautaciones de drogas ilícitas y materia prima para su producción; número de incautaciones de productos farmacéuticos; cantidad de productos farmacéuticos incautados; número de personas formalmente acusadas por el uso, posesión y tráfico de drogas; y número de laboratorios que producen drogas ilícitas de origen sintético.

¹³¹ García-Sayan, Diego. "Narcotráfico y Derechos Humanos." (2010) p4.

¹³² En este sentido debe incluir que no puede ser que para determinar si un sujeto es consumidor tenga que entra al costoso sistema penal para determinar su peligrosidad. Como en el caso de Honduras.

¹³³ Pérez Correa, Catalina. “La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores de drogas en América Latina” (2015) p3.

El país no ha realizado un estudio sobre el costo económico y social de las drogas durante los últimos 10 años¹³⁴.

Es así que el informe del año 2005-2006 de la misma Comisión para el Control de Drogas señalaba en aquel entonces que “Durante el año 2004, 504 personas fueron formalmente acusadas por posesión ilícita de drogas, 529 en el año 2005, y 537 en el año 2006. Asimismo, durante el año 2004, 14 personas fueron condenadas por este delito, 25 en el año 2005, y 20 en el año 2006”¹³⁵. La entrada en vigor del decreto 153-2013 donde se establecía la reforma al código procesal penal sobre el llamado Catalogo de Delitos los cuales no podían optar a una medida distinta de la prisión preventiva, marca otro hito en el proceso penal y trae como consecuencia un hacinamiento penitenciario, otra secuela del mal uso del sistema penal para solucionar problemas a los cuales deberían corresponderles otras alternativas al respecto Diego García Sayán señalaba en su artículo "Narcotráfico y Derechos Humanos". Según el Centro de Prevención, Tratamiento y Rehabilitación de Víctimas de la Tortura y sus Familiares (CPTRT) en Honduras, la puesta en marcha de las políticas criminales que ya hemos mencionado provoca que:

Ante la implementación de políticas represivas de control social que plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental a las necesidades de seguridad ciudadana llamadas de “mano dura” o “tolerancia cero”, y la eliminación de las medidas sustitutivas de prisión en mayo de 2013, con un catálogo de delitos de acuerdo (decreto 153-2013), ha dado como resultado un incremento de la población privada de libertad, también la modificación del artículo 294 del Código Procesal penal (decreto 74-2013), que ahora ya no exige plena prueba de la comisión de un delito tal como lo exige el artículo 92 de la Constitución de la República, sino sólo indicios de la comisión del delito¹³⁶.

A falta de cifras oficiales y para re direccionar el sentido del presente capítulo, cuando capto mi atención la problemática de la defensa de los procesados por delitos contra la salud en Tegucigalpa, Honduras; sobre cómo era necesario como mecanismo penal que un consumidor de estupefacientes tuviese que someterse al sistema para determinar si

¹³⁴ CICAD: “Informe sobre la sexta ronda de Evaluación sobre el control de Drogas” Honduras (2014) p 5.

¹³⁵ CICAD: “Informe sobre la sexta ronda de Evaluación sobre el control de Drogas” Honduras (2005) p13.

¹³⁶ CPTRT: “Informe para el examen periódico Universal en Honduras” (2015).

precisamente era consumidor, es decir, como el estado abordaba el problema del consumo de drogas de la misma forma que se aborda el problema del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas a través de las instituciones penales. Donde el énfasis era de que a pesar de existir legislativamente la premisa de despenalización del consumo, todo el proceso para llegar a ello e incluso la determinación del mismo seguía siendo sujeto de persecución penal. Es así que según mis informes personales presentados entre octubre 2014 y julio 2015, de 100 casos incoados por el Ministerio Público 90 eran por Tráfico Ilícito de estupefacientes y el restante 10 comprendía transporte y plantación, de los primeros en razón de porcentaje el 97% era modificado el tipo penal en la audiencia inicial ya sea por consumo, posesión o transporte¹³⁷.

¹³⁷ A pesar de que mis informes y la recopilación de estadísticas data desde el momento que me decidí investigar sobre el tema, sigue siendo cifras no oficiales. Según lo platicado y estudiado con otros colegas de la profesión la tendencia era misma.

4. LOS DELITOS CONTRA LA SALUD EN HONDURAS

4.1 LOS TIPOS PENALES

Es necesario delimitar que tipos penales se van a estudiar a continuación, ya que hacerlo con la totalidad de delitos contra la Salud en Honduras y México, implicaría una tesis aparte para cada país. Por ello haré énfasis y estaremos desarrollando el resto del capítulo con la finalidad de denotar la afectación al bien jurídico protegido, el rigor punitivo con el que se trata al procesado por los delitos estudiados menos graves en relación al más grave y las alternativas procesales que en el proceso y en juicio se podrían presentar para la defensa.

4.2 LA NORMATIVA EN HONDURAS

Honduras cuenta con la normativa necesaria para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que permite la implementación de los mecanismos internacionales destinados al mismo fin como ser: La Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 (modificada por el protocolo de 1972), el Convenio de la ONU sobre sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1988; otros instrumentos no directamente relacionados son la Convención de Palermo del año 2000 y la Convención Interamericana contra la corrupción, todos estos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Honduras.

En cuanto a la legislación nacional para el procedimiento penal encontramos el Código Procesal Penal y en cuanto a la legislación penal especial la Ley sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Sicotrópicas¹³⁸. En esta última ubicamos al derecho

¹³⁸ En adelante nos referiremos como Ley sobre uso indebido de Drogas, Ley sobre Tráfico Ilícito de estupefacientes, solo para un uso abreviado del nombre del decreto 126-89.

penal sustantivo en la referida materia, donde al ser un sistema unitario¹³⁹, corresponde a la misma la sanción de las actividades ilícitas de producción, fabricación, comercio, uso ilegal, posesión y tráfico ilícito de estupefacientes¹⁴⁰. Para efectos de estudio estudiaremos los tipos penales en relación a los siguientes estupefacientes, crack, cocaína y marihuana¹⁴¹; los tipos penales a estudiar son:

- a) Tráfico Ilícito de estupefacientes.
- b) Facilitación de Medios de Transporte
- c) Plantación, Siembra y Cosecha de estupefacientes.
- d) Posesión de drogas o estupefacientes.
- e) Consumo Personal Inmediato.

4.3 EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

4.3.1 SEGÚN EL CONVENIO DE 1988:

El primer acercamiento al tipo penal que se estableció en 1989 en Honduras es el concepto que versa en la Convención de la ONU de 1988 Sobre el Tráfico Ilícito de estupefacientes donde en su artículo 1 refiere al concepto en los incisos m y n señala que en el primero que se entenderá por “Tráfico Ilícito” remitiendo a la conducta que se especifica en el art. 3 y en el segundo a cuales se refiere como “estupefacientes” extendiéndose a “cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes” y a lo que tenemos que agregar el inciso p donde define Producto como “los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado” dentro de los parámetros del tipo señalados en el artículo 3.

¹³⁹ Honduras a diferencia de México tiene un sistema unitario es decir que la ley es de aplicación nacional.

¹⁴⁰ Art.2 de la Ley sobre Tráfico ilícito de estupefacientes de Honduras en cuanto al ámbito de aplicación.

¹⁴¹ Honduras carece de una tabla de consumo que dependa del tipo de estupefaciente, pero señalamos estos tres por ser los más comunes por los cuales se procesa a un imputado.

El artículo 3 de la Convención, a reserva de los principios constitucionales y de la normativa interna, alude a que las partes firmantes tipificaran conforme a lo anterior los respectivos delitos, aclarando en su numeral 3 que el conocimiento, la intención o la finalidad referidos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Continuando con el mismo artículo sobre Delitos y Sanciones en su párrafo primero, además de enunciar que los estados parte adoptaran las medidas necesarias para tipificar las conductas, menciona elementos importantes que debemos observar dentro de los tipos a estudiar. En el inciso “a” del párrafo 1 en su numeral primero menciona “La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica...” denótese uno de los elementos más característicos del Tráfico: La transacción. Dentro del apartado en el que define la Convención el Tráfico Ilícito refiere sobre todo a la finalidad con la que se realiza la acción del individuo, es decir, la producción, la plantación, la fabricación etc. con fines de tráfico ilícito. En el numeral iii incluye además la posesión o adquisición con fines de tráfico para que se cumplan los requisitos será necesario además el elemento oneroso ya que sería imposible hablar de una venta u oferta si no existe este; a pesar de ello denotamos que el amplio margen de discrecionalidad no lo coloca como un requisito indispensable aunque pareciere un elemento lógico.

La política global de lucha contra el narcotráfico basa su normativa en el prohibicionismo, principalmente con la penalización de las distintas fases del tráfico ilícito de Drogas (posesión, plantación, producción y tráfico), pero que a su vez se ve obligada por el fracaso que ofrece esta clase de política a presentar una alternativa a la punibilidad; el establecimiento de términos comunes ayuda a la unificación de criterios internacionales en la materia, por ello la misma OEA, ha establecido la necesidad de despenalizar ciertas conductas entre ellas la posesión y el consumo, este comportamiento del sistema no representa en ningún momento la pérdida del poder punitivo, sino la flexibilización de la rigurosidad, por ello según criterio de la Organización de Estados Americanos la despenalización la define de la siguiente manera:

Alude a la eliminación de las sanciones penales por el consumo y posesión no autorizada de sustancias controladas, usualmente en cantidades lo suficientemente reducidas como para que califiquen únicamente como dosis personal. En un régimen con despenalización del consumo y de la posesión, ya no hay lugar a sanciones penales como el encarcelamiento...¹⁴²

En este sentido menos riguroso del tipo penal, logramos denotar que los cambios producidos en la sociedad, provocan también una alteración en los criterios de peligrosidad y verdadera afectación al bien jurídico protegido. Si el aumento en el consumo del estupefaciente se vuelve común y existe una sobre carga del sistema penal se puede evitar la aplicación de la ley penal a ciertas conductas que pueden terminar siendo aceptadas por la misma sociedad que se pretende proteger: “es una consecuencia de la evolución de las costumbres en una sociedad, en la que algunos hábitos comienzan a ser aceptados socialmente, a pesar de que legalmente aún sigan prohibidos”¹⁴³.

Resulta obvio que si el proceso final del tráfico nos lleva al consumo y este último esta despenalizado; para evitar que los consumidores sean penalizados, es necesario establecer criterios sobre la finalidad de los delitos relacionados al tráfico, los cuales no deberían vincularse al consumo. Todo consumo necesariamente en algún momento del proceso, necesita la posesión de la droga y todo el proceso para llegar al consumo sigue siendo penalizado, los consumidores habituales, los adictos y los que lo hacen con fines lúdicos buscaran alternativas económicas que incluyen la siembra para fines personales, aunque sobre el consumo ahondaré más adelante, vale la pena reconocer en este momento los elementos del tráfico, entre ellos el dolo de lucrarse mediante un negocio ilícito y no de satisfacer una “necesidad personal”. Es una realidad frente al prohibicionismo el consumidor se comporta de manera que pretende asegurar su dosis e inclusive aumentar la misma, mientras que el amplio margen de discrecionalidad permite criminalizar al grupo, entonces el estado tiene una adicción: “una punibilidad adictiva”¹⁴⁴.

¹⁴² Organización de los Estados Americanos (OEA) Equipo Escenarios,” Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013 – 2025”, OEA, Washington DC: OEA (2012) p13

¹⁴³ Ídem

¹⁴⁴ Uprimny, Rodrigo, Diana Esther Guzmán, and Jorge Parra Norato. “La Adicción Punitiva: La desproporción de leyes de drogas en América Latina”. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2012 p 4

4.3.2 SEGÚN LA LEGISLACIÓN DE HONDURAS

Los delitos contra la salud en materia de drogas en Honduras están regulados en especial por la Ley de Uso indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas. El delito de Tráfico ilícito de drogas se encuentra tipificado en los artículos 5 numeral 34 y el artículo 18 del mismo cuerpo legal, el primero es el acercamiento al concepto por lo que lo establece así:

Tráfico Ilícito: Todo acto dirigido o emergente de las acciones de producir, fabricar, poseer dolosamente, tener en depósito o almacenamiento, transportar, entregar, suministrar, comprar, vender, donar, introducir al país, sacar del país y/o realizar transacciones a cualquier título, de sustancias controladas, financiar actividades contrarias a las disposiciones de la presente Ley o de otras normas jurídicas¹⁴⁵.

Del concepto anterior, es importante establecer que refiere a todo acto “dirigido o emergente” en este sentido lo primero que debemos diferenciar es la acción. Siguiendo la teoría del delito la acción en sentido jurídico es una conducta humana, es la “manifestación de la voluntad dominada y dirigida hacia un resultado”¹⁴⁶. Para Alberto Fernández Madrazo el que actor debe buscar un resultado, dirigirse a una “meta”, una “finalidad”, un “querer algo”; el que omite al contrario su acción da entender que no desea ese “algo”¹⁴⁷. Por ello el concepto inicia encaminando; la acción de dirigir o emerger¹⁴⁸, es decir que el comportamiento del sujeto se encamina a o proviene de. Lo siguiente estableció el legislador en el concepto es que dicho surgimiento de la acción, proviene de otras acciones es así que ha separado y complejizado el tipo penal en sus modalidades formando a su vez categorías distintas a este, por ejemplo ha colocado fabricar, poseer dolosamente, transportar, entre otras. Es así que para saber que una acción se deriva o se dirige al tráfico o que su actuar es doloso es necesario un seguimiento, ya que para que del tipo penal de transporte o posesión de carácter dolosa, pase al tipo de tráfico es indispensable un

¹⁴⁵ Ley de Uso indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas. Artículo 5 numeral 34

¹⁴⁶ Madrazo, Alberto Fernández. “Derecho Penal: Teoría Del Delito”. México D.F. UNAM, 1997.p 11

¹⁴⁷ Ídem

¹⁴⁸ Emerger según el diccionario en línea Actual se puede considerar que el concepto original de este término es salir o aparecer desde la posición.

movimiento dentro de la acción por ello implementa la transacción además de alguna de las modalidades para configurar así el tráfico¹⁴⁹. Por ello debe existir siempre una congruencia entre los hechos y el tipo de delito a incoar al momento de la persecución penal.

Para explicar de mejor manera el tipo, debemos referirnos al precepto penal que lo tipifica: el artículo 18 de la ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes el cual versa “El que trafique con drogas, estupefacientes o sustancias controladas, será penado con reclusión de quince a veinte años y multa de un millón a cinco millones de lempiras”¹⁵⁰. Por lo amplio que resulta este artículo es indispensable su acercamiento al concepto antes establecido. Para la Corte Suprema de Justicia según jurisprudencia CP-375-09, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes implica:

Pues de acuerdo a la literalidad implica movimiento, circulación, entrega, recibo, transmisión de productos y en general intercambio de bienes” y en el caso de autos no fue declarado probado que el acusado XXXX haya realizado tales actos, no obstante que el hecho probado consigna que el imputado dijo que la droga le pertenecía, sin embargo, no se expresa directamente que dicha droga le pertenece, de manera que no se puede colegir de manera alguna que la conducta descrita pueda enmarcarse en el delito de tráfico de drogas no pudiéndose comprender ese hecho probado en la norma aplicada por el juzgador pues el relato fáctico no refiere ni directa ni indirectamente algún tipo de acción que suponga estar ante el tráfico¹⁵¹.

Los magistrados que conocieron de la Casación que motivó el fallo anteriormente expuesto, dejan establecida que la transacción es un requisito indispensable en el tipo penal. Además debemos considerar que si el ente acusador pretende incoar o sustentar una imputación por el delito de tráfico, no basta con el supuesto de que la sola posesión pueda ser dolosa, tampoco si los hechos acaecidos refieren a otra conducta tipificada; enmarcar una conducta dentro del Tráfico de Drogas implica por tanto una idea de “mercantilidad, habitualidad y

¹⁴⁹ CSJ de Honduras Casación CP-375-09

¹⁵⁰ Para señalar la gravedad con la que la legislación pena este accionar, podemos señalar además de la exorbitante cantidad de la penal que la pena impuesta es igual que la del homicidio.

¹⁵¹ CSJ de Honduras Casación CP-375-09

lucro”¹⁵², aunque este último no es indispensable por incluir en el artículo 5 de la ley de Tráfico Ilícito de Drogas el precepto “a cualquier título”, es un elemento que permite referir y distinguir mejor el tipo penal, por ser un requisito de la transacción y la comercialización según el mismo artículo 5 para terceros. La Corte Suprema en la Casación SP 99-2010 aclara que es necesario para que se configure el Tráfico, la intencionalidad de facilitar la droga, estupefaciente o sustancia sicotrópica a terceros y no se configuraría el delito si “no se describen otros elementos que sugieren la participación de terceros ya sea para comprar la droga, distribuirla o canjearla”¹⁵³.

Tabla N° 1. Delito Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

Art.18: El que trafique con drogas, estupefacientes o sustancias controladas, será penado con reclusión de quince a veinte años y multa de un millón a cinco millones de lempiras.	
Sujeto Activo	Cualquier persona que se vincule con tráfico de estupefacientes
Bien Jurídico	La Salud de la Población del Estado
Elemento Objetivo	El objeto material: la sustancia que se pueda considerar droga o estupefaciente.
Elemento Objetivo	Realizar alguna de las modalidades del delito con la finalidad de Tráfico.
Elemento Objetivo	La transacción, la circulación, el movimiento, la entrega y el intercambio.
Elemento Subjetivo	El dolo en la acción
Elemento subjetivo	El ánimo de facilitar el consumo de estupefacientes a terceros.

Fuente: Propia.

¹⁵² Pérez, Teresa Molina. El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Anuario jurídico y económico escorialense, 2005, no 38, Madrid, p. 103.

¹⁵³ CSJ de Honduras Casación SP 99-2010; p11.

4.3.3 EJEMPLO DE ALGUNOS CASOS

Me resulta más didáctico para continuar el desarrollo de la tesis mostrar el ejemplo y exponer cómo mediante el rigor punitivo que se ha establecido y la falta de objetividad de los entes encargados de la persecución penal, se termina afectando y vulnerando los derechos de las personas procesadas, en esencia deja al descubierto sobre todo que la presunción de inocencia se ha convertido casi en un “mito procesal”¹⁵⁴ porque se sabe que existe pero se desplaza por las razones que ya hemos expuesto. El amplio margen de discrecionalidad y la falta de objetividad, provoca la aplicación indebida de la ley penal o de la doctrina, la falta de valoración de la prueba bajo el estándar de las reglas de la sana crítica, ambas causas que motivan una Casación en materia penal. En los siguientes apartados en donde me refiera a la exposición de un ejemplo o un caso, señalaré número de expediente en donde gracias al principio de publicidad y a su estado de firmeza se me permite hacerlo; en algunos otros omitiré los nombres y los números de expediente para preservar la privacidad que ameriten algunos por encontrarse todavía en proceso y sobre todo, porque para efectos de esta tesis lo que pretendemos señalar es sobre todo, que el rigor punitivo trata del mismo modo a los procesados en sus primeros contactos con el sistema penal. Antes del relato explicaré en qué consta la casación en Honduras.

La casación en materia penal en Honduras, es un recurso extraordinario que procede contra las resoluciones definitivas pronunciada por los tribunales de sentencia¹⁵⁵. Da a lugar el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal cuando dados los hechos que se declaren probados en la sentencia, se haya infringido un precepto penal u otra norma jurídica de carácter sustantivo, que deba ser observada para la aplicación de la ley penal o un principio de doctrina legal también de carácter sustantivo¹⁵⁶, procede además por infracción de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Ironizo un poco, el término lo acuño personalmente para hacer referencia a la intrascendencia de la presunción al incluir la prisión preventiva como regla para esta clase de delitos y con la tendencia del ministerio público a incoar indistintamente la cantidad, los requerimientos por tráfico de drogas y esperar a la inicial para su modificación.

¹⁵⁵ Art. 359 Código Procesal Penal de Honduras

¹⁵⁶ Art.360 del Código Procesal Penal de Honduras

¹⁵⁷ Dentro del quebrantamiento de forma el Art. 362 n3 que establece que procede si en la valoración de la prueba no se observaron las reglas de la sana crítica

En el caso con número de expediente CP-375-09 fue presentado el recurso de Casación por parte de la Defensa de los imputados por los motivos de aplicación indebida de la ley penal y la no valoración de los medios de prueba bajo las reglas de la sana crítica. Los hechos que son los que en este momento nos ayudaran a entender mejor los criterios con los que se debe calificar el tráfico son los siguientes exponiendo los mismos de forma breve donde el hecho único con el que se incoa el requerimiento fiscal versa así:

En fecha 21 de diciembre de dos mil siete, como a eso de las siete y treinta minutos de la noche, en el Barrio Las calonas de la aldea del Mocho del municipio de las Vegas del departamento de Santa Bárbara; la policía Nacional Preventiva realizaba un patrullaje de rutina en dicho sector y previamente a la autorización de ingreso a la vivienda, encontró en el interior de un cuarto la cantidad de 169 carrucos de marihuana y dinero en efectivo, por la que en ese momento se procedió a darle captura a B. O. A., posteriormente en horas de la noche compareció el señor O. A. G. R., a la posta policial de dicho Municipio, manifestando a los policías que la droga y el dinero decomisado era de su propiedad¹⁵⁸.

El caso llegó al tribunal de sentencia de Santa Bárbara, en el Departamento que lleva el mismo nombre, se terminó condenando a ambos imputados por tráfico ilícito de Drogas condenándolos a la pena de 15 años de reclusión y una multa de un millón de lempiras. Para apreciación de la Sala de lo penal el precepto penal aplicado por el tribunal de instancia no regula o contiene los hechos probados y no existe congruencia en la valoración de los mismos. De los hechos denotamos que en ningún momento existió un seguimiento por parte de la autoridad que comprobara que existía un movimiento, una circulación, la entrega, la transmisión de productos y en general el intercambio comercial o no, no desprendía de los medios de prueba evacuados que el imputado haya realizado tal acción, a mi criterio, aunque el tribunal no se pronuncia en cuanto al dinero encontrado es de imaginar que ello formaba parte del precepto que utilizó el ente acusador para sustentar la acusación, por lo que es preciso mencionar que la sola posesión de efectivo alguno y cierta

¹⁵⁸ CSJ de Honduras expediente CP-375-09 extraído de la Certificación.

cantidad de droga no necesariamente pueden ser el primero producto del segundo, ya que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, este ente deberá aun caso probar la vinculación entre uno y otro¹⁵⁹. Aunque podríamos perfectamente traer a la discusión las circunstancias por las cuales en su patrullaje la policía priorizo en entrar a la vivienda de las personas procesadas, seguiremos con los requisitos del tipo penal y dejaremos para otro momento tales circunstancias; a pesar de la declaración del segundo imputado¹⁶⁰, no se evacua en el caso ni se expresa “directamente que dicha droga le pertenecía, de manera que no se puede colegir de manera alguna que la conducta descrita pueda enmarcarse en el delito de tráfico de drogas”, no se describe en ningún momento algún tipo de acción que pueda enmarcarse dentro del tipo penal. De hecho el delito de tráfico es modificado por la Sala de lo Penal para el segundo imputado, por el delito de facilitación de local ya que a criterio de los magistrados la conducta se puede enmarcar perfectamente en el tipo; en cuanto al primer imputado B.O.A. los hechos probados no indican en ningún momento su participación dolosa y tampoco se puede enmarcar alguna otra conducta por lo que el tribunal ordena que la persona sea absuelta. Dando con lugar el recurso de casación por los motivos antes mencionados, los imputados obtuvieron cierto grado de justicia y se logró la puesta en libertad de un inocente quien había sido condenado como si se tratara de un narcotraficante, sin proporcionalidad y con todo el rigor punitivo.

La Corte fundamenta su decisión además de los preceptos nacionales, en los tratados internacionales en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo concerniente al debido proceso sobre todo por lo accesible que resulto el recurso en alusión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁶¹. A criterio personal me siento medianamente satisfecho de la lectura de la resolución de la Corte y toca aplaudir la labor del defensor en el proceso; a pesar de ello considero que la corte debió valorar que al momento de existir un fallo condenatorio para los imputados para

¹⁵⁹ La existencia de dinero está ligada a la comercialización. Según el art.5 n 4 Comercialización: Es toda transacción comercial ilegal, compra, venta, entrega, recepción, importación y exportación de estupefacientes y sustancias controladas;

¹⁶⁰ No la declaración narrada en el hecho único, sino la que cumple con los requisitos del artículo 286 del Código Procesal Penal.

¹⁶¹ Aunque en la certificación del fallo no se señala la jurisprudencia de la Corte; uno de los antecedentes sobre la accesibilidad y efectividad de los recursos data de la sentencia Velásquez Rodríguez vs Honduras en 1988.

ninguno de ellos su conducta podía enmarcarse dentro del delito por el que inicialmente fueron condenados y como mencionamos uno de ellos inclusive resulto absuelto, se viola la presunción de inocencia en todo momento. La presunción de inocencia es una garantía que les asiste a las personas procesadas desde el mismo momento de su imputación¹⁶², actúa procesalmente como “una especie de regla probatoria” donde al “no existir una contundencia de pruebas actuadas que no generen convicción al juzgador este debe absolver”¹⁶³. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos la presunción de inocencia según su jurisprudencia tiene un alcance amplio:

Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos¹⁶⁴.

Como la presunción de inocencia resulto vulnerada en todo momento del proceso, el mismo quedo expuesto a una nulidad de los actos procedimentales según el artículo 166 del

¹⁶² Art. 89 de la Constitución de Honduras.

¹⁶³ Tello Ramírez, J. (2003) El indubio pro reo y el principio de inocencia penal INCIPP (Consultado el 18 de febrero de 2016 <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/indubioproreo.pdf>)

¹⁶⁴ CTIDH Caso Suárez Rosero vs Ecuador n° 77

Código Procesal Penal en su numeral 7 “Con violación de los derechos y libertades fundamentales de la persona, consagradas por la Constitución de la República, los Tratados Internacionales de los cuales Honduras forma parte...”; lo cual debió tener como consecuencia una resolución absolutoria para ambos imputados.

4.4 FACILITACIÓN DE MEDIOS DE TRANSPORTE

Este tipo penal según la legislación hondureña se encuentra en el mismo artículo del delito de facilitación de local para el tráfico ilícito de drogas o para el consumo personal. El artículo 22 de la ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes establece que:

Se le impondrá la pena de seis a nueve años de reclusión y multa de cincuenta mil a cien mil lempiras, a quien intencionalmente facilitare el local o los medios de transporte, aún a título gratuito, para el tráfico o consumo ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicos u otras drogas peligrosas¹⁶⁵.

Empezamos nuestro análisis desglosando que la acción que se requiere que el imputado realice es la facilitación del medio de transporte con intencionalidad o el dolo sin importar a que título se ejecute. Facilitación según el Diccionario de la Lengua española es la acción de facilitar una cosa; la acción de hacer una cosa posible o fácil de conseguir o realizar¹⁶⁶. Es decir que, según el concepto que se maneja en el artículo 22 de la ya mencionada ley el delito de transporte de Drogas tiene como comportamiento punible el de hacer posible el tráfico o el consumo ilícito de sustancias sicotrópicas u otras drogas mediante el transporte del material ilícito. No importa por ende si se efectúa el resultado de la acción, de hecho es indistinto a este (tráfico o consumo), ya que lo que se castiga es la acción de facilitar esa es la conducta punible, la mera actividad¹⁶⁷. Se trata de una conducta auxiliar que permite el tráfico o el consumo del estupefaciente.

¹⁶⁵ Ley de Uso indebido y Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas. Artículo 22

¹⁶⁶ Free Dictionary: Gran Diccionario de la Lengua Española © 2016 Larousse Editorial, S.L

¹⁶⁷ Acale Sánchez, María. "Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural." UNIFR, Friburgo. (2003).

Otro concepto que nos debe quedar plenamente claro al establecer la tipicidad es el de medio de transporte. ¿Qué se consideraría un medio de transporte? Por insólita que parezca la pregunta esta se complejiza a medida que los casos concretos se dan en la Litis diaria. De hecho se refiere al medio como instrumento que facilite el transporte, entonces las palabras se dividen en el párrafo, literalmente usa el artículo se refiere a “medios” según el DRAE se usa “para lograr lo que se intenta”¹⁶⁸. En cuanto a transporte refiérase a la acción y “efecto de transportar algo”¹⁶⁹. Esto lo hacemos para diferenciar que la acción que castiga la norma penal es la de trasladar la droga o estupefaciente de un lugar a otro con la finalidad que ya mencionamos, por lo que no implica necesariamente que este tipo de facilitación se ejecute mediante un medio de transporte ordinario.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras en el Recurso de Casación con número de expediente CP-43-10 refieren a la jurista Acale Sánchez quien en su libro explica que el transporte de droga se consuma indistintamente el medio utilizado:

Transporte vale tanto como la acción de trasladar la droga tóxica o estupefaciente de un punto a otro, con ulterior finalidad de transmisión a otro u otros, y puede hacerse mediante el uso de cualquier vehículo o medio de locomoción (ferrocarril, automóvil, embarcación o bicicleta), a lomos de caballerías, o vehículos de tracción animal, o...mediante mujeres porteadoras, las que disimulando debajo de sus ropas, pueden llevar cantidades de hachís o de otras sustancias estupefacientes¹⁷⁰.

De hecho una de las dificultades más grandes que enfrentan las autoridades y en especial los jueces es determinar esta clase de delitos principalmente cuando se presentan las llamadas “narco mulas”¹⁷¹. Si bien este término no se ha usado en Honduras, el mismo se refiere a las personas que son “utilizadas como mulas para trasladar drogas en sus ropas, valijas de doble fondo, adheridas a su cuerpo y en el peor de los casos en su estómago,

¹⁶⁸ DRAE online consultado el 11 de marzo de 2017 <http://dle.rae.es/?id=OIQ6yC8#Bgxrwr>

¹⁶⁹ Ídem

¹⁷⁰

¹⁷¹ Revista veintitrés, “Narcomulas de la Realidad a la Ficción” consultado el 11 de marzo de 2017 <http://www.veintitres.com.ar/article/details/45087/narcomulas-de-la-realidad-a-la-ficcion>

vagina o ano”¹⁷². De hecho, un ejemplo claro del rigor punitivo excesivo lo representa este delito, el cual expone que la legislación en materia de drogas necesita una reforma para determinar un grado para castigar este tipo de delitos, porque resulta insólito sancionar con igual rigor a quien traslada para consumo como a quien traslada para tráfico, esta falta de proporcionalidad tiene como consecuencia la penalización del “eslabón más débil” del narcotráfico¹⁷³. Aunque lo señalaremos en otra ocasión con mayor profundidad el principio de proporcionalidad permite “imponer un castigo como respuesta aceptable al delito, siempre y cuando no sea desproporcionado con respecto a la gravedad de la infracción”¹⁷⁴.

Y es que es necesario recordar el objetivo que se tiene para suprimir el tráfico de drogas en muchas ocasiones una sanción como el encarcelamiento puede ser proporcional, pero en muchas otras esta podría resultar desmesurada e inapropiada¹⁷⁵. Y es que según el informe de la Junta de Fiscalización de estupefacientes de la ONU, se ha entregado mediante los tratados suficiente discrecionalidad a los estados para castigar ciertos delitos algunos con menor rigurosidad ya que si no se desatendería la finalidad de los mismos tratados en materia de lucha contra el narcotráfico incluso “contrariamente a lo previsto en las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal (en particular, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (las Reglas de Beijing))”¹⁷⁶; por lo que debemos incluir que la proporcionalidad debe ir acorde al respeto de los derechos humanos de las personas, por lo que las normas penales no tendrían que vulnerar o suprimir sus garantías judiciales y tampoco los principios internacionales que les resguardan como ser la presunción de inocencia. Para dar un ejemplo el informe mencionado señala el ejemplo de Brasil:

En el Brasil, en virtud de la ley N° 11.343, de 23 de agosto de 2006, una persona que ilícitamente adquiera, posea, almacene, **transporte** o lleve consigo drogas ilícitas para uso personal puede ser objeto de una advertencia, de medidas

¹⁷² Ídem

¹⁷³ Ídem

¹⁷⁴ Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2007. E/INCB/2007/1 p.2.

¹⁷⁵ Ibídem p6.

¹⁷⁶ Ibídem parr.26

educacionales, de la exigencia de prestar servicios a la comunidad y, en ciertos casos, de multas, pero no de pena de prisión.

Y es que antes de entrar al ejemplo de los casos sobre este delito es necesario retomar que en la lucha contra el narcotráfico no se puede medir en función de las personas detenidas ni de las incautaciones, ya que el número¹⁷⁷ de detenidos o de drogas incautadas puede aumentar en razón de las “mulas” detenidas, pero ello tendrá poco impacto o nada en las estructuras del crimen organizado. Habrá que implementar otra clase de políticas, ya que para el crimen organizado estas “mulas” son bajas necesarias y hasta estratégicas.

Tabla N°2: Delito Facilitación de local o Medios de transporte.

Art.22: Se le impondrá la pena de seis a nueve años de reclusión y multa de cincuenta mil a cien mil lempiras, a quien intencionalmente facilitare el local o los medios de transporte, aún a título gratuito, para el tráfico o consumo ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópicos u otras drogas peligrosas	
Sujeto Activo	Cualquier persona que intencionalmente facilite
Bien Jurídico	La Salud de la Población del Estado
Elemento Objetivo	El objeto material: la sustancia que se pueda considerar droga o estupefaciente.
Elemento Objetivo	Facilitar el local o los medios de transporte para el tráfico o consumo de terceros.
Elemento Objetivo	La facilitación a cualquier titulo
Elemento Subjetivo	El dolo en la acción
Elemento subjetivo	El ánimo de facilitar el consumo de estupefacientes a terceros o el tráfico de drogas.

Fuente: Propia.

¹⁷⁷ García-Sayan, Diego. Narcotráfico y Derechos Humanos. Lima: Iniciativa Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2010. P9.

4.4.1 Ejemplo de Caso

En la Casación con número de expediente CP 43-10 cuya fecha de Sentencia fue el 8 de noviembre del 2012, interpuesta por el representante del Ministerio Público con motivo de una Aplicación indebida de la ley penal o doctrina legal. En primera instancia al imputado se le había condenado por el delito de facilitación de medios de transporte para el tráfico ilícito de Drogas pero para el ente acusador no se configuraba el delito mencionado sino que de la relación de hechos que ellos habían logrado probar correspondían al tráfico ilícito de estupefacientes, los hechos acaecidos y que constan en la sentencia, que primero los oficiales se encontraban haciendo las diligencias de otro vehículo que había sido encontrado con sustancias sicotrópicas el cual no podían mover de la carretera por lo que al solicitar auxilio entro a escena el imputado por lo que los hechos tercero y cuarto son los siguientes:

TERCERO: Cuando los policías se encontraban realizando estas diligencias, siendo aproximadamente entre nueve y nueve treinta de la mañana, pasó por el lugar un vehículo tipo pick up, color blanco, marca Chevrolet, placa PBH-2748, mismo que era conducido por el señor **J. L. C.**, quien en un compartimiento oculto en el interior del vehículo llevaba varios paquetes de cocaína hacia un lugar indeterminado, siendo detenido dicho vehículo por los policías con la finalidad de obtener su auxilio para encender el otro vehículo turismo que ya se encontraba detenido. **CUARTO:** En esos momentos, los policías observaron que entre la cabina y la paila del vehículo conducido por el señor **J. L. C.** había pintura fresca y masilla, debido a lo cual decidieron hacer un registro de dicho vehículo y fue así como se cinceló el lugar que tenía la masilla y se encontró el compartimiento oculto que en su interior con varios paquetes. Fue así que el vehículo tipo pick up, marca Chevrolet y el señor **J. L. C.** fueron conducidos hasta la Jefatura Departamental de Danlí, en donde se realizó un registro minucioso de dicho vehículo y se encontró en el compartimiento indicado la cantidad de treinta y cuatro paquetes identificados

con la marca Umbro que contenían la cantidad aproximada de treinta y tres mil ochocientos cuarenta y nueve (33,849) gramos de cocaína¹⁷⁸.

Entre los argumentos del MP radicaba que para que exista el delito de facilitación de medios de transporte, se necesitan que circunscriban dos circunstancias esenciales primero que exista la intencionalidad de facilitar un medio de transporte y segundo que dicha facilitación sea para traficar droga¹⁷⁹. Para resumir los argumentos del ente encargado de la persecución penal señalan que para que exista la facilitación debía existir una segunda persona a quien se le facilita la droga, pero como en los hechos no existía tal persona el agente que efectuaba el ilícito “no es a otro a quien le facilita tal actividad, si no el mismo, entonces lo que realiza son acciones de tráfico de drogas”; porque no existía destinatario, señalaba que se dirigía a un lugar indeterminado y por tanto “el accionar del imputado no es solo de mero facilitador ya que no se presenta de los hechos declarados probados elemento alguno que permita arribar esa conclusión”¹⁸⁰. La ausencia del destinatario es un vacío que según el fiscal nace de los hechos de la información pero no es un vacío de la jurisdicción. Por lo que debería modificarse el precepto por tráfico de drogas al no circunscribirse dentro de los preceptos de la facilitación de transporte.

La Corte resolvió con lugar la casación por infracción del precepto penal ordenando se modifique la sentencia y se condene al imputado por el delito de Tráfico ilícito de estupefacientes. Aclaran en la Casación que el hecho de transportar “no se sanciona de manera más benigna en nuestra legislación” ya que esta acción “constituye una modalidad de traficar”¹⁸¹; para vista de los magistrados era necesario delimitar entre el transporte de droga para el tráfico y el tipo penal de la facilitación, donde la frontera entre ambos es la existencia de un tercero, por lo que recae la acción en el ámbito del tráfico de drogas:

Las exigencias del tipo penal que sanciona el Tráfico de Drogas concurren en el cuadro fáctico, por un lado el sindicado se encontraba en posesión de la droga, ya

¹⁷⁸ CSJ de Honduras Casación CP 43-10

¹⁷⁹ CSJ de Honduras Casación CP 43-10 p9

¹⁸⁰ Ídem

¹⁸¹ Ibídem p14

que la misma se encontraba dentro de la esfera de su dominio al ser transportada en el vehículo que conducía (extremo que, sólo como un punto periférico a reseñar, adquiere mayor realce al estimar el nerviosismo que exhibió y que motivo el registro que permitió el hallazgo de la droga), y por otro lado, encontramos la forma en que está dispuesta la droga, en paquetes que facilitan su manipulación (evidenciando la venta en gran escala y no al menudeo, como se ha acostumbrado a exigir), asimismo la cantidad de la droga supera considerablemente la estimada para consumo personal inmediato, dejando claro que la droga no tiene otro destino que su venta¹⁸².

Del análisis de la Corte en relación a que los hechos se adecuan mejor al tráfico ilícito tenemos que rescatar cuatro elementos esenciales, expondremos sus inconsistencias sin entrar a la profundidad del delito –pues ya hemos abordado el mismo-. La primera que debemos abordar es una general “Las exigencias del tipo penal del tráfico”; aunque el artículo 5 n34 de la ley sobre tráfico ilícito nos hace referencia a una esfera de circunstancias en las que se debe enmarcar el delito hemos establecido que para llegar a la consolidación del mismo es necesario tener la certeza de que dicho accionar en este caso transportar sea un comportamiento “dirigido o emergente” por lo que el seguimiento y la transacción son un requisito indispensable en el tipo penal. Además, debemos considerar que si el ente acusador pretende incoar o sustentar una imputación por el delito de tráfico, no basta con el supuesto de que la sola posesión pueda ser dolosa el cual es el segundo elemento señalado en la sentencia; por ello es necesario porque se debe probar que el comportamiento proviene o se dirige a realizar cierta acción. El tercer punto a señalar, es cuando ellos refieren la forma en que se encuentra embalada la droga, aducen que mediante el análisis de la evidencia que ello indica que la droga se disponía para la venta y no para narcomenudeo “como se había acostumbrado a exigir”, pero es evidente que el tipo penal de facilitación ya exhibe que no importa ni el título a la cual se pretendía ofrecer ya que no distingue de la diferenciación si es para consumo o para tráfico. El cuarto punto, hace relación a que la cantidad es muy superior al consumo personal inmediato¹⁸³, pero ello como generalidad no debe ser un indicativo del tráfico de drogas, en ningún momento la

¹⁸² CSJ de Honduras Casación CP 43-10 relación de hechos.

¹⁸³ El consumo personal inmediato son 5 gramos indistintamente el estupefaciente.

defensa refirió que la cantidad es para consumo y en ningún punto la ley, ni las tablas que ofrece el ministerio publico señalan una cantidad como indicativo, si bien se puede usar el sentido común para determinar tal fin, este mismo debe ir acompañado de medios de prueba que acrediten el seguimiento o la transacción que denoten que la conducta que se pretende atribuir se enmarca dentro del cuadro factico del tráfico de drogas.

En ningún momento el ente acusador probó de manera alguna que esta persona denotaba una conducta dirigida o emergente del transporte, es más hay contradicción en la jurisprudencia del presente caso con el anterior ya que no existió en los hecho ni un movimiento, una circulación, la entrega, la transmisión de productos y en general el intercambio comercial o no, no desprendía de los medios de prueba evacuados que el imputado haya realizado tal acción¹⁸⁴. Otro de los argumentos de los juristas es que el comportamiento del imputado denotaba nerviosismo, pero su comportamiento inicial para ayudar a los agentes no supondría el mismo, además bajo el sentido común que persona que facilita medios para transporte de estupefaciente no exhibiría un comportamiento nervioso si los agentes de la ley están revisando su vehículo.

La no existencia de un tercero para la facilitación es también una exigencia del cuadro para el tráfico¹⁸⁵, por lo que su ausencia en la facilitación no representa un elemento del tráfico. Además, reiterar que estos tipos penal penales son de mera actividad por lo que la ausencia de ese tercero se convierte en un elemento para determinar el tipo, ya que estos delitos excluyen el grado de ejecución de tentativa. En cuanto a esto el agente del ministerio público alude que existe un vacío, pero ni los magistrados ni objetividad con la debe actuar el ente acusador a favor del imputado¹⁸⁶, señalan que los vacíos según el código procesal penal en su “**Artículo 18. Interpretación de pasajes oscuros de la ley.** Los pasajes oscuros o contradictorios de la ley penal se interpretarán del modo que más favorezca a la persona imputada”. Este indicio del principio indubio pro reo como regla de valoración es totalmente olvidado en la sentencia, la falta de objetividad en el actuar del ministerio

¹⁸⁴ CSJ de Honduras Casación SP 99-2010

¹⁸⁵ Ídem

¹⁸⁶ Art.93 del Código Procesal Penal párrafo 2: Deberá investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sean causa de exención o de atenuación de responsabilidad al imputado; asimismo, deberán formular sus requerimientos conforme a ese criterio, aún a favor del imputado.

público es una contradicción directa a la presunción de inocencia de la cual ya hemos establecido, la valoración e interpretación de la prueba vulnera el mismo principio. Es obvio que de los relatos el tipo penal que más se adecuaba era el de facilitación de los medios para transporte ya que no se podía deducir con la escasa prueba su vinculación para el tráfico y aunque lo hubiese el relato del artículo ya incluye dicha conducta dentro del cuadro. En este caso, la sentencia fue nociva para el imputado ya que agravó su situación jurídica incrementando al modificar el delito su pena y la corte emitió una sentencia contradictoria a una jurisprudencia previa.

Es un reto que se debe afrontar cuando una ley penal responde con igual rigurosidad en los casos prescindiendo de la materialidad en los “diferentes niveles de lesividad¹⁸⁷” bajo una interpretación positivista impondrá necesariamente la sanción establecida, en cambio cuando la tipicidad de las conductas no están prevenidas en la ley o difieren de las figuras típicas establecidas, lo que sucede es que el órgano jurisdiccional se verá en una encrucijada y en un acotamiento porque su función es aplicar la ley aunque se trate de delitos que obliguen “hacer punible supuestos de hecho que parecieran insignificantes”¹⁸⁸. Pero el efectivo ejercicio del bloque de constitucionalidad y de un control de convencionalidad que constitucionalmente se ha otorgado a los jueces, permitiría por el contrario una protección de los derechos fundamentales de los individuos sobre el rigor punitivo del estado volviendo a las raíces del porqué del derecho penal. Algo que parece pasar desapercibido en los casos concretos y que sobre todo ayudaría a luchar contra esta forma de “incriminación en cascada”¹⁸⁹.

Es necesario, para tipificar estos delitos, ver el grado de afectación a los bienes jurídicos protegidos y la peligrosidad con la que el agente realmente efectúa el hecho delictivo. Es decir en la política criminal por parte del estado y en su lucha contra el narcotráfico necesita urgentemente evaluar en qué medida realmente se ha visto afectado el crimen

¹⁸⁷Navarro Dolmestch, Roberto. "El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la ley n° 20.000." *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26.1 Chile (2010) p. 138

¹⁸⁸ Ídem

¹⁸⁹ Molina Pérez Teresa *ibídem* p. 109: Para la autora este término significa que lo que pretende la legislación es abarcar todas las fases del tráfico ilegal para evitar las posibles lagunas.

organizado con la criminalización de estos delincuentes de “origen miserable”¹⁹⁰. En el delito de transporte de Drogas o la facilitación de los medios para el tráfico es uno de los puentes de criminalización más amplios, parte de una estrategia de lucha contra el crimen organizado debe ir encaminada a visualizar su *modus operandi* y no se necesita ser agente de inteligencia para saber que las personas reclutadas por los narcotraficantes son elegidas por su alta vulnerabilidad “en lo posible que sean desempleados, mujeres u hombres con deudas, desesperados por su situación económica y familiar”. Por ello, sancionar un grupo al que ya sus Derechos Económicos Sociales y Culturales, han sido brutalmente vulnerados y olvidados, el único resultado que trae es un hacinamiento carcelario¹⁹¹.

De los ejemplos de casos más comunes en la Litis están las personas que introducen droga a los centros penales, estos sujetos son procesados inicialmente por Tráfico de Drogas (por las razones que ya hemos establecido) y posteriormente, al modificarse el tipo quedan por el delito de facilitación de medios para transporte debido a que el cuerpo humano se considera en estos casos un medio. Lo irrisorio al momento de defender estos casos es que el MP incoa siempre por tráfico de drogas “por no tener el dictamen legal”, pero al momento de exponerlos a los medios de comunicación ofrecen a estos hasta las cantidades decomisadas, mientras exhiben a los imputados ante las cámaras¹⁹². En total contradicción con las garantías de las que goza las imputadas al respeto de su integridad psíquica y moral, además de la obligación de los entes de justicia según el artículo 282 “No presentar a los detenidos antes los representantes de los medios de comunicación, preservando su derecho a que se les considere y trate como inocentes y el respeto a su propia imagen”; como si el hecho de ponerles el adjetivo “supuesto” vulnerara menos sus derechos o evitara que tanto los medios de comunicación como los entes policiales convirtieran a estos individuos vulnerables en “bandidos celebres”¹⁹³ para resaltar sus labores en este “combate”. Esta exposición a los medios representa una violación directa a su presunción de inocencia; además para explicar la vulneración a su integridad síquica y moral nos referiremos a que la

¹⁹⁰ Gustavo Duncan *Op cit.*

¹⁹¹ Entre otras consecuencias como establece Diego García Sayan en el libro ya citado.

¹⁹² La Tribuna 2015 “Capturan Seis mujeres que llevaban droga en sus partes íntimas” (consultado el 12 de marzo 2017 <http://www.laprensa.hn/sucesos/834439-410/capturan-a-seis-mujeres-que-llevaban-droga-en-sus-partes-%C3%ADntimas>)

¹⁹³ Duncan Gustavo *op cit.*

corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido sobre que las turbaciones síquicas pueden ser consideradas tratos crueles e inhumanos¹⁹⁴, lo mismo con una detención ilegal, lo que sucede en el caso expuesto es que no hay garantías sobre las condiciones en el que se arrestó a estas personas ya que son expuestas a los medios de comunicación mucho antes de ser presentadas ante un juez y su defensor para verificar que se le ha dado una protección efectiva de sus derechos.

Otro caso de los más emblemáticos y desproporcionados suceden cuando procesan a los conductores del transporte público por la droga encontrada en sus unidades, estando estas operando en horas hábiles y con sus respectivos pasajeros a quienes se brinda un servicio. La dificultad que enfrenta el ministerio público y los entes de investigación en estos casos es la de poder atribuir la acción a una persona específica si el equipaje o medio en el que se guardaba la droga no está en un compartimiento que permita verificar efectivamente quien es el dueño. Como esta clase de decomiso se da en operativos de rutina en las unidades interurbanas el órgano encargado de la persecución penal puede hacer dos cosas la primera como se ha dado en varios casos archivar el expediente ya que no es posible determinar a quién pertenece el estupefaciente¹⁹⁵; y en un segundo caso detener al conductor y al cobrador de la unidad por Tráfico Ilícito de estupefacientes¹⁹⁶. En adelante la defensa y el uso objetivo de la discrecionalidad del juez jugaran un papel preponderante en la situación jurídica de los encausados, ya que no se trata si quiera de una facilitación de medios de transporte sino del sobreseimiento definitivo de los imputados¹⁹⁷.

¹⁹⁴ CTIDH Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°10 sobre Integridad Personal

¹⁹⁵ El Heraldó (2014) “Decomisan 60 paquetes de marihuana” (Consultado el 12 de marzo de 2017 <http://www.elheraldo.hn/sucesos/623967-219/en-autobus-decomisan-60-paquetes-de-marihuana>) En este caso no se reportaron capturas ya que los agentes del orden no pudieron determinar a quién le pertenecía la maleta donde fueron encontradas las bolsas de supuesta hierba marihuana.

¹⁹⁶ El Heraldó (2016) “Decomisan once paquetes de supuesta marihuana en autobús interurbano” (consultado el 12 de marzo de 2017 <http://www.elheraldo.hn/pais/960708-466/decomisan-once-paquetes-de-supuesta-marihuana-en-bus-interurbano>)

¹⁹⁷ Recuerdo las palabras de una juez con la experiencia y el criterio suficiente para determinar dicha resolución lastimosamente por lo que ya expuse no puedo dar el número de expediente, sin embargo los hechos son similares a las noticias que ya he adjuntado en el párrafo, similares y no idénticos. La juez determinó que los imputado debía ser sobreseído porque no podía comprobar el MP que la droga le pertenecía al sujeto esencialmente, ni que su comportamiento denotaba alguna de las modalidades del tráfico de drogas y mucho menos la intencionalidad de facilitación.

4.5 DEL DELITO DE LA POSESION Y EL CONSUMO

Entiendo totalmente si resulta llamativo el título del apartado para el lector pero, considere enriquecedor debido a que el ejemplo principal que abordare en esta parte de la tesis retoma los dos conceptos y hace diferencias que son pertinentes e importantes para finalidad que buscamos perseguir. Previo a lo anterior, es necesario seguir rescatando instrumentos internacionales que aunque no vinculantes si pueden ayudarnos a tener una perspectiva sobre todo critica, de la problemática que estamos abordando. Según la OEA existe un consenso si bien no generalizado, si mayoritario por parte de varios estados miembros sobre la posibilidad de cambiar el enfoque que tienen las políticas de combate en materia de drogas, principalmente porque estas no ofrecen los resultados que esperaban; rescatando conceptos de carácter controvertido por parte de la ONU como ser la “reducción del daño” como un enfoque de política que permita reducir los daños sociales e individuales como encarcelamientos en masa y violaciones a los derechos humanos¹⁹⁸.

El principio de proporcionalidad es históricamente introducido para regular el *ius puniendi*, persiguiendo la intervención mínima por parte del Estado, que depende de la finalidad que se pretende perseguir y el medio que se utiliza para llegar a este; refiere sobre todo a su aplicación a un caso concreto, donde la restricción de libertad debe sujetarse no solo a los valores y derechos inherentes de la persona, sino en relación al bien jurídico que pretende proteger y al daño que se le ha causado a este, íntimamente ligado al principio de legalidad¹⁹⁹. Es decir y como define la OEA este principio en materia penal “permite el castigo como una respuesta aceptable a la delincuencia, siempre y cuando no sea desproporcionada en relación con la gravedad del delito”²⁰⁰.

Según el mismo informe de la OEA, algunos líderes latinoamericanos hacen un llamado a que exista un debate abierto sobre la necesidad de modelos distintos de regulación y

¹⁹⁸ Organización de los Estados Americanos (OEA) Equipo Escenarios (2012), “Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013 – 2025”, OEA, Washington DC: OEA p46.

¹⁹⁹ Rojas, Ivonne. "La proporcionalidad en las penas." *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, Cuarta época 3 (2008): p276

²⁰⁰ Organización de los Estados Americanos (OEA) Equipo Escenarios (2012) *Ibíd*em p47

tratamiento de sustancias diferentes, a la cannabis²⁰¹. El debate se detiene debido a las distintas realidades que aluden los países, a pesar del consenso sobre la falta de resultados positivos que deja la penalización del consumo y de la posesión de drogas sobre todo, algunos de los países insisten en el uso del derecho penal como una solución al problema, además porque de actuar diferente lo que se lograría es contradecir las tres convenciones vinculantes en la materia (1961, 1971 y 1988), surge también por ende la necesidad de revisar las mismas como parte de la agenda internacional²⁰².

Para Honduras el panorama resulta más difícil, ya que debemos trabajar en esa “reducción de daños” algunos de ellos ni siquiera han sido evaluados por las instituciones encargadas de la protección de los derechos humanos, para comenzar no se distingue entre el consumo dependiendo el tipo de estupefaciente y someten al costoso sistema penal la determinación del mismo. Todavía en un horizonte más lejano se observa de reojo los derechos humanos que generan un conflicto con la normativa internacional -a pesar de un bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad-, que fortalecen derechos como el libre desarrollo de la personalidad y los derechos culturales e indígenas²⁰³.

Según lo revisado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre los resultados hechos por el comité de expertos, las recomendaciones para el pasado 2016 son de eliminar la cannabis de la lista I y IV y la hoja de coca de la lista I de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, aunque con lleve un gran debate político²⁰⁴. Se trata de tratar la problemática del consumo y la posesión como un problema de salud y no como delitos contra la salud.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, fortaleció las intervenciones contra el lavado de activos, regulo lo relacionado con sustancias químicas y enfatizo en la tarea de sancionar fuertemente los delitos de tráfico tomando en cuenta “la gravedad de esos delitos”²⁰⁵.

²⁰¹ Ibídem p53.

²⁰² Ídem

²⁰³ Ibídem p51

²⁰⁴ Ibídem p52

²⁰⁵ Art.3 de la Convención de la ONU de 1988

Excluye de la sanción al consumo personal pero si sugiere en atención a la normativa interna la penalización de la posesión aun para consumo personal²⁰⁶. Para el Colectivo de Estudio de Drogas y Derecho (CEDD) otra situación a visualizar sobre la sanción del consumo es que el estado se acerca a las personas dependientes de drogas desde un primer momento mediante entes policiales, fiscales y jueces²⁰⁷. Para el mismo centro de estudios el hecho de considerar la posesión como delito aunque el consumo este despenalizado en algunos países, tiene como consecuencia “inevitable” la “criminalización de los consumidores debido a que todo consumo, en algún momento implica la posesión”²⁰⁸.

La descripción de la conducta de la posesión representa un eslabón sencillo de explicar: todo consumidor necesita previo a la acción de consumir su estupefaciente, poseerlo y de cierta forma como toda droga, la posesión inmediata para ser consumida no necesariamente implica la dosis mínima de consumo; aun así la determinación del dolo en la conducta está sujeta a la determinación de las personas encargadas del sistema penal en sus distintas etapas. El problema que generan tipificar estas conductas con un margen muy amplio de discrecionalidad en los supuestos que puedan determinar la finalidad de la acción y sobre todo cuando la normativa permite prescindir de pruebas para demostrar la intencionalidad del agente²⁰⁹, provoca que los consumidores por distintas índoles (fines lúdicos o drogodependientes) ingresen al sistema penal y como consecuencia se criminalice a un grupo vulnerable.

4.5.1 POSESIÓN:

Los delitos de posesión sancionan la mera posesión de los objetos u cosas, aunque se puede abordar desde distintas perspectivas, la que atiende a la posesión de drogas, se clasifican dentro de aquellos que se deben a la peligrosidad de los objetos poseídos, que por su

²⁰⁶ Art.3 N2 Convención de la ONU 1988

²⁰⁷ C. E. D. D. (2015) "La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores de drogas en América Latina." (consultado el 14 de marzo 2017 en http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Catalina_v09.pdf) p5.

²⁰⁸ *Ibíd*em p6

²⁰⁹ *Ibíd*em p9

naturaleza atiende la misma²¹⁰. La ley de tráfico ilícito de estupefacientes establece en su artículo 5 n27, la definición de posesión como la “tenencia ilícita de sustancias controladas, materia prima o semillas de plantas de las que se pueden extraer sustancias controladas”. El concepto de sustancia controlada se encuentra en el mismo artículo en su numeral 33 donde establece que es “Toda sustancia peligrosa, fármaco, droga, estupefaciente, narcótico y psicotrópico, natural o sintético fiscalizada por el Estado”. La guía para establecer los “estupefacientes” además de las establecidas en la ley antes mencionada se extiende a cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes²¹¹.

La ilicitud de las sustancias es sencilla de establecer el estado ya ha regulado una lista de sustancias (mencionada su ubicación normativa en el párrafo anterior) cuya sola tenencia es ilícita. La tenencia como acción es mencionada en el tipo penal del artículo 24 estableciendo así el delito de posesión: “El que con fines ilícitos tenga en su poder sustancias químicas, básicas y esenciales, así como insumos para la fabricación de drogas que produzcan dependencia, será castigado con reclusión de tres a seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil lempiras”.

El planteamiento de la defensa en el expediente CP 357-2009, el cual estudiaremos al final de esta sección, me pareció interesante así que decidí buscar cierta información sobre sus argumentos relativos al derecho penal sustantivo español y es la parte que desarrollaré en este momento. Para Carlos Aránguez Sánchez, profesor de la Universidad de Valencia los criterios para determinar la posesión han cambiado históricamente en el país ibérico en aras

²¹⁰ Ambos, Kai. "La posesión como delito y la función del elemento subjetivo: reflexiones desde una perspectiva comparada." BOOKS vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550 p60

²¹¹ La Convención única de 1988 también hace referencia en su artículo 1 al listado brindado por la convención de 1966.

de la seguridad jurídica, trazando una línea divisoria entre la posesión orientada al autoconsumo y aquella cuya finalidad es el tráfico²¹².

Para el jurista español, la gravedad de acción se centra en los elementos subjetivos del delito; y es que el elemento objetivo como ya pre visualizamos anteriormente no representa problema, ya que se trata de un delito de mera tenencia. En cuanto el elemento subjetivo como en otros delitos la carga probatoria resulta compleja, ya que no se realiza durante prueba directa sino indiciaria²¹³, que se determina mediante todo el proceso previo, durante y posterior a la acción. Nos continua ilustrando el autor que el Tribunal Supremo español tuvo inicialmente una interpretación de que toda tenencia con llevaba una presunción “*ed lege con destino del tráfico*”²¹⁴; este criterio denominado por Aránguez Sánchez como “inquietante”, fue rectificado con posterioridad por el máximo órgano de impartición de justicia en España, estableciendo que el indicio puede ser susceptible de varias interpretaciones y que todas ellas deben seguirse con estricto apego al *indubio pro reo*²¹⁵. Claro para la legislación del país ibérico uno de los indicios que ayudan a constituir la predisposición de la tenencia es la cantidad y no con el criterio que establece aquella que supere la dosis del consumo personal inmediato, si no superior a lo que podría consumirse en 3-5 días. Tomando en cuenta que el criterio no señala que es 3 o 5 veces mayor al consumo personal inmediato, sino lo que un consumidor podría ingerir a su organismo en 3-5 días. La defensa del caso ante el tribunal hondureño además hizo énfasis en los distintos tipos de indicios que recoge el autor antes citado²¹⁶:

²¹² Aránguez Sánchez Carlos. (1999) “Criterios del Tribunal Supremo para determinar el ámbito de lo punible en Delitos de Drogas”. RECPC 01-04 (consultado el 18 de marzo de 2017 http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-04.html)

²¹³ Ídem: La tenencia pre ordenada al tráfico "es de por sí equívoca y, en cuanto proyectada sobre algo de futuro, difícil de acreditar mediante prueba directa".

²¹⁴ Según la Enciclopedia jurídica en línea: De una manera muy general, pueden clasificarse las obligaciones en dos grandes categorías; aquellas que tienen su origen en la voluntad de las partes (contratos y voluntad unilateral) y las que nacen de la ley. Dentro de estas últimas, cabe distinguir las que surgen de hechos ilícitos. (De Enciclopedia Jurídica 2014)

²¹⁵ Aránguez Sánchez C. ídem

²¹⁶ A pesar de ello debo aclarar que en la casación no menciona al autor de dicho análisis pero para proteger su trabajo, aquí me dedique a buscar la raíz de los argumentos presentados encontrando no solo la jurisprudencia, si no a su vez al jurista español que recopiló la jurisprudencia española.

Las relativas a la droga ocupada, (cantidad, variedad, pureza y presentación) las relativas a la ocupación (tenencia de instrumentos o materiales, bien para la elaboración o distribución de la droga, o bien, por el contrario, para su consumo; el hallazgo, junto con la droga, de cantidades de dinero inusuales; el lugar y el momento en el que se ha realizado la ocupación de la droga). De modo que no estando constatada operación de tráfico alguno, solo ante múltiple y claros indicios podría condenarse por tenencia pre ordenada al tráfico²¹⁷;

Bajo este análisis rápido podemos establecer que para probar la tenencia con fines ilícitos es necesario el estudio de varios elementos indiciarios, que permitan al juez determinar la finalidad con la cual se tenía en posesión el estupefaciente; de continuar el criterio de presunción de tráfico, ante todo aquel que tenga en su poder cantidad mayor a la del consumo personal inmediato, implica hace mayor énfasis en la presunción de peligrosidad de los individuos, que en la presunción de inocencia y el indubio pro reo. El no exigir elementos adicionales para justificar la persecución penal, sobre todo cuando puede ser para autoconsumo la posesión y por ende no daña a terceros, provoca el encarcelamiento de sujetos que no deberían ser objeto de esa persecución. Y como ha establecido el CEDD “si la posesión no es una conducta que por sí misma dañe a terceros ¿Por qué se tipifica como delito?”, la finalidad de las convenciones y del legislador nacional es detener el comercio, el suministro, el enriquecimiento y tráfico de drogas, para proteger la salud de los terceros, que en este caso, no existen.

Tabla N° 3: Delito de Posesión

Artículo 24. El que con fines ilícitos tenga en su poder sustancias químicas, básicas y esenciales, así como insumos para la fabricación de drogas que produzcan dependencia, será castigado con reclusión de tres a seis años y multa de veinte mil a cincuenta mil lempiras.	
Sujeto Activo	A quien posea la droga u otros insumos.
Bien Jurídico	La Salud de la Población del Estado

²¹⁷CSJ de Honduras: CP 357-2009 parte III en cuanto a los argumentos del Recurrente.

Elemento Objetivo	La mera posesión sobre el estupefaciente a sabiendas de su ilicitud.
Elemento Subjetivo	El dolo en la Acción.
Elemento subjetivo	La sola posesión es tiene fines dolosos.

Fuente: Propia.

4.5.2 EL CONSUMO PERSONAL

El consumo se define según la Organización Mundial de la Salud (OMS), tanto para drogas y para alcohol, como la autoadministración de una sustancia psicoactiva²¹⁸. El hecho de que el máximo organismo internacional en materia de salud aluda en conjunto en su glosario los términos para referirse a las distintas formas de consumo del alcohol y las drogas, es porque se trata de sustancias psicoactivas que generan dependencia, según los informes tienen una clara influencia en factores psicosociales, ambientales, biológicos y genéticos²¹⁹; debido a estos factores que influyen en el consumo de sustancias sean lícitas o ilícitas, el ex director de la OMS Dr. Lee Jong Wook, manifestaba en su momento que “la comunidad de salud pública tiene que prestar más atención a los problemas sociales asociados con el consumo de tabaco, alcohol y sustancias ilícitas... y es necesario dar una respuesta normativa apropiada para abordar esos problemas”²²⁰.

Otro término del cual nace los conflictos en relación al consumo y que podemos rescatar del Glosario de la OMS es el de “Consumo Excesivo” el cual refiere el organismo internacional que no es el término correcto para referirse al consumo que sobrepasa el consumo moderado, sino que debe usarse el llamado “Consumo en Riesgo” el cual es un patrón de consumo de sustancia que eleva el riesgo de sufrir consecuencias nocivas para el

²¹⁸ OMS “Glosario de términos de Alcohol y Drogas” MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO CENTRO DE PUBLICACIONES Pº del Prado 18. 28014 Madrid (2008) p 26.

²¹⁹ OMS “La dependencia de sustancias es tratable, sostiene informe de expertos en Neurociencias” (Consultado el 25 de marzo del 2017 <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2004/pr18/es/>)

²²⁰ Ídem

consumidor²²¹. También rescatamos el llamado Consumo Problemático²²², utilizado para referirse al alcoholismo como una enfermedad en los años 60, este término es ahora utilizado a su vez para referirse al problema del consumo de drogas, es decir que por deducción estaríamos diciendo que también el consumo excesivo de drogas podríamos catalogarlo en algunas circunstancias psicosociales y en referencia a hábitos de salud, amparado en las investigaciones neurocientíficas de la OMS y la referencia de la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (UNODC) para referirse al problema, podría estarse tratando un problema de salud como una enfermedad o un trastorno²²³, como un delito.

La ley sobre uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Honduras define Consumo en su art. 5 n° 5 que se “entiende por consumo, el uso ocasional, periódico, habitual o permanente de sustancias controladas y que encierren el peligro de la dependencia”. Enmarca la legislación hondureña en dicho concepto las distintas facetas que puede atravesar un consumidor al momento de satisfacer su necesidad de consumo de sustancias psicotrópicas que puedan provocar dependencia. Pero el tipo penal se encuentra en el artículo 26 el cual establece el llamado Consumo Personal Inmediato:

La persona que sea sorprendida en posesión de cigarrillos de marihuana o su equivalente en hoja seca o pasta básica o de cualquier otra droga que produzca dependencia, en una cantidad mínima, tal que, de acuerdo con el dictamen del Departamento Médico Legal del Poder Judicial o de un médico empleado por el Estado, a falta de aquél, sea considerado para su consumo personal inmediato, se le aplicarán las siguientes medidas de seguridad:

a) Por la primera vez, internamiento hasta por 30 días y multa de quinientos a un mil lempiras;

²²¹ Ibídem p27

²²² OMS: **Consumo problemático (drinking, problem)** Patrón de consumo que provoca problemas, ya sean individuales o colectivos, de salud o sociales.

²²³ UNODC en el “Informe mundial sobre las drogas 2015” refiere como un trastorno el problema para algunos consumidores: “La magnitud del problema mundial de las drogas se hace más evidente si se tiene en cuenta que más de 1 de cada 10 consumidores de drogas es un consumidor problemático que sufre trastornos ocasionados por el consumo de drogas o drogodependencia”.

- b) Por la segunda vez, internamiento de 30 a 90 días y multa de mil a cinco mil lempiras; y,
- c) Si se tratare de un fármaco dependiente o drogadicto, será internado en un centro de rehabilitación para su tratamiento hasta lograr su resocialización; esta medida se aplicará aun tratándose de la primera vez. La misma medida se le impondrá a quien sin ser fármaco dependiente, reincide por tercera vez y multa de cinco mil a diez mil lempiras.

En los casos en que la posesión o tenencia exceda de la cantidad mínima considerada para consumo personal inmediato, se entenderá como violación al Artículo 18 de esta Ley²²⁴.

Lo primero que nos establece el artículo anterior es el hecho de que la persona debe ser “sorprendida” en el acto, es decir, que uno de los requisitos es la flagrancia²²⁵. Otro elemento que debemos resaltar es el orden en el accionar delictivo, lo que significa, que para que primero se llegue a determinar que la droga es para un consumo personal²²⁶, esta debe ser poseída por el sujeto activo. En este artículo podemos percatarnos que no hace diferenciación entre los diversos tipos de drogas e inclusive no señala la cantidad del consumo personal inmediato el cual se determina según el dictamen presentado por el MP de forma general con límite de 5 gramos para cualquier estupefaciente. No es, el único elemento a considerar para tipificar el consumo habrá que tomar en cuenta los elementos subjetivos e indiciarios sobre todo el proceso previo, durante y posterior a la acción.

En cuanto a las medidas de seguridad no existe forma de hacerlas efectivas, aunque se determine después de haber pasado la detención judicial el imputado que la dosis encontrada es para el consumo personal inmediato, tal y como afirma la Comisión

²²⁴ Ley sobre uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes art. 26

²²⁵ El latín *flagrans* significa que se está ejecutando en el momento.

²²⁶ El dictamen médico legal que establece la cantidad de droga es presentado por el MP en la audiencia inicial.

Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) en su Informe de Evaluación sobre el control de Drogas del año 2014 sobre Honduras:

Honduras no cuenta con un proceso de acreditación para los centros de tratamiento de drogas. La coordinación con los servicios relacionados con el tratamiento y rehabilitación es parcial, no es sistemática y depende de acciones personales. Los establecimientos del sistema de salud pública no cuenta con sistemas de monitoreo de los programas de tratamiento y rehabilitación.

Y parafraseando al jurista español Aránguez Sánchez “la inquietante” parte de este artículo transita en su último párrafo, donde señala muy ampliamente que “En los casos en que la posesión o tenencia exceda de la cantidad mínima considerada para consumo personal inmediato, se entenderá como violación al Artículo 18 de esta Ley”. El artículo 18 es aquel que tipifica el tráfico ilícito de estupefaciente, por lo que establece en otras palabras y siendo positivistas de la forma más pura que del consumo al tráfico solo existe un gramo; por ello es importante los otros elementos de los delitos que ya hemos mencionado. Aunque abordaremos en la siguiente parte con el ejemplo del caso más en específico algunos elementos del consumo, cabe resumir parte del proceso de los consumidores en la judicialización de sus casos.

Cuando la persona es sorprendida en posesión de cigarrillos que contienen supuesta hierba seca marihuana, la policía lo aprehenderá respetando todas sus garantías judiciales (artículo 286 y 101 del CPC de Honduras) y lo remitirá a la posta policial más cercana (entregada a la autoridad más cercana) donde dentro de las 6 horas siguientes lo pondrá a disposición del Ministerio Público²²⁷. En lo que se realiza la investigación se ordenara la detención preventiva:

Toda detención preventiva será puesta sin tardanza en conocimiento del juez competente y en ningún caso podrá exceder de veinticuatro (24) horas o cuarenta y ocho (48) en aquellos casos en que investiguen los delitos de investigación

²²⁷ Art.175 del Código Procesal Penal de Honduras.

complejas, acusa de la multiplicidad de los hechos relacionados, dificultades en la obtención de pruebas o por elevado número de imputados o víctimas²²⁸.

Judicializado el caso la audiencia que primero se realizara en presencia del imputado y su abogado defensor es la Declaración de Imputado, donde se determinara la medida cautelar a imponer y será el primer momento para rendir declaración, solicitar alguna nulidad por razones de su detención etc. Como en ese momento no se cuenta con el dictamen legal que establece la cantidad de droga incautada y en razón de los amplios márgenes que hemos desarrollado hasta esta parte, el ente acusador incoa requerimiento fiscal en el expediente de mérito con un delito grave (casi siempre por Tráfico de Drogas aunque los hechos señalen otro tipo penal), para lograr detención judicial o prisión preventiva debido a encontrarse dentro del catálogo de delitos que prohíben medidas cautelares distintas. Hasta que se señale el día y la hora para la celebración de la audiencia inicial (dentro de los 6 días siguientes), donde se evacuarán los medios de prueba incluyendo el dictamen que determina la cantidad de la droga; aquí se puede argumentar el consumo personal inmediato, pero si los medios de prueba y el dictamen no “convencen” al juez de que el imputado es consumidor o cabe el delito de posesión de droga, entre otras circunstancias procesales y se dicta auto de vinculación al proceso habría que continuar con el proceso penal y pasaría a la etapa intermedia donde cabría solicitar un sobreseimiento, sino se solicita alguna medida alterna dependiendo el caso, de lo contrario el auto de apertura a juicio y la remisión del expediente sería el proceder; hasta llegar a la fecha donde se inicia el juicio oral y público, que siguiendo el tiempo estipulado para la prisión preventiva podría estar una persona privada de su libertad de 1 a 2 años dependiendo el delito hasta que se lleve a cabo el juicio. En cualesquiera de los casos siempre el requerimiento fiscal es incoado por un delito más grave del que de los hechos se desprende cuando se trata de materia de droga, “arrojando” una nueva presunción de “culpabilidad” o como diría el abg. Jorge Vicente Paladines del CEDD defensor público ecuatoriano muy acertadamente menciona que “Se trata de dos *falsos positivos*, esto es, de personas presentadas y detenidas

²²⁸ Art.176 ídem

realmente ante la justicia como traficantes, a pesar que más adelante se haya demostrado que eran personas inocentes”²²⁹.

4.5.3 EJEMPLO DE CASO DE LA EL DELITO DE POSESIÓN Y EL CONSUMO.

Según la Certificación de la Sentencia del recurso de Casación interpuesto ante la Sala de lo Penal en Tegucigalpa, Francisco Morazán con número de expediente CP-357-2009. Según versa la certificación en fecha cuatro de septiembre del año dos mil nueve el tribunal de sentencia de Tela Departamento de Atlántida, condeno a A.C.A. por el delito de Tráfico ilícito de Drogas en perjuicio de la Salud Publica, a la pena principal de 15 años de reclusión y una multa de un millón de lempiras, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil; interponiendo ante la Sala de Penal el recurso de casación por infracción de ley por parte de la defensora del imputado. Según la relación de hechos versa:

HECHOS PROBADOS Primero: Que el miércoles nueve de abril de dos mil ocho un informante anónimo llamó a la Policía Nacional de Tela indicando que en la Aldea..., en una vivienda en construcción se encontraba una persona supuestamente vendiendo drogas. **Segundo:** Inmediatamente fue alertada una radio patrulla que de inmediato se dirigió a dicho lugar donde estaba A. C. A. y dos individuos más a quienes los agentes requirieron para efectuar un registro personal, hallando en una mariquera que A. llevaba en la cintura doce envoltorios de papel periódico conteniendo marihuana en su interior con peso neto de 35.5 gramos. **Tercero:** A. fue detenido y conducido a las oficinas de la policía Nacional de Tela y puesto después a disposición Fiscal y judicial²³⁰.

El censor al estar en desacuerdo con la calificación judicial del tribunal de sentencia, motivaba su recurso aludiendo que objetivamente no existió en el comportamiento del

²²⁹ Vicente Paladines J. “Propuesta Sanitaria frente al Uso ilícito de Drogas en Ecuador” en CEDD En busca de los derechos: Usuarios de Drogas y las respuestas estatales en América Latina. Véase www.drogasyderecho.org México (2014) p106.

²³⁰ CSJ de Honduras Recurso de Casación con número de expediente CP-357-2009

imputado actividad alguna que hiciera alusión a la acción de Tráfico que implica según lo que abordamos ya: movimiento, circulación, entrega, recibo, transmisión de productos y en general intercambio de bienes; y además hace referencia a los elementos objetivos y subjetivos del tráfico, como mencionamos con anterioridad el subjetivo es el que plantea un problema esencial para ser probado y resumiendo el argumento que ya expusimos, entre la interpretación que debe hacer el tribunal ante la ausencia de estos elementos de prueba tendrá “que jugar el indubio pro reo pues señala que el indicio aislado generalmente se ofrece inconsistente y ambiguo, por ello la mayoría de las sentencias exigen la presencia de pluralidad indiciaria”²³¹. Como vemos en los hechos además de la constante llamada anónima, los policías en ningún momento logran ver al entonces imputado realizando actividad alguna que refiera seguimiento en la circulación o transacción de la droga, otro de los elementos generalmente alegados y que sustenta las acusaciones incoadas no se presenta en este caso como ser la presencia de dinero alguno en posesión del individuo, siendo entonces la cantidad de droga decomisada el único indicio que podría sustentar tal delito, siendo esto insuficiente para un tipo penal de tal magnitud. Sin embargo como reitera el defensor del imputado “el ente acusador no allego al juicio suficientes elementos de prueba” pero los presentados fueron idóneos para destruir la presunción de inocencia que asiste al imputado en la interpretación de los hechos; por lo que fue certero por parte del censor pedir la absolución de su representado, existe una desproporción muy grande entre los hechos probados y el delito por el cual fue condenado la persona.

En la resolución, el tribunal hace referencia que no se aprecia la concurrencia del delito de tráfico ilícito de drogas, sino que corresponden a otro injusto, se subsumen el tipo penal de posesión de marihuana para el consumo personal, menciona el tribunal que “más allá de las discusiones doctrinarias alrededor de si el consumo es o no un tipo penal, resulta obvio para la sala que al sancionarse el consumo, además de un internamiento, con multa, no puede sino interpretarse a las luz del artículo 38 del código penal”. Aunque los magistrados no profundizan en cuanto a dicha descripción lo haremos ahorita, estableciendo en primer lugar el contenido del artículo 38:

²³¹ CSJ de Honduras Recurso de Casación con número de expediente CP-357-2009 argumento del Censor p3.

Artículo 38. Las penas se dividen en principales y accesorias: *Son penas principales:* La reclusión, la prisión, la multa, la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial. *Son penas accesorias:* La interdicción civil y el comiso.

La inhabilitación absoluta o la especial la impondrán como pena accesoria a la de reclusión, siempre que la ley no la imponga como pena principal en determinado delito²³²

El relato es fácil de interpretar si el consumo personal inmediato no fuera delito, se evacuaría en etapa administrativa y no tendría que someterse a su judicialización para determinar sus elementos; además como ha establecido el artículo anterior la multa es una pena principal y siendo establecido el consumo dentro de la tipicidad de la acción aun en cantidades mínimas la conducta está regulada y dentro de los límites del principio de legalidad. No es una conclusión que pretendemos justificar, sin embargo, deja claro que aunque en otros países de Latinoamérica (de hecho la gran mayoría), se ha reformado la posesión y el consumo a modo de despenalizar los mismos y solo sancionar cuando de dicha acción se afecte a terceros²³³.

En nuestro país, urge una reforma en este sentido adecuando la legislación en materia de drogas a los derechos humanos en atención como estado garante según la Convención Americana de Derechos Humanos y al respeto a las garantías de las cuales gozan las personas en un proceso penal (art.2, 8 y 25 CADH), entre otros la problemática la representa esta forma de abordar el problema del consumo que termina vulnerando parte del bien jurídico que pretende proteger, de hecho el derecho a la salud, a la libre determinación, a la autonomía persona, son algunos ejemplos y en los casos abordados como hemos visto en ningún momento se puede medir el daño causado al bien tutelado. Parte de lo que debemos mejorar es determinar inclusive los distintos fines del consumo sino estaríamos excluyendo realidades de una sociedad como afirma la CEDD:

²³² Código Penal de Honduras

²³³ Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) (2014), En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina, México: CEDD,(Consultado el 25 mar. 17 http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/reportecompleto.pdf)

Se afirma el convencionalismo social que considera al uso ilícito de drogas como una trasgresión misma a las reglas de comportamiento generalmente aceptadas, según las cuales todo transgresor es simplemente un *desviado*. Esta noción ha influido no solo en el espacio privado –tal como ocurre en la familia–, sino además en el estado. Ambos sectores no solo ven en la rehabilitación de las dependencias o adicciones un mecanismo de curación, sino también una forma de exclusión o separación del espacio público²³⁴.

Volviendo a nuestra sentencia y ejemplo del caso, la Corte Suprema de Justicia es del criterio que la existencia de medidas post delictuales solo pueden imponerse cuando el sujeto ha demostrado su peligrosidad mediante efectiva comisión de un delito y por ende “el legislador ha concebido el consumo como un delito, sancionado con una multa y una medida de seguridad²³⁵. Para los magistrados las valoraciones de los medios de prueba llevan a concluir que la droga no puede “ser destinada para otra cosa más que para el consumo” y por tanto no es factible calificar los hechos como tráfico. Además son del criterio que el dictamen toxicológico es vinculante únicamente para demostrar la clase de droga del cual era poseedor y no para determinar que sería usada para el tráfico de estupefacientes; esto último es necesario establecerlo y recalcar la valoración objetiva que se debe hacer en cuanto los dictámenes periciales de distinta índole, es a su vez un llamado a los jueces para que su interpretación sea estricta en cuanto al último párrafo del art.26 de la ley de tráfico de drogas, por ello mencionan en cuanto a la valoración del dictamen como un medio de prueba más:

Como tales opiniones han de estar sometidos, al igual que el resto de los medios probatorios utilizados en el proceso, al principio de libre valoración de la prueba que demanda, prioritariamente, una conjunta valoración sin conceder “a priori” valor superior a un medio sobre otro. Si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que entonces se reconoce al órgano judicial la facultad de llevar a cabo esa conjunta valoración de la prueba, que permite estimar que la verdad del hecho no es

²³⁴ Vicente Paladines J *op cit* p101.

²³⁵ CSJ de Honduras Recurso de Casación con número de expediente CP-357-2009 *op cit* p6.

la que aparece expuesta por la prueba pericial sino la que ofrecen otros medios probatorios²³⁶.

Por ello, concluyen que la valoración de los indicios y las pruebas debe hacerse en conjunto y en la sentencia resuelven que la droga decomisada estaba destinada para el consumo personal, pero encuadran la acción en el delito de posesión de droga para el consumo personal; de igual manera la legislación no les brinda un margen más amplio, es de considerar que al haber sido condenado en primera instancia por un delito desproporcionadamente alto su presunción de inocencia fue altamente violentada, se trataba de un “falso positivo”.

De hecho, en los tribunales de letras estos casos son muy comunes por ejemplo otro caso que muestra el rigor punitivo excesivo con el que se castiga este delito es el de una persona mayor de 70 años, había sido capturado en una población aledaña a la ciudad capital debido y cito: a una denuncia anónima que señalaba que al lado de una piedra había alguien consumiendo marihuana. En el expediente venía acusado por el Delito de Tráfico Ilícito de estupefacientes, ya que desconocía el ente acusador la cantidad (el dictamen como los demás medios de prueba tendrán que evacuarse en la inicial) de la supuesta droga decomisada, que se encontraba en una bolsa plástica conteniendo en su interior un par de cigarrillos con supuesta yerba marihuana, la edad del señor abrió un debate muy enriquecedor en la audiencia entre la juez, el fiscal y mi persona, sobre todo para la determinación de la medida cautelar en lo que yo defendía la excepción a la prisión preventiva (también abarca la detención judicial), el fiscal insistía en la oficiosidad de la medida privativa de libertad que mandaba la reforma; el juez por su parte agitaba la cabeza mientras miraba al imputado y luego el expediente, no quería, pero debía fallar a favor de la reforma. En la entrevista con mi defendido debía explicarle sobre la oficiosidad de la medida privativa de libertad por el tipo de delito que se estaba incoando en el expediente y que debía ir a prisión mientras llegaba la fecha de la siguiente audiencia. En la audiencia inicial seis días después se modificó el tipo penal a Consumo Personal.

²³⁶ *Ibíd*em p7.

Tabla N°4: Consumo Personal

Artículo 26. La persona que sea sorprendida en posesión de cigarrillos de marihuana o su equivalente en hoja seca o pasta básica o de cualquier otra droga que produzca dependencia, en una cantidad mínima, tal que, de acuerdo con el dictamen del Departamento Médico Legal del Poder Judicial o de un médico empleado por el Estado, a falta de aquél, sea considerado para su consumo personal inmediato, se le aplicarán las siguientes medidas de seguridad:

- a) Por la primera vez, internamiento hasta por 30 días y multa de quinientos a un mil lempiras;
- b) Por la segunda vez, internamiento de 30 a 90 días y multa de mil a cinco mil lempiras; y,
- c) Si se tratare de un fármaco dependiente o drogadicto, será internado en un centro de rehabilitación para su tratamiento hasta lograr su resocialización; esta medida se aplicará aun tratándose de la primera vez. La misma medida se le impondrá a quien sin ser fármaco dependiente, reincide por tercera vez y multa de cinco mil a diez mil lempiras.

En los casos en que la posesión o tenencia exceda de la cantidad mínima considerada para consumo personal inmediato, se entenderá como violación al Artículo 18 de esta Ley.

Sujeto Activo	A quien posea la droga u otros insumos.
Bien Jurídico	La Salud de la Población del Estado
Elemento Objetivo	La mera posesión sobre el estupefaciente a sabiendas de su ilicitud dentro del mínimo del Consumo personal.
Elemento Subjetivo	El dolo en la Acción.
Elemento subjetivo	La sola posesión tiene fines dolosos.

Fuente: Propia.

Existe una excepción en el artículo precedente sobre la sanción que puede recibir un farmacodependiente²³⁷; criterio aplicado a quien reincide por tercera vez en el ilícito. Se trata de un internamiento en un centro de rehabilitación para su tratamiento hasta lograr su resocialización. Es decir en primer lugar que el farmacodependiente puede estar sometido en un tratamiento indefinido en temporalidad, hasta que este se cure y pueda ser reinsertado a la sociedad; lo mismo sucede con otra clase de consumidores, los cuales son enmarcados por el estado, como consumidores problemáticos y tratados como farmacodependiente. Simplificando el criterio si una persona reincide por tercera vez es un drogadicto potencial, excluye cualquier clase distinta de consumidor. Volviendo al farmacodependiente la norma contiene valores nocivos para la concepción del individuo, por ejemplo vemos el parecido con doctrinas que en su momento fueron racionales y hoy suenan controversiales, pero que se ven análogas a esta visión del Estado con el consumidor; es así que los rasgos fenotípicos (anatómicos) de la teoría de Lombroso son sustituidos por definiciones clínicas, ya que el adicto debe permanecer aislado el tiempo necesario, ya que de determinarle una temporalidad sería arriesgarse a que reincida y permitiendo que se mantenga el control social.

Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en su informe Mundial sobre las Drogas del 2015, este tipo de percepción normativa de la rehabilitación es un atajo y una forma de simplificar el problema de la drogodependencia (en el caso de los que sí lo sean), ya que se trata de enfermedades crónicas y pueden perdurar durante toda la vida de una persona; por lo que para su efectividad se deberán tomar en cuenta su grado de vulnerabilidad y el ambiente en el que se desarrollan²³⁸.

El enmarcar como adictos a las demás clases de consumidores atenta directamente contra el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente ligado al proyecto de vida de una persona. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gutiérrez Soler vs Colombia* en el

²³⁷ Si bien en la práctica no existen las condiciones para un internamiento de esta clase, la norma vigente establece una sanción desproporcional para un fármaco dependiente; dicho en mis palabras le imponen una sanción casi a perpetuidad si este no acepta al ideal que el estado pretende imponer, para “proteger su salud”.

²³⁸ Así lo menciona la UNODC: refiriéndose a este grupo como vulnerable, es decir que si un grupo definido por las naciones unidas en situación de vulnerabilidad es enfrentado bajo el ala punitiva estatal, se está criminalizando al mismo.

voto razonado por parte del juez A.A. Cançado define el Proyecto de vida de una persona “en el marco de la transitoriedad de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales”; dándole un valor existencial. Es decir que también debe incluir todas aquellas actividades privadas, lúdicas, recreativas y culturales que en su racionalidad le parecen acertadas, permitiendo el libre desarrollo de su personalidad y le facilita a la persona desarrollarse en sí misma. Por tanto negar la existencia de personas que necesitan de algún estupefaciente²³⁹, para alcanzar su libre desarrollo de la personalidad representa una limitación al proyecto de vida y por consiguiente atenta al principio de progresividad establecido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos ya que esta “no está reñida con la existencia de restricciones legales”²⁴⁰.

²³⁹ Concepto desarrollado con mayor profundidad en el apartado de México

²⁴⁰ Voto concurrente del juez *ad hoc* Víctor Oscar Shiyin García En el caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú.

5. CAPITULO CUARTO: LOS DELITOS CONTRA LA SALUD EN MEXICO

“Existen elementos que no pueden ser indicios sino para determinados delitos, en determinadas circunstancias y en relación con determinadas personas (así un testimonio se anula si procede de un vagabundo; se refuerza, por el contrario, si se trata de "una persona de consideración" o de un amo en el caso de un delito domestico)”. M. Foucault (1990)

5.1 LA REFORMA EN MATERIA PENAL

Es necesario, previo a abordar los delitos contra la salud que se estudiaran en México establecer que el sistema penal mexicano se encuentra en un periodo de transición. El paso de un sistema penal inquisitivo a un acusatorio, las reformas constitucionales del 2008 y 2011 sobre todo, llevan consigo un periodo de adecuación sobre los nuevos principios y garantías, sobre todo lo que respecta al respeto a los derechos humanos y la interpretación *pro homine*, no puede dejar de influir en la discrecionalidad diaria que se implementara en el sistema penal o mejor dicho que se están implementando. Como con anterioridad ya hemos señalado algunos ámbitos de estas reformas en estos momentos lo importante de señalar es la ruta, interpretativa que se direcciona bajo el respeto de los derechos humanos y que así como en caso de Honduras no solo se trata de señalar los criterios de interpretación dudosa sino a su vez encaminar estos en la defensa de los derechos de las personas imputadas por delitos contra la salud.

El 18 de junio de 2008 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lastimosamente la reforma no solo versa sobre elementos que salvaguarden los derechos como ya hemos mencionado sino que se contradice en otros sentidos, es así que se eleva a rango

constitucional la figura del arraigo²⁴¹; se reconoce la presunción de inocencia reiterando que la carga probatoria le corresponde al ente acusador²⁴²; a pesar de ello la primera figura contradice el segundo principio al igual que la prisión preventiva oficiosa para delitos de delincuencia organizada también parte de esta reforma.

5.2 LA LEGISLACIÓN Y LOS DELITOS

La legislación anti drogas en México también ha sufrido ciertos cambios producto de distintos factores, no solamente de la reforma penal, sino también de la ya mencionada guerra contra el narcotráfico. Las estadísticas mencionadas al inicio de este capítulo para analistas como Ana Paula Hernández son producto de las mismas reformas que otorgan un amplio margen de discrecionalidad entregado a los entes encargados de la persecución penal y que les permitió la regresión en reconocimiento de los derechos de las personas procesadas; menciona la autora que la gente encarcelada por estos ilícitos “no son los grandes traficantes y ni siquiera han cometido delitos relacionados con el comercio, producción, suministro o tráfico de narcóticos” sino que muchos de ellos están por posesión simple²⁴³. Por ello, es importante desglosar estos tipos penales y algunas figuras del proceso penal mexicano, específicamente el arraigo para determinar y detectar dentro del mismo las formas en que se pueden proteger los derechos de las personas. En cuanto a la ratificación de los tratados internacionales en la materia México, ha ratificado todos los tratados participo en la reunión para la formulación y adopción de la Convención de 1961; en 1975 ratificó la convención de 1971 y en 1990 hizo lo mismo con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

²⁴¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo 6 del Art. 16: La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los 80 días.

²⁴² *Ibidem* el artículo 20 Constitucional reformado, en su apartado B. fracción I.

²⁴³ Hernández, Ana Paula. "Legislación de drogas y situación carcelaria en México." *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Ámsterdam/Washington: WOLATNI (2010).

En cuanto a la legislación especial nacional los delitos contra la salud en materia de narcótico están regulados, en el código Nacional de Procedimientos Penales, por el título séptimo en su capítulo I del código penal federal, la Ley General de Salud y la llamada ley de narcomenudeo que en realidad es una reforma a las legislaciones anteriores; además en caso de ser necesario la Ley contra Delincuencia organizada. A pesar de que el consumo de Drogas de uso ilícito no es un delito, las conductas que le preceden como ser el transporte, la posesión, etc. Si lo son; además de que según el abordaje que la legislación da a los elementos subjetivos del consumo se excluye el consumo con fines lúdicos, razón también por la que abordaremos el amparo dado con lugar en ciudad de México. Pero en razón de nuestro estudio y para efectos prácticos abordaremos los siguientes delitos y no ilícitos:

- Transporte
- Posesión
- “Ley” de Narcomenudeo
- Consumo personal

El código Penal Federal enuncia en su artículo 193 a que se le puede considerar narcóticos lo que incluye no solo la lista que establece la ley general de Salud sino aquellos que motivaron la creación de esta, la de los tratados internacionales especializados en la Materia. Uno de los elementos a retomar en este artículo es lo referente a la valoración que debe realizar el juzgador al momento de la aplicación de sanciones, es decir, los elementos que deben influir para la tipificación de los delitos:

El juzgador, al individualizar la pena o la medida de seguridad a imponer por la comisión de algún delito previsto en este capítulo, tomará en cuenta, además de lo establecido en los artículos 51 y 52, la cantidad y la especie de narcótico de que se trate, así como la menor o mayor lesión o puesta en peligro de la salud pública y las condiciones personales del autor o participe del hecho o la reincidencia en su caso²⁴⁴.

²⁴⁴ Código Penal Federal Mexicano art.193 párr.3

Antes del abordaje del contenido de los artículos que menciona, es necesario señalar el margen de discrecionalidad que entrega en este párrafo, donde debe observarse la cantidad y la especie del narcótico, es decir que no puede enmarcarse dentro de un mismo cuadro fáctico la conducta de un individuo que se encuentre en posesión de marihuana o cocaína, que al que tenga piedra crack por ejemplo solo para ilustrar, continua mencionando la menor o mayor lesión o puesta en peligro de la salud pública, es claro que resultara extremadamente difícil marcar con que cantidad o en qué circunstancias se puede dañar la salud pública como bien jurídico protegido, quedara en manos de elementos meramente subjetivos; como ser las mismas condiciones personales del autor. En conclusión habrá que tomar todos los elementos previos, durante y posteriores al acto ilícito para llegar a sostener su tipificación en la imputación “la determinación de la existencia de un delito implica corroborar que en los hechos existió una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica y culpable”²⁴⁵.

El artículo 51 del Código Penal Federal establece el principio de legalidad en la sanción de los delitos, pero también señala los elementos objetivos y subjetivos que se deben tomar en cuenta en la tipificación y en especial atención a las condiciones personales del sujeto en el sentido de pertenecer a una población originaria, es así que “teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan”. Es una clara alusión a lo que el artículo 2 de la Constitución Política Mexicana establece:

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas²⁴⁶.

²⁴⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación Tesis Jurisprudencial 16-2012 (10ª)

²⁴⁶ Constitución Política de México art. 2

El artículo 52 del Código Penal Federal reafirma el margen de discrecionalidad otorgado a los jueces y tribunales en materia penal en la determinación del grado de culpabilidad del agente teniendo en cuenta elementos como el daño causado al bien jurídico o el peligro expuesto, las circunstancias del hecho, la determinación de la naturaleza de la acción, la edad, la educación, la ilustración y condiciones sociales y económicas del sujeto; los usos y costumbres si este pertenece a un pueblo indígena. En este punto conviene advertir que estoy resaltando la importancia que México en su legislación otorga a los usos y costumbres de sus pueblos originarios, ya que más adelante de esta tesis esto abriría sobre todo la posibilidad de argumentar en un caso de un procesado por delitos contra la salud un error de prohibición, por el momento es importante señalar que según la presunción de inocencia la carga probatoria para corroborar que una persona es perteneciente o no a un pueblo indígena sigue siendo del ente acusador²⁴⁷.

5.2.1 EL TRANSPORTE DE DROGA

Transportar implica, la acción de mover un objeto de un lugar a otro, la acción de trasladar, desplazar, para nuestro objeto de estudio el hecho de que el autor traslade de un lugar a otro la droga. A diferencia de los criterios estudiados, en otra parte del presente documento, el delito tipificado en el Código Penal Federal no es necesario determinar el medio que se utilizó, sino que basta con probar el hecho de que se está transportando la droga²⁴⁸; a pesar de ello según el art.52 el medio si serviría para establecer la finalidad del accionar. Pero el hecho debe ser estudiado y analizado en todas las etapas de la acción, ya que aquí tampoco puede existir la tentativa por ser un delito de mera tenencia, no es necesario que la droga llegue a su destino, el incumplimiento de lo establecido en los permisos de que refiere la ley general de salud aunque no debería determinar el uso o disposición de la droga si representa un elemento según la normativa, lo que si resulta necesario e imprescindible es determinar la finalidad del agente con el propósito de la droga como lo afirma la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar el elemento subjetivo en la finalidad de la

²⁴⁷Constitución Política de México Art.20 A: (V): La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.

²⁴⁸Burgos Grijalva, Elva Nidia “Breve análisis de los delitos contra la salud en su modalidad de tráfico de drogas” (Consultado 30 marzo 2017 <http://www.bidi.uson.mx/TesisIndice.aspx?tesis=19592>)

acción delictiva; la posesión del narcótico (elemento indispensable del transporte) debe tener “la especial finalidad que tiene el mismo; en virtud de que la posesión del narcótico no tiene como fin el consumo personal sino la realización alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del propio Código la cual debe ser precisada por el juzgador”²⁴⁹.

El delito se encuentra tipificado en el artículo 194 del Código Penal Federal junto a otros tipos penales, por lo que se infiere que el grado de afectación y peligrosidad del ilícito es la misma en todos ellos, tanto que la pena se circunscribe de forma uniforme. El artículo reza así la parte del delito de transporte:

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;

El tipo *a priori* exige dos elementos inmediatos el primero es que no importa el título bajo cual se efectuó la acción sea oneroso o gratuito, este elemento no atiende así la finalidad subjetiva de la acción que puede ser para consumo personal o para tráfico, es decir lo que el agente pretendía en la disposición de la droga²⁵⁰. El segundo elemento es el no cumplimiento del permiso que estipula la Ley General de Salud, en alusión de que esta diferencia de estupefaciente, narcótico y droga; limitando cualquier clase de manipulación o circulación de estos a lo establecido en la legislación. Entre los elementos subjetivos más preponderantes que ayudaran a determinar la finalidad con la que se cometió el ilícito es el que establece el art.52 III en cuanto a las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión, ya que al ser tan amplio el tipo penal y contemplando el mismo artículo que lo tipifica otros tipos similares²⁵¹, es necesario establecer que el imputado pretendía transportar efectivamente los objetos, esto solo se puede hacer por ejemplo si sabemos la ubicación

²⁴⁹ Contradicción de Tesis 75-2005 PS. Sustentada por el segundo tribunal colegiado en materia penal del tercer circuito, el primer tribunal colegiado del vigésimo tercer circuito antes tribunal colegiado del mismo circuito y el primer tribunal colegiado del vigésimo circuito.

²⁵⁰ Pérez, Teresa Molina ídem

²⁵¹ El art.194 II establece la introducción como un tipo penal aparte: el que Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.

exacta del sujeto al momento de ser requerido, se trataba de una carretera abierta y una zona centro, se movía de forma particular o en transporte, como disponía del estupefaciente, que tan lejos estaba de los lugares donde transita habitualmente, etc.

Tabla N°5: Delitos Producción, Transporte, etc. Artículo 194 CPF

<p>Art.194: Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:</p> <p>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;</p> <p>...</p>	
Sujeto Activo	Cualquier persona que intencionalmente Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre.
Bien Jurídico	La Salud Pública
Elemento Objetivo	El objeto material: la sustancia que se pueda considerar droga o estupefaciente. Según el 193 del Código Penal Federal.
Elemento Objetivo	La persona que transporte para el tráfico o consumo de tercero sin importar el medio.
Elemento Objetivo	El transporte a cualquier titulo
Elemento Objetivo	El transporte de droga sin autorización correspondiente.
Elemento Subjetivo	El dolo en la acción
Elemento subjetivo	La finalidad: El ánimo de transportar sea para el consumo de estupefacientes a terceros o el tráfico de drogas.
Elemento subjetivo	Circunstancias del hecho lugar, tiempo, modo u ocasión

Fuente: Propia.

5.2.1.1 EJEMPLO DE CASO

El ejemplo que abordare a continuación reúne varios elementos a considerar no solo en un caso de un delito contra la salud sino también en cuanto a la vulneración de las garantías judiciales protegidas por el artículo 2 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 2 y 8 entre otros de la Convención Americana de derechos Humanos. Aunque por razón de la Garantía el amparo se pronuncia exclusivamente en materia de violaciones de derechos humanos, trataré de rescatar las circunstancias que circunscriben al hecho para procurar identificar el tipo penal que acabamos de exponer, siendo enriquecedor denotar como debe el estado en su posición de garante, no trasgredir el límite punitivo impuesto por los principios de proporcionalidad, inocencia, defensa, debido proceso y legalidad.

El amparo es el 22-2010 en el ejercicio de sus funciones la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación correspondiente al día dos de febrero de dos mil once. El quejoso interpuso el amparo contra la sentencia emitida por el Primer Tribunal Unitario del Vigésimo Circuito contra la sentencia que lo consideró penalmente responsable por la comisión de un delito contra la salud, en su modalidad de transporte de cocaína (delito previsto y sancionado por el artículo 194, fracción I, del Código Penal Federal).

La captura de los ahora imputados fue realizada por agentes del Instituto Nacional de Migración quienes en su parte de novedades manifestaron que se encontraban realizando su servicio de vigilancia e inspección migratoria cuando solicitaron la identificación de dos personas que viajaban en una camioneta procedente de Cuauhtémoc, municipio de Frontera Comalapa, Chiapas y con destino a Comitán, Chiapas. Aquí me detengo un momento, desconociendo claro estas interioridades, con las que se efectuaron la evacuación de medios de prueba y no teniendo la misma disponibilidad del principio de contradicción que se presentaría si este caso hubiese sido evacuado con el proceso penal acusatorio, un elemento a determinar aquí es como se sabría que ese era el destino del automóvil, si la carretera se encuentra entre esos dos lugares siendo estas únicas rutas, si así lo manifestaron los imputados y que esta declaración como requisito del nuevo sistema tendría

que ser ante juez competente; así mismo la procedencia del automotor debería de establecerse bajo los mismo parámetros, tomando en consideración el automotor como un medio claro está. Continuando con los hechos versa el amparo la relación de los mismos:

En el informe que rindieron los agentes migratorios también señalaron que, debido al nerviosismo que mostraban los interrogados, les pidieron que bajaran del vehículo y que pasaran a “la oficina”. Ahí, fueron entrevistados. Enseguida —según el informe— una de las oficiales encontró una copia del acta de nacimiento de ***** y un paquete adherido a su pierna derecha. Tal oficial supuso que el paquete contenía cocaína y, por tanto, procedió a “asegurar” a ambos. A partir de eso —sostuvieron los agentes— ***** manifestó que verdaderamente se trataba de un kilogramo de cocaína que había adquirido en la Mesilla, Guatemala, y que le había costado ochenta mil pesos.

En abril del 2005 se dictó la sentencia condenatoria contra los imputados considerándolos responsables del delito de transporte de cocaína previsto en la fracción I del art.194 del Código Penal Federal; sin embargo durante todo el proceso (declaración preparatoria, careos y auto de formal prisión) la defensa de los inculpados y los mismos imputados argumentaron la vulneración del debido proceso y el derecho a una defensa adecuada debido a que en “ningún momento fueron asistidos por un defensor que conociera la lengua y cultura tzotzil –etnia a la que pertenecen- ”. el tercer tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito en los respectivos amparos interpuestos por cada uno de los involucrados confirmo la resolución referida razón por la cual el procedimiento tuvo que ser repuesto. A pesar de ello el juez tercero de distrito en el Estado de Chiapas condeno en 2009 a ambos por la comisión del delito de transporte de estupefaciente denominado clorhidrato de cocaína; agotados los recursos se promovió con posterioridad el amparo directo.

Durante el proceso se solicitó en reiteradas ocasiones que la defensoría pública proporcionara un defensor que hablara la lengua nativa, pero dicha institución no contaba con ningún abogado de oficio con esa cualidad; razón por la cual se fueron extendiendo los plazos. En uno de los amparos interpuestos durante el proceso el tribunal se manifestó que

debía nombrarse un defensor que conociera su lengua y su cultura y no solamente un traductor en una clara atención a lo establecido en el artículo 2 apartado A, fracción VIII y 20 fracción IX de la Constitución y demás aplicables del entonces Código Federal de Procedimientos Penales. El proceso se reinstauro cinco veces como mencionamos debido a la reiterativa violación de los derechos constitucionales.

Resulta evidente al leer por completo el amparo en mención las violaciones constitucionales cometidas en perjuicio de los imputados, sobre todo en el desahogo de su declaración ministerial, por no ser asistido por intérpretes y defensores que tuvieran conocimiento de la lengua y cultura tzotzil. Parte de los que brevemente debemos análisis es que si la declaración no se efectúa bajo el respeto y el amparo de las garantías judiciales esta deberá ser nula, es decir que si la prueba no supera el control de legalidad, todas aquellas que se deriven del acto son nulas²⁵². Hay que considerar que el momento de proporcionar un defensor adecuado es el momento en el cual la persona es presentada ante la autoridad, la no presencia de su defensor no puede ser subsanada con posterioridad ya que esto implica una desventaja en el ejercicio de su defensa, el hecho de que el estado Mexicano no pudiera proporcionarle un defensor público con los conocimientos de su lengua y cultura, violenta los artículos 2, 17 y 20 de la Constitución Mexicana. El artículo 17 refiere que:

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales²⁵³.

El derecho a una tutela judicial efectiva, implica que el acceso a la justicia debe ser pronta y expedita, pero sobre todo efectivo y en respeto de las garantías judiciales. Íntimamente ligado a este concepto, implica que una defensa adecuada permite el desarrollo del proceso en el máximo del respeto de los derechos y garantías de las que goza el imputado revestido

²⁵² INALBIS 2013 “La doctrina del fruto del árbol envenenado” (Consultado el 1 de marzo 2017 <file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-LaDoctrinaDeLosFrutosDelArbolEnvenenado-4179709.pdf>)

²⁵³ Constitución Política Mexicana art.17

de la presunción de inocencia, quien a no gozar de estos elementos, prácticamente se termina vulnerando los derechos de una persona inocente. El derecho internacional de los Derechos Humanos, ha establecido parámetros bajo los cuales el Estado en su posición de garante tiene la obligación de garantizarles a las personas la más estricta protección de sus derechos consagrados, la omisión de las garantías judiciales implicaría un tipo de tortura, un trato cruel e inhumano, debido a que su falta de comunicación efectiva con su defensor afecta la psiquis de la persona. Para Silvano Cantú, la tortura tiene que verse de un modo amplio y principalmente bajo la interpretación que establece el principio pro homine, por tanto, para el jurista en relación al artículo 20 constitucional “se debe advertir que un conjunto de conductas que coinciden con el supuesto de incomunicación e intimidación forman parte de los dolores y sufrimientos que se pueden infligir a una persona”²⁵⁴. Además, según establece las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si el Estado en esa posición de garante no proporciona los medios para una defensa adecuada, estaría fallando en su obligación²⁵⁵.

Sobre los elementos del tipo penal, una de las situaciones que se argumentaban es que el vehículo donde se transportaban era de pasajeros y al no hablar con fluidez la lengua española, los agentes no pudieron determinar la posesión de la droga y ni a su vez que las personas detenidas ejercían actos cuya finalidad era transportar la droga, además de que la cantidad encontrada no denota, de ninguna forma un supuesto que afecte gravemente el bien jurídico tutelado, las condiciones de las personas no fueron tomadas en consideración tampoco; estos hechos con el nuevo sistema de justicia permitiría una protección más efectiva y garantista en las distintas etapas del proceso desde el juez de control hasta si tuvieran que ser llevados a juicio.

²⁵⁴ Cantú Martínez S. “Protegiendo a las Personas Contra la Tortura en México” (2013) p28 file:///C:/Users/user/Downloads/Mexico_Guia_Sept2013.pdf (Consultado el 20 de octubre 2016)

²⁵⁵ Según se menciona en el mismo Amparo 22/2010 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 11/90, evaluó la situación de las personas que por su situación económica no tienen acceso a un abogado. La Corte recordó que los Estados Parte se han obligado por el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por (...) posición económica (...) o cualquier otra condición social”, por el artículo 24, a respetar el principio de igualdad en la protección de la ley, y por el artículo 8, a garantizar el derecho de defensa

5.2.2 LA POSESIÓN DE DROGA:

El artículo 195 del Código Penal Federal amerita un análisis complejo y detallado, sobre todo porque alude que la calificación del tipo penal de posesión, depende de su finalidad. Advierte además dos clases de posesión: una cuya finalidad son las acciones típicas del artículo 194 y una segunda que encamina la finalidad al consumo personal²⁵⁶. Este último sujeto a varias circunstancias las cuales explicaremos.

El término “posesión” lo establece el artículo 195 bis del CPF, el cual lo define como “la tenencia material de narcóticos o cuando éstos están dentro del radio de acción y disponibilidad de la persona”²⁵⁷. Este es el mismo concepto que aparece en el artículo 473 de la ley General de Salud. A pesar de que más adelante abordaremos el narcomenudeo, parte de la legislación mexicana sigue aludiendo al elemento cantidad como una referencia para determinar la finalidad de la acción. Es así que encontramos dentro del narcomenudeo la posesión simple con una pena inferior a las establecidas en el Código Penal Federal.

Tabla N°6: El Delito de Posesión Según la Finalidad

CODIGO PENAL FEDERAL		
Posesión cuya finalidad son las conductas del art.194	Posesión cuya finalidad es el consumo personal	Referencia
CPF Art. 195: de 5 -15 años de reclusión.	CPF Art.195 bis: 4 -7 años seis meses.	Pena

²⁵⁶ Sujeto a los requisitos Según el párrafo segundo del artículo 195 del Código Penal Federal y el artículo 196 del mismo cuerpo legal.

²⁵⁷ CPF: Código Penal Federal

<p>-Sin la autorización que refiere la ley general de salud*.</p> <p>-Siempre y cuando la finalidad de la acción sea en referencia a los delitos del art.194 (Produzca, transporte, trafique o comercie...)</p>	<p>- No pueda considerarse que su conducta estaba destinada a realizar una de las acciones del art.194 (Produzca, transporte, trafique, etc.)</p> <p>-Por su naturaleza y cantidad:</p> <p>Cuando sean medicamentos que contengan narcóticos necesarios para el tratamiento del poseedor o de un tercero a su cuidado.</p> <p>-Por la cantidad y circunstancias: peyote u hongos alucinógenos que puedan presumirse se utilizaran en las ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, reconocidos por autoridades propias.</p>	<p>Elementos</p>
---	--	------------------

Fuente: Propia.

Tabla N°7: La Posesión simple en la LGS

LEY GENERAL DE SALUD	
Posesión Simple	Referencia
<p>Artículo 477.- Se aplicará pena de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días multa al que posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla...</p>	<p>Pena</p>
<p>-Cantidad inferior a la que resulte de</p>	<p>Elementos</p>

<p>multiplicar por mil las previstas en dicha tabla.</p> <p>-Sin la autorización a que se refiere esta Ley.</p> <p>-Cuando por las circunstancias del hecho tal posesión no pueda considerarse destinada a comercializarlos o suministrarlos.</p> <p>-Sin importar el título de acción aun gratuitamente.</p>	
---	--

Fuente: Propia.

Cuando entro en vigor las reformas del año 2009 a la Ley General de Salud, El Código Penal Federal y el Código Nacional de Procedimientos Penales, se dejó sin efecto los apéndices del artículo 195 bis del Código Penal Federal, que establecían una pena superior a lo que refiere la ley General de Salud²⁵⁸. A pesar de ello, denotamos que existe un alto grado de dificultad que recaerá sobre los jueces para determinar la pena aplicable a estos delitos, debido a que los elementos subjetivos a determinar pueden coexistir en un hecho delictivo por sus circunstancias particulares. Ante este conflicto se deben tomar en cuenta los principios de retroactividad de la ley penal en caso de que el momento del ilícito sea anterior a la reforma y el indubio pro reo para tener un margen interpretativo en favor del débil en el proceso penal. El indubio pro reo si bien no está expresamente señalado en la normativa internacional si se encuentra íntimamente ligado a la presunción de inocencia establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2 2 “Implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor”²⁵⁹. Previsto implícitamente en la legislación mexicana y en una clara analogía al principio pro homine, que establece a su vez la reforma en materia constitucional mexicana en su artículo 1. Además según la jurisprudencia de la suprema corte de Justicia establece:

²⁵⁸ El Apéndice 1 del Código Penal Federal y sus tablas 1, 2, 3 y 4, quedaron sin efecto al reformarse el artículo 195 bis del propio Código, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2009.

²⁵⁹ Rodríguez Rescia Víctor Manuel; (1998) “El Debido Proceso Legal y la Convención Americana de Derechos Humanos” (consultado el 6 de abril 2017 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>)

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional. En ese tenor, conforme al principio constitucional de presunción de inocencia, cuando se imputa al justiciable la comisión de un delito, éste no tiene la carga probatoria respecto de su inocencia, pues es el Estado quien debe probar los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del imputado. Ahora bien, el artículo 17, segundo párrafo, constitucional previene que la justicia que imparte el Estado debe ser completa, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, el referido artículo 23, in fine, proscribela absolución de la instancia, es decir, absolver temporalmente al reo en una causa criminal cuando los elementos probatorios aportados por la parte acusadora durante el juicio no resultan suficientes para acreditar su culpabilidad; por lo que la absolución debe ser permanente y no provisoria, además de que el propio artículo 23 previene que no es lícito juzgar dos veces a alguien por el mismo delito (principio de non bis in idem)²⁶⁰.

Es decir, que ante la insuficiencia probatoria y ante los vacíos o conflictos que puede generarse en la sanción al caso concreto, la interpretación debe ser proteccionista en su sentido más amplio a favor del imputado, inclusive esta tesis alude que la insuficiencia es decir la duda razonable debe ser absolutoria. En cuanto a la retroactividad que habíamos mencionado inicialmente, la Suprema Corte ya se ha manifestado en relación a los delitos contra la salud y a la luz de la reforma del año 2009; ya que uno de los artículos transitorios

²⁶⁰ Amparo directo en revisión 1208/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Bonilla López.

establecía que las personas procesadas o sentenciadas que hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma por razón de temporalidad le serán aplicables las leyes vigentes en el momento de la comisión de la conducta ilícita. Dicha disposición violentaba el principio de retroactividad establecido en el artículo 14 de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ello implicaba que no se aplicara el in dubio pro reo²⁶¹.

5.2.2.1 EJEMPLO DE TESIS SOBRE ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE POSESIÓN

Uno de los elementos del tipo penal que hemos estudiado en el apartado anterior pareciera ser preponderante para su determinación, pero la Suprema Corte ya ha establecido que se trata de un elemento subjetivo, estamos refiriéndonos al elemento cantidad. Es así que aunque los ministerios públicos pretendieren eximirse de su responsabilidad de aportar suficientes elementos de prueba para imputar una conducta, solo sustentando la imputación en el elemento cantidad de droga incautada, esto sería insuficiente para acreditar la finalidad de un hecho considerado ilícito. Para la explicación de este ejemplo tomaremos a consideración solamente los hechos de un amparo en revisión y explicaremos bajo qué criterios la corte exige mayor cantidad de elementos subjetivos para determinar la finalidad de la acción. Es así que desprende de los hechos del Amparo Directo en Revisión 2773-2014 se desprenden los siguientes antecedentes:

De las constancias de autos se desprende que se tuvieron como probados los hechos siguientes: el 21 de abril de 2012, aproximadamente a las dieciséis horas, en la avenida México y calle Campeche del Poblado Benito Juárez, Mexicali, Baja California, dos agentes de la policía estatal preventiva, al realizar su recorrido de vigilancia, inspeccionaron a ***** y otro encontrándole en la bolsa frontal del lado derecho de su pantalón dos envoltorios de plástico que contenían una hierba verde y seca, al parecer la droga denominada marihuana. El Agente del Ministerio Público inició la Averiguación Previa *****, y el 23 de abril de 2012 ejerció acción penal

²⁶¹Primera Sala, 1a./J. 42/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo xxxi, abril de 2010, p. 149, Registro: 164812].

en contra de ***** y otro, por considerarlo probable responsable en la comisión del delito contra la salud, en su modalidad de posesión con fines de comercio del narcótico marihuana previsto y sancionado por los artículos 476, en relación con el 234, ambos de la Ley General de la Salud en términos de los artículos 6, 7, 8, 9 y 13 del Código Penal Federal.

El resultado de todo el proceso penal, culminó con la sentencia Condenatoria del Juez en contra del imputado por el delito contra la salud, en su modalidad de posesión de la estupefaciente marihuana, previsto y sancionado por los artículos 477, en relación con el 234, ambos de la Ley General de Salud. Uno de los elementos a rescatar en los argumentos presentados por el quejoso, es el hecho que el imputado era farmacodependiente. Los farmacodependientes son reconocidos por la OMS y la legislación mexicana como un grupo con especial grado de afectación física, psíquica y biológica por su consumo habitual y hasta cierto punto necesario; es así que la Ley General de Salud, establece en el art.192 bis el concepto definiendo al farmacodependiente como “Toda persona que presenta algún signo o síntoma de dependencia a estupefacientes o psicotrópicos”. La suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la afección de la farmacodependencia constituye una causa excluyente del delito, aunque sujeta a las dosis máximas establecidas en la tabla del 479 de la Ley General de Salud es así que la Tesis P. VII/2010 de la Suprema Corte establece:

FARMACODEPENDENCIA. CONSTITUYE UNA CAUSA EXCLUYENTE DEL DELITO CONDICIONADA A LAS DOSIS MÁXIMAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la tesis P. VII/2010, señaló que la farmacodependencia es una enfermedad y, por tanto, constituye una causa de exclusión del delito. Ahora bien, la posesión de narcóticos por parte de farmacodependientes, no puede constituir una acción desmedida, sino que debe sujetarse a las dosis máximas establecidas en la tabla de orientación de consumo personal e inmediato prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud. Delimitación que atiende a la libertad del farmacodependiente, al no restringirle el

consumo de sustancias que requiere por el problema de salud que presenta, así como la protección a la salud de terceros evitando la posesión indiscriminada de narcóticos. Por tanto, la posesión de narcóticos en cantidad superior a las establecidas en la tabla de referencia, no actualiza la causa de exclusión del delito contemplada en el artículo 15, fracción IX, del Código Penal Federal, no obstante que el sujeto activo padezca dicha enfermedad²⁶².

Por lo anterior, para proteger los derechos de los procesados por estos delitos, habrá que exigir que el ente acusador sustente la imputación tomando en consideración otros elementos subjetivos. Donde si bien es cierto, como habíamos dicho al inicio de este apartado, existe en el artículo 195 del Código Penal Federal, una presunción negativa en cuanto que si el imputado tiene en su posesión cantidad superior a la establecida por la llamada “ley de narcomenudeo” se prevé que estaría destinando el estupefaciente en su poder para realizar una de las conductas del art.194 del mismo cuerpo legal (traficar, producir, etc.), digo presunción negativa, debido a que por regla general, le asiste al imputado el estado de inocencia y no se debería establecer anticipadamente una conducta grave sin antes haber pasado por el proceso penal y el ente acusador debería suponer siempre un comportamiento de buena fe por parte del encausado al momento de incoar un requerimiento fiscal si carece de elementos suficientes para determinar su conducta; sin embargo existió en algún momento (Tesis 1ª./j.48/2006) jurisprudencia que establecía que si se sobrepasaba la cantidad al apéndice del art.195 bis (derogado en la actualidad por la reforma) se tenía por demostrado que la conducta tenía la finalidad realizar una de las acciones graves del 194. De esta preocupante interpretación, la Suprema Corte también ya se ha pronunciado y es así que ha establecido que el solo elemento cantidad resulta insuficiente para determinar la finalidad del ilícito:

No obstante lo anterior, ello no es suficiente para acreditar la finalidad en específico, esto es, que la posesión sea para vender, comercializar, suministrar, etcétera, sino que aun cuando por la cantidad exista la presunción de que el activo tenía la posesión de la droga para fin distinto al de su consumo, ello no exime al

²⁶² Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Febrero de 2011, Pág. 368.

Ministerio Público de la carga procesal de aportar las pruebas para demostrar la existencia de los restantes elementos objetivos del delito (existencia del narcótico y su tipo, así como las circunstancias de lugar, tiempo o de ocasión en que el inculpado la poseía), así como las conducentes para demostrar (aun indiciariamente) que acorde con las circunstancias del hecho ilícito, la finalidad de la posesión del estupefaciente es para realizar alguna de las conductas descritas en el citado numeral 194; por ello, en caso de no probarse dicho propósito, ante la demostración de la posesión del narcótico, lo procedente sería encuadrar la conducta al artículo 195 bis (posesión simple) del propio código²⁶³.

Por lo anterior, en aras del principio de inocencia y de especial atención al principio de legalidad, el tipo penal de posesión exige que aunque la cantidad supere lo establecido en la tabla de la Ley General de Salud al multiplicarlo por mil, no puede tenerse por acreditada la conducta, no es un elemento suficiente para configurar la conducta que se pretende penar. Ante ello, la Suprema Corte hace énfasis en la obligación del Ministerio Público de acreditar que la posesión tuvo finalidad alguna de las previstas en el art.194, lo cual es esencial para resguardar el derecho a una defensa adecuada por parte del imputado, por ello deben tomar en cuenta todos los otros elementos que establece el CPF en el art.51 y 52 (la hora, el lugar, el tipo de estupefaciente, las condiciones, etc.), ya que la cantidad solo representa un indicio probatorio, en la Tesis: 1a./J. 3/2015 (10a.) Se pronuncia así:

Atento al derecho a una defensa adecuada y al principio de presunción de inocencia como regla probatoria, la finalidad, que como elemento subjetivo específico exige el tipo penal previsto en el precepto y párrafo citados, no puede tenerse por acreditado de forma automática cuando la cantidad de narcótico materia de la posesión es igual o superior a la que resulte de multiplicar por mil el límite establecido en la tabla prevista en el numeral 479 de la Ley General de Salud; por tanto, el Ministerio Público conserva su obligación de acreditar que la posesión tuvo como finalidad alguna de las previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, lo cual es

²⁶³ Tesis: II.3o.P.25 P (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época 2005377 del Amparo directo 121/2013.

esencial para que el inculpado pueda saber de qué se le acusa y ejercer y no ver obstaculizado su derecho a la defensa adecuada. Así, la presunción prevista en el artículo 195, párrafo tercero, del Código Penal Federal debe entenderse como simple, en el sentido de que el hecho conocido o base, consistente en que la posesión sea igual o rebase la cantidad señalada, constituye sólo un indicio para acreditar el hecho desconocido, esto es, que la posesión tiene como finalidad una de las conductas previstas en el artículo 194 referido.

Significa que para configurar un delito grave sin vulnerar los principios de legalidad, debido proceso e inocencia, los derechos a una defensa adecuada, el indubio pro reo, entre otros. Es necesario al tipificar este delito, tomar en consideración los elementos subjetivos en su conjunto, el lugar, las circunstancias y en otros la condición personal de la persona, no solamente nos referimos si esta es narcodependiente, ya que dentro de esta discusión o distinción también debemos incluir a aquellos cuya finalidad es el uso lúdico de la misma. De lo contrario estaríamos subsumiendo e invisibilizando otros grupos dentro de esferas de supuestos de peligrosidad inexistente.

5.2.3 LA “LEY” DE NARCOMENUDEO

En realidad la llamada Ley de narcomenudeo no existe, es necesario reiterar en este punto que se trata de una reforma que incluye al Código Penal Federal, El Código Nacional de Procedimiento Penales y sobre todo a la Ley General de Salud, a esta última se le ha agregado un título sobre los Delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo²⁶⁴. Para el magistrado Ricardo Ojeda, el narcomenudeo es “toda 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”²⁶⁵.

²⁶⁴ Los delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo es un Capítulo adicionado según el DOF 20-08-2009. Se encuentra a partir del art.473 de la Ley General de Salud.

²⁶⁵ Ojeda Bohórquez, Ricardo. “Análisis Jurídico en Materia de Narcomenudeo” (Consultado en febrero 2017 <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/30/ojeda.pdf>)

El tipo penal de narcomenudeo es una modalidad del ilícito de narcotráfico pero en menor grado de afectación al bien jurídico; esta contenido según el accionar delictivo del sujeto así que tenemos por ejemplo el Comercio o Suministro en su modalidad de narcomenudeo en el art.475 de la ley General de Salud que establece que “Se impondrá prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, a quien sin autorización comercie o suministre, aun gratuitamente, narcóticos previstos en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla.” En tipo establece dos conductas que contienen multiplicidad de acciones, el comercio y el suministro. En razón de lo establecido por el art.473 fracción I el Comercio es: la venta, compra, adquisición o enajenación de algún narcótico y en la fracción el Suministro refiere a la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos; en cuanto a la tabla es una alusión al art.479 pero encamina un concepto a la tabla que es “la relación de narcóticos y la orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato prevista” en el artículo antes mencionado. Explorando el concepto narcomenudeo desglosamos fácilmente el contenido narco en razón de los narcóticos que señala la legislación²⁶⁶ y menudeo según el Diccionario de la Real Academia española es la acción de vender al por menor²⁶⁷.

Tabla N°7: El Delito de Comercio o Suministro según la LGS

Artículo 475.- Se impondrá prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa, a quien sin autorización comercie o suministre, aun gratuitamente, narcóticos previstos en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla.	
Sujeto Activo	La persona que comercie o suministre
Bien Jurídico	La Salud de la Población
Elemento Objetivo	El objeto material: los narcóticos.
Elemento Objetivo	Los elementos normativos: la cantidad

²⁶⁶ La ley general de Salud los establece en artículo 237, 245 y 248; además de las establecidas en los tratados internacionales entre ellos las convenciones de la ONU de 1961 y 1988, el código penal federal también alude a estas listas de narcóticos.

²⁶⁷ DRAE en línea 2017.

	según la multiplicación de la tabla.
Elemento Objetivo	Otros Elementos normativos: las agravantes según el lugar y el sujeto que realice la acción.
Elemento Subjetivo	El dolo en la Acción.
Elemento subjetivo	Los indicios que lleven a establecer el comercio o suministro.
Elemento subjetivo	La acción a cualquier título

Fuente: Propia.

También se encuentran el tipo penal de la posesión en modalidad de narcomenudeo en razón de la dualidad de la finalidad de la acción²⁶⁸. El art.476 contiene la Posesión cuya acción de comerciar o suministrar no se puede demostrar que se consuma pero en razón de los indicios de prueba atiende a esta finalidad. Es la Posesión en su modalidad de narcomenudeo cuya finalidad era el comercio o suministro de narcóticos a cualquier título:

Artículo 476.- Se impondrá de tres a seis años de prisión y de ochenta a trescientos días multa, al que posea algún narcótico de los señalados en la tabla, en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las cantidades previstas en dicha tabla, sin la autorización correspondiente a que se refiere esta Ley, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de comerciarlos o suministrarlos, aun gratuitamente.

El otro tipo de posesión, es la simple en razón de que las circunstancias que rodean el hecho delictivo no tiene la finalidad de comerciar o suministrar el narcótico y como es característico del narcomenudeo, que la cantidad resulte inferior a la multiplicación por mil de los referentes de la tabla. No procederá penalmente por este delito cuando sea para el tratamiento de la persona que los posea o de un tercero sujeto a su cuidado, supeditado a la naturaleza y circunstancias del hecho cuando se trate de medicamentos que contengan

²⁶⁸ De los cuales no ahondare mucho en el tipo penal por razón de su similitud con delito de Posesión de narcóticos antes mencionado. Lo único que varía es la modalidad en razón de la cantidad de droga según la tabla.

alguno de los narcóticos de la tabla. Este delito, está sancionado en el artículo 477 de la LGS con una pena de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días de multa. La otra excepción se encuentra en el art.478, cuando la persona sea consumidor o narcodependiente el ministerio público se abstendrá de ejercer la acción penal.

Parte de la idea de la reforma es establecer una línea entre narcomenudeo y narcotráfico mediante la tabla de orientación de la dosis del consumo personal inmediato, distinguiendo así los límites de las tres clases de modalidades²⁶⁹. El narcomenudeo bajo el elemento cantidad de los delitos contra la salud, es el resultado del término medio de la cantidad de narcótico que se encuentre bajo el dominio de una persona, se ubica entre el consumo personal y el máximo que resulte de multiplicar esta dosis por mil, pasando dicha cantidad encontramos la presunción de que la disposición del narcótico es para narcotráfico.

La siguiente tabla es en referencia al art.479 que hace mención al consumo personal inmediato y a su tabla de orientación, es la misma tabla que se usa para establecer la modalidad de narcomenudeo con su respectiva operación matemática, pero veo necesario ejemplificar hasta cierto punto este sistema de valoración de tipicidad:

Tabla N°8: Narcomenudeo

TABLA DE ORIENTACION DE DOSIS MAXIMAS DE CONSUMO PERSONAL E INMEDIATO	
Narcótico	Dosis máximas de consumo personal e inmediato
Opio	2 gr. $\times 1000 = 2 \text{ KG}$
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg. $\times 1000$
Cannabis sativa, Indica o Mariguana	5 gr. $\times 1000 = 5 \text{ KG}$
Cocaína	500 mg. $\times 1000 = 500 \text{ gr Aproximadamente}$

²⁶⁹ Para Ricardo Ojeda ese límite versa sobre narcomenudeo y narcotráfico; considero que la orientación de la tabla también dilucida la barrera con el consumo personal, aunque coincido con el que la reforma complejiza el consumo personal y deja su concepto difícil de definir. Las tres modalidades del narcotráfico serían narcotráfico, narcomenudeo y el consumo personal (como resultado y no como tipo penal al estar despenalizado).

Lisergida (LSD)	0.015 mg. X 1000	
MDA Metilendioxi- anfetamina	Polvo, Granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg. Supeditado a circunstancias y cantidad	Una Unidad con peso no mayor a 200 mg. Supeditado a circunstancias y cantidad
MDMA, dl-34-metilendioxi- ndimetilfeniletamina	40 mg. Supeditado a circunstancias y cantidad	Una Unidad con peso no mayor a 200 mg. Supeditado a circunstancias y cantidad
	40 mg. Supeditado a circunstancias y cantidad	Una Unidad con peso no mayor a 200 mg. Supeditado a circunstancias y cantidad
Supeditado a circunstancias y cantidad: por las excepciones del 477 y 478 de la LGS		

En cuanto a la competencia para conocer de los delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, el decreto que contenía la reforma tuvo una *vacatio legis* de un año para que las legislaturas locales realizaran las adecuaciones pertinentes, mientras la federación y entidades federativas contaban con el plazo de tres años para dar un efectivo cumplimiento a las atribuciones contenidas en el decreto. La reforma hoy en día otorga competencia para conocer de estas conductas, bajo los requisitos que ya establecimos, a las autoridades locales:

Art. 474 LGS: Las autoridades de seguridad pública, procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones de las entidades federativas, conocerán y resolverán de los delitos o ejecutarán las sanciones y medidas de seguridad a que se refiere este capítulo, cuando los narcóticos objeto de los mismos estén previstos en la tabla, siempre y cuando la cantidad de que se trate sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla y no existan elementos suficientes para presumir delincuencia organizada.

Únicamente serán las federales las que conocerán de estos ilícitos cuando sobrepase la multiplicación de la tabla en razón de la cantidad (narcotráfico) y los casos de narcomenudeo cuando según el art.474 de la LGS existan elementos suficientes para presumir que se trate de delincuencia organizada y en los siguientes casos según el artículo citado:

Las autoridades federales conocerán de los delitos en cualquiera de los casos siguientes: I. En los casos de delincuencia organizada. II. La cantidad del narcótico sea igual o mayor a la referida en el primer párrafo de este artículo. III. El narcótico no esté contemplado en la tabla. IV. Independientemente de la cantidad del narcótico el Ministerio Público de la Federación: a) Prevenga en el conocimiento del asunto, o b) Solicite al Ministerio Público del fuero común la remisión de la investigación.

En los casos anteriores en cuanto a las fracciones II y III, se aplicará lo establecido en el Código Penal Federal debido a los elementos subjetivos del delito. Sobre las demás fracciones el mismo artículo refiere la competencia y acciones entre ambos fueros para la investigación de los hechos y remisión de los casos.

5.2.4 EL CONSUMO PERSONAL

El consumo de narcóticos en México se encuentra despenalizado, no es un delito, pero las conductas previas al consumo si están tipificadas incluyendo la posesión simple. Según Catalina Pérez Correa, investigadora del CEDD, lo notable del consumo en México es el procedimiento que tiene que atravesar un consumidor para determinar que efectivamente lo es, según la académica en base a datos proporcionados por la PGR a partir de la aprobación de la reforma del 2009 y el periodo de mayo 2013, fueron detenidas a nivel nacional 140, 860 personas por consumo de drogas y su procedimiento fue iniciado por la misma causa y en el mismo lapso de tiempo 53,769 averiguaciones en el sistema federal; 90, 000 no ejercicios de la acción penal fueron emitidos por la misma causa, siendo el ultimo numero el no sancionado penalmente, es decir aunque el proceso de estas personas no fue

judicializado, participaron en proceso penal al ser detenidas y remitidas ante el MP²⁷⁰. Y con el nuevo sistema penal acusatorio, la situación jurídica de los detenidos en las condiciones anteriores se resolvería en etapa de investigación administrativamente en el Ministerio Público.

Uno de los inconvenientes que tienen los consumidores en México, es la percepción del estado en cuanto al consumo, por ejemplo el artículo 13C establece la obligación para “la Federación y a las entidades federativas la prevención del consumo de narcóticos, atención a las adicciones y persecución de los delitos contra la salud, en los términos del artículo 474 de esta Ley”. Es decir, que para el Estado todo consumo es problemático²⁷¹, dando únicas excepciones a farmacodependientes o consumidores dentro del rango en igual o menor cantidad de la tabla; en otras palabras si tienes en tu posesión cantidad menor alguna de los narcóticos o eres un enfermo o potencialmente puedes serlo²⁷².

Como ya hemos mencionado, el consumo está regulado por la Ley General de Salud en base a las cantidades que establece la tabla del art.479 en igual o menor cantidad a las ahí establecidas la conducta no es punible. Si la cantidad encontrada es igual o menor a la multiplicada por mil según la tabla la modalidad es narcomenudeo y es mayor es modalidad para narcotráfico, la idea es ayudar a la discrecionalidad del ente investigativo y de los jueces para la tipificación de los delitos. Así como establecimos en el caso de Honduras, la posesión del narcótico en cantidad igual o menor a la de la tabla de la LGS, es la que no está penalizada, porque se presume que la disposición de esta por parte del agente es para el consumo personal inmediato. Veamos la excepción a la posesión simple del art.478 que con anterioridad habíamos abordado pero no profundizado:

El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la

²⁷⁰ Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) (2014), “En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina”. *Op cit* p108.

²⁷¹ Ídem

²⁷² Por ello resulta enriquecedor el amparo otorgado en México DF a favor del consumo con fines lúdicos para los quejosos.

misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.²⁷³

Como habíamos mencionado el Ministerio Público se abstendrá de ejercer la acción penal en contra del farmacodependiente o el consumidor, según el art.192 de la LGS es “Consumidor: Toda persona que consume o utilice estupefacientes o psicotrópicos y que no presente signos ni síntomas de dependencia”. Atendiendo la literalidad del artículo 192, deberíamos incluir en el concepto de consumidor al consumidor (valga la redundancia) en todas sus clases, también los que tienen fines lúdicos. El otro requisito es que sea en igual o menor cantidad de la tabla de la ley y que sea para su estricto consumo personal inmediato; que se encuentre fuera de los lugares que establece el art. 475 fracciones II de la misma normativa²⁷⁴.

Es necesario establecer un uso del lenguaje; en este punto, el artículo inicia con el mandato del no ejercicio de la acción penal por parte del MP, el ejercicio de la acción penal y su desistimiento es una facultad exclusiva del MP como lo establece el CNPP en su art.127. Para Beling el derecho de la acción penal es la “facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal mediante la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o privado, según sea la facultad conferida a dichos órganos (acción privada), o en concurso con el órgano público (acción pública); es decir mediante una oferta o proposición de actuar la voluntad de la ley aplicable al caso”²⁷⁵. En palabras más sencillas según Catalina Pérez el hecho que el MP este llamado a no incoar la acción penal no implica:

...ello no significa que no inicie una investigación penal. Ésta se inicia pero se concluye con un No Ejercicio de la Acción Penal (NEAP). En otras palabras, en

²⁷³ Art.478 LGS párrafo primero.

²⁷⁴ Se cometan en centros educativos, asistenciales, policiales o de reclusión, o dentro del espacio comprendido en un radio que diste a menos de trescientos metros de los límites de la colindancia del mismo con quienes a ellos acudan.

²⁷⁵ Ernest Beling citado por Soberanes, Miguel Ángel Castillo. “El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México”. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. (Consultado el 9 de abril 2017 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/864/5.pdf>) p35.

casos de consumo, el aparato penal se pone en marcha: la policía detiene al consumidor y lo presenta ante el ministerio público. En otras palabras, los consumidores siguen inmersos en el sistema penal, con todos los riesgos y costos que ello conlleva –desde estar sujetos a detenciones por instituciones que frecuentemente han sido ligadas a violaciones de debido proceso y corrupción hasta los costos que implica para las instituciones procesar cada caso-²⁷⁶.

Y es que de hecho el procedimiento para el desistimiento de la acción penal en el nuevo sistema, según el artículo 144 CNP, debe realizarse ante juez competente bajo la autorización del funcionario que delegue la facultad. En la audiencia “El Ministerio Público expondrá brevemente en audiencia ante el Juez de control, Tribunal de enjuiciamiento o Tribunal de alzada, los motivos del desistimiento de la acción penal. La autoridad judicial resolverá de manera inmediata y decretará el sobreseimiento”²⁷⁷. Concluyendo a pesar que existe la despenalización el primer contacto del consumidor e inclusive del narcodependiente con el estado sigue siendo la autoridad y los entes investigativos.

La tabla de orientación del consumo establece –como ya hemos reiterado- una dosis máxima para la determinación del consumo personal e inmediato, aunque la Suprema Corte se ha manifestado que la cantidad establecida en la tabla solo debe ser un indicio²⁷⁸, existen tesis que establecen que el sobrepasar la cantidad es suficiente para acreditar una conducta grave²⁷⁹. Según la Encuesta Nacional de Adicciones del año 2011, existe en México un aumento en el consumo de narcóticos donde la población que presenta la prevalencia más alta es el grupo entre los 18-34 años donde la preferencia por cualquier droga ilegal “...casi se duplicó al pasar de 5.7% a 10.6%. Asimismo, el resto de las drogas ilegales

²⁷⁶ Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) (2014), “En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina”. *Ibíd*em p110.

²⁷⁷ Art.144 párrafo 3 CNPP

²⁷⁸ Suprema Corte de Justicia Tesis: 1a./J. 3/2015 (10a.) Primera Sala ; Semanario Judicial de la Federación. 2008745 Jurisprudencia Penal.

²⁷⁹ El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 121/2013, que dio origen a la tesis aislada número II.3o.P.25 P (10a.) establece: el solo hecho de que la cantidad de droga poseída por el sujeto inculcado rebase lo permitido por la tabla contenida en el artículo 479 de la Ley General de Salud, es dato suficiente para considerar que su propósito era cometer alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal.

presentan crecimientos importantes entre 2002 y 2011. Tal es el caso del consumo de marihuana que pasó de 4.6% a 8.7%, el de cocaína se incrementó de 2.4% a 5.2”²⁸⁰.

Otro referente a tomar en cuenta es que según el Centro de Integración Juvenil en el 2014, en 20 estados de México el Consumo de Marihuana había superado al del alcohol y este último presenta un cuadro problemático mayor en razón de los incidentes que causa²⁸¹. Es decir que usando un poco la lógica un consumidor de alcohol no compra la cantidad para su consumo personal inmediato, sino por el contrario, lo necesario para un consumo recreativo sea para ese momento ameno que pretende atravesar o para su semana, si empieza a presentar un cuadro de dependencia esta sería mayor. Es decir parafraseando lo que ha establecido el CEDD en sus informes que el elevado número de casos en México por narcomenudeo son “en realidad personas que no tienen fines de comercio sino simples consumidores equiparados a narcomenudistas”²⁸².

Tabla N°9: Consumo Personal

TABLA DE ORIENTACION DE DOSIS MAXIMAS DE CONSUMO PERSONAL E INMEDIATO		
Narcótico	Dosis máximas 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 Metilendioxfanfetamina	Polvo, Granulado o cristal	Tabletas o cápsulas

²⁸⁰El Consumo de Drogas en México: Resultado de la Encuesta Nacional de Adicciones 2011 en Salud Mental vol.35 no.6 México nov./dic. 2012 (consultado el 10 abril 2017 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252012000600001)

²⁸¹ CIJ. “Consumo de Drogas: Riesgos y consecuencias” (2014) (consultado el 10 de abril 2017 http://www.cij.gob.mx/Publicaciones/pdf/Consumo_de_drogas_web.pdf)

²⁸² Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) (2014), “En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina”. Ídem

	40 mg.	Una Unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34-metilendioxi-ndimetilfeniletamina	40 mg.	Una Unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una Unidad con peso no mayor a 200 mg.

Fuente: Propia.

Previo a ahondar en el ejemplo del caso sobre consumo personal de uso recreativo, quiero abordar el segundo párrafo del artículo 197 del Código Penal Federal, el cual deja demasiado amplio, a mi parecer, el tipo penal:

Al que indebidamente suministre gratis o prescriba a un tercero, mayor de edad, algún narcótico mencionado en el artículo 193, para su uso personal e inmediato, se le impondrá de dos a seis años de prisión y de cuarenta a ciento veinte días multa. Si quien lo adquiere es menor de edad o incapaz, las penas se aumentarán hasta una mitad.

La sanción de 2-6 años de reclusión además de la multa contra quien indebidamente suministre de forma gratuita algún narcótico de la lista para su uso personal e inmediato; a pesar de que hasta este punto he intentado manejar un lenguaje jurídico acorde al usado al código, me atrevería a hacer alusión a este apartado casi traduciéndolo así: a quien regale por ejemplo, un cigarro de marihuana dentro de la dosis de la tabla para su consumo personal e inmediato a un tercero de forma gratuita, será penado con prisión de 2 a 6 años, es decir, no importa la calidad ni la condición de quien la proporciona de forma gratuita es un delito por su afectación a un tercero.

5.2.4.1 EJEMPLO CONSUMO PERSONAL

A continuación no solo explicaremos un amparo en revisión, sino un amparo histórico para la sociedad mexicana ya que con él, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) otorgó el primer amparo a cuatro personas para el consumo con fines lúdicos y recreativos, además de hacer alusión a las actividades que llevan la finalidad del auto consumo²⁸³. Según el periódico Universal a partir de dicho amparo, son más de 80 los interpuestos hasta la fecha que persiguen la misma finalidad, entre algunos de los argumentos ya los hemos expuesto en el desarrollo de la tesis, pero intentaremos brevemente explicarlos a la luz de la resolución del amparo interpuesto en la ciudad de México.

La síntesis de los hechos previos al amparo en Revisión 237-2014 son los siguientes: resulta que en fecha El 31 de mayo de 2013 los ahora quejosos solicitaron por escrito a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), ente desconcentrado de la Secretaría de Salud, la expedición de una autorización que les permitiera el consumo personal con fines meramente lúdicos o recreativos del *estupefaciente cannabis sativa*²⁸⁴ y del *psicotrópico* THC²⁸⁵, en conjunto conocidos como “marihuana”²⁸⁶; los entonces solicitante incorporaron las conductas previas al consumo y necesarias realmente para un consumo sustentable, el llamado autoconsumo y sus derechos correlativos tales como siembra, posesión, cosecha, preparación, transporte, etc. excluyendo cualesquiera de los actos relacionados al tráfico, enajenación y comercio, ya que esa no era la intencionalidad del actor. En síntesis, los solicitantes argumentaron como se vinculan necesariamente lo que en otro momento o en otro caso puede representar un

²⁸³ Los quejosos forman parte de la llamada Sociedad Mexicana para el Autoconsumo Responsable y Tolerante (SMART) las actividades incluyen la siembra, cosecha, posesión, etc. Para el autoconsumo.

²⁸⁴ Marihuana: también su resina preparados y semillas, cuando refieren en el amparo a cannabis indica la cual es una variedad de cannabis según el sitio web Royal Queen Seds las dos más comunes son la sativa y la indica, así mismo estas tienen sub variedades que dependen del lugar de procedencia y otras peculiaridades en su cultivo y características.

²⁸⁵ Con ciertos Isómeros y su variantes, lenguaje técnico que desconozco pero que se especifica en el amparo en Revisión mencionado; necesarios para la expedición del permiso que solicitaron en su momento al órgano de la Secretaría de Salud. En si es un compuesto químico que se puede extraer de la cannabis y se puede ingerir de varias formas.

²⁸⁶ Amparo en Revisión 237-2014 cuyo órgano jurisdiccional de origen y expediente de remisión son: juzgado décimo primero de distrito en materia administrativa en la ciudad de México (exp. Origen: j.a.-844/2013) Quinto tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito (exp. Origen: r.a.-19/2014)

problema para tipificar las conductas relacionadas con el consumo, pero que a su vez atienden dicha finalidad.

La solicitud fue rechazada por la COFEPRIS debido a que según informó el órgano la autorización no podía ser expedida debido a las prohibiciones normativas:

Hasta el momento no podía ser expedida la autorización solicitada, pues de conformidad con los artículos 235 y 237 —respecto al estupefaciente “cannabis sativa”—, así como 245, 247 y 248 —respecto del psicotrópico “THC”—, todos de la Ley General de Salud, está prohibida en todo el territorio nacional la realización de cualquier acto relacionado con las sustancias aludidas²⁸⁷.

Ante la negativa del ente ante su solicitud, procedieron a interponer un amparo indirecto alegando la inconstitucionalidad de los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la LGS. Debido a que estos vulneran los derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, salud y libertad individual, propios de la dignidad humana argumentando que la política prohibicionista del consumo de marihuana, “no superaba los exámenes de escrutinio de la Suprema Corte para restringir derechos fundamentales”²⁸⁸, sostuvieron que:

La elección de consumir marihuana es una decisión estrictamente personal, pues el individuo es quien padece el cambio de percepción, ánimo y estado de conciencia, afrontando las consecuencias de su decisión, sin que ello perturbe o afecte al resto de la sociedad. Por tanto, a través de estas medidas prohibicionistas, el Estado asume que el individuo no tiene capacidad racional para disponer de su cuerpo, mente y persona.

En cuanto al derecho a la salud argumentaban, que la regulación prohibicionista del estado intervenía directamente en el derecho de elección o potestad de la persona a disponer de su cuerpo y controlar la salud: “los artículos impugnados resultan inconstitucional al vulnerar el derecho a la salud en su aspecto negativo, entendido como la facultad o potestad de disponer de la salud personal, inclusive para no gozar de buena salud”. En lo referente al

²⁸⁷ Ídem

²⁸⁸ Amparo en Revisión 237-2014 punto 2 sobre demanda de amparo indirecto p.3

examen de escrutinio que debe realizar la Corte desde el punto de vista de los quejosos el ideal de un estilo de vida único no corresponde a un estado democrático y liberal:

No cuenta con una finalidad legítima, pues la imposición de un estándar único de vida saludable no es admisible para un Estado liberal que basa su existencia en el reconocimiento de la singularidad e independencia humana; *no es instrumental* para prevenir riesgos a la salud ni combatir adicciones, pues no se ha demostrado que la despenalización del autoconsumo aumentaría la demanda, mientras que sí se encuentra demostrado que la prohibición no la ha disminuido; y finalmente, *no es proporcional*, en tanto que existen medidas menos restrictivas para proteger la salud, además de que los perjuicios que genera la prohibición son mayores respecto de los beneficios que ha traído²⁸⁹.

El juez de Distrito que conoció del asunto, negó la protección constitucional a los quejosos donde inclusive calificó de inoperantes los preceptos de violación invocados por los quejosos por ejemplo que los derechos de libre desarrollo de la personalidad y dignidad son derechos personalísimos y que no pueden ser invocados por una persona moral²⁹⁰.

En cuanto a los derechos supuestamente violados el juez de Distrito determinó que la vulneración aludida era infundada. Desde su perspectiva la no violación de estos derechos fundamentales se sustenta en cuatro puntos esenciales:

- No existe violación al derecho de intimidad ya que no se obliga a revelar detalles privados de la vida de la persona.
- En cuanto al libre desarrollo de la personalidad y propia imagen no se violenta ya que “no se limita la forma de elegir la apariencia, actividad o manera en que los quejosos desean proyectar y vivir su vida”.

²⁸⁹ Ibídem p6.

²⁹⁰ Solo para diferenciar definamos persona moral como un conjunto de personas que se unen con un fin específico.

- No violenta el principio de autodeterminación: por que el estado debe tutelar y garantizar la protección del derecho a salud, tomando las medidas necesarias para ello.
- No violenta la dignidad de las personas: porque la puesta en peligro de la subsistencia digna de los destinatarios no existe; tampoco “tiene como finalidad imponer modelos y estándares de vida que sean ajenos a los particulares, además de que es obligación del Estado proporcionar a toda persona el mayor disfrute de salud física y mental”²⁹¹.

Sobre la prohibición por parte de la normativa considera el juez que son aptas para proteger la vida y la salud de las personas, ya que el consumo indebido de narcóticos se ha convertido en uno de los problemas más grandes que afronta el gobierno para proteger la salud. Así mismo, realizó un test de proporcionalidad donde considero que la restricción es válida por su protección a terceros, es adecuada e idónea y sobre todo proporcional donde se establece condiciones de “ejercicio, lo cual se traduce en un impacto mínimo en los derechos”. Y por último, en lo referente al concepto de violación por la penalización del autoconsumo calificó dicho argumento de inoperante e infundado ya que se basaba en premisas que fueron “desestimadas por lo anteriormente expuesto”.

Inconformes con lo resuelto en el amparo, los quejosos hicieron uso de su derecho e interpusieron el recurso de revisión. Consideraron que el juez de Distrito hizo caso omiso a sus argumentos y según consta en el amparo, a versión de los quejosos, el representante del órgano jurisdiccional se limitó a dar razonamientos “gratuitos e indebidamente motivados”²⁹²; para sostener que una política prohibicionista en la materia no vulnera los derechos expuestos. También alegaban los quejosos la falta de argumentación por parte del juez de distrito en varios puntos de su resolución y que el hecho de que el Estado tenga una finalidad no implica un motivo razonable para limitar derechos. Sostuvieron además, que solo se respeta la identidad de cada sujeto “si se le permite actuar en consecuencia de sus propios rasgos, cosmovisiones, concepciones de la vida buena y elementos que a su juicio

²⁹¹ He interpretado los puntos sustentados en el amparo a modo de hacerlos asequibles y sobre todo directos para avanzar al fondo de lo que pretendemos exponer en este punto.

²⁹² Amparo en Revisión 237-2014 ibídem p10.

lo definen y singularizan”; siendo el consumo de marihuana lo que a ellos les permite alcanzar tal fin²⁹³.

Por último, argumentaron que se realizó un deficiente análisis de la prueba aportada por el juez de distrito, entre los elementos presentados estaba un Informe realizado por una fundación acreditada por el Consejo Económico y Social de la ONU quienes sustentados en distintas ramas científicas analizaron el impacto del Consumo de marihuana, sus efectos y su comparación a otros estupefacientes. En cuanto al uso de la Encuesta Nacional de Adicciones del 2011 de la cual ya abordamos algunos puntos en el apartado anterior, los quejosos manifestaron que:

...se le atribuyó un alcance y valor probatorio inadecuado, en virtud de que tal documento no establece que el consumo de marihuana se haya detenido o disminuido, y tampoco hace valoración alguna de la estrategia implementada en nuestro país para el combate al consumo de drogas. Tal valoración errónea condujo al Juez de Distrito a considerar que las variaciones en el consumo de marihuana son una consecuencia de la política prohibicionista de nuestro país, sin que la encuesta demuestre un nexo causal entre ambos elementos.

Mediante auto de 9 de abril de 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en uso de su competencia recibió el amparo en revisión. El recurso fue sesionado el 4 de noviembre del 2015 donde se resolvió el mismo. La corte resolvió revocando la sentencia recurrida y concediendo el amparo para el efecto de:

Que el Director Ejecutivo de Regulación de Estupefacientes, Psicotrópicos y Sustancias Químicas de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, autoridad señalada como responsable en el juicio de amparo, otorgue a

²⁹³ No deseo ahondar en este punto a profundidad en los argumentos que motivaron la revisión, básicamente sustentan la violación a los derechos impugnados y la falta de argumentos por parte del juez de distrito, si el lector desea profundizar en ello les recomiendo la lectura completa de la resolución la cual por cierto es muy bien fundamentada. Pero en este extremo de la tesis es necesario priorizar en la argumentación que motivo el fallo positivo a favor de los quejosos.

los quejosos la autorización a que hacen referencia los artículos 235 y 247 de la Ley General de Salud, respecto de las sustancias y para los efectos a los que se ha hecho referencia anteriormente, en el entendido de que dicha autoridad no podrá utilizar las porciones normativas cuya inconstitucionalidad ha sido declarada en los términos ... expuestos como base para dictar la resolución respectiva.

La Suprema Corte argumentó en razón de los siguientes puntos su resolución: (1) El marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud; (2) La incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y (3) determinar si la medida impugnada supera las cuatro gradas del test de proporcionalidad: (a) constitucionalidad de los fines perseguidos medida; (b) idoneidad; (c) necesidad; y (d) proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, (4) Las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos impugnados {inconstitucionalidad de los artículos impugnados y (5) se precisarán los efectos de la concesión del amparo²⁹⁴. Y de los cuales haremos brevemente una exposición desde el punto 3 sobre los grados del test de proporcionalidad con énfasis en el inciso (a) para precisar la finalidad normativa y estatal y el (d) para evaluar si es proporcional la protección del Estado ante la limitación del derecho ya que de estos dos puntos en especial radica los argumentos del quejoso, además de sintetizar nuestra explicación; hasta las conclusiones del estudio de constitucionalidad y los efectos del amparo.

El análisis del test de proporcionalidad permite que el escrutinio normativo sometido al mismo, adquiera un carácter definitivo y mucho más amplio una vez superado como fue en este caso la cobertura *prima facie* sobre las restricciones normativas²⁹⁵, en comparación al

²⁹⁴ Amparo en Revisión 237-2014 op cit p22.

²⁹⁵ Según versa el último párrafo del punto II que literalmente establece: En este sentido, el derecho fundamental adopta una doble fisonomía: antes de practicar el test de proporcionalidad presenta un carácter *prima facie* y sólo después de que se ha realizado el escrutinio adquiere un carácter *definitivo*, de tal suerte que si la medida legislativa limitadora no supera el test de proporcionalidad el contenido definitivo del derecho será coincidente con el atribuido *prima facie*; en cambio, si la ley se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad el contenido del derecho será más reducido que el aparente o *prima facie*

derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual puede incluir el consumo de ciertas sustancias con fines lúdicos²⁹⁶.

Considero necesario recalcar en este punto que el amparo bajo la pretensión de los quejosos lleva la finalidad de someter al test constitucional el Sistema de prohibiciones administrativas de la Ley General de Salud y no así el sistema punitivo estatal establecido en la mencionada ley y el Código Penal Federal.

Sobre la Constitucionalidad

Primero sobre la constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida: como hemos dicho en reiteradas ocasiones el bien jurídico tutelado por el estado en estas prohibiciones es la salud; en ese sentido el legislador vio necesario para salvaguardar el bien tutelado restringir las actividades alrededor del estupefaciente marihuana, mediante la adjudicación del control estricto y prohibicionista de las mismas. Por ello el art.1 y la fracción I del art.2 de la LGS establece la búsqueda de la protección y la “promoción del bienestar físico y mental” de la persona mediante estos mecanismos que permiten evitar un problema de salud pública producto de la dependencia que genera el consumo de narcóticos todo en aras de atender la protección del derecho a la salud, que establece el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Según el amparo en cuestión con la última reforma del art.245 de la LGS se enfatizaba en su exposición de motivos que:

Uno de los problemas de salud pública más serios a nivel internacional es el relativo al *consumo* y comercialización de drogas, fenómeno que en los últimos años ha experimentado una creciente complejidad debido al proceso de internacionalización de las actividades ilícitas de creación, producción y tráfico ilícito de precursores químicos²⁹⁷.

Por lo anteriormente expuesto, la Suprema Corte entiende que la normativa que controla y protege la salud y el orden público, por medio de sus distintos procesos “desprende que el

²⁹⁶ Resumiendo a groso modo el punto II

²⁹⁷ Amparo en Revisión 237-2014 ibídem p45.

legislador tuvo la intención de procurar la salud de los consumidores de drogas y proteger a la sociedad de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo”²⁹⁸, ambas premisas constitucionalmente válidas.

Del mismo modo señala, que la persecución del orden público se basa en la protección de objetivos sociales colectivos a través de decisiones legislativas o políticas públicas²⁹⁹. Pero a su vez deja claro que dicho objetivo no se cumple con las limitantes impuestas al consumo cuya prohibición la sujeta al orden de la “autodegradación moral”³⁰⁰ no persigue un propósito legítimo:

La Constitución no impone un ideal de excelencia humana, permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecte a los demás. Así, las supuestas afectaciones al desempeño social que ocasiona la marihuana —por ejemplo, disminución de productividad laboral del consumidor y el denominado “síndrome amotivacional”— no pueden considerarse como razones válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, ni de la ley que ahora se analiza, ni de los procesos legislativos que la han reformado, se desprende la intención del legislador de promover un determinado modelo de virtud personal. Como se ha explicado, la ley pretende proteger la salud y el orden público³⁰¹.

La Suprema Corte concluye esta parte del test estableciendo que “el marco regulatorio para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la LGS tiene una finalidad constitucionalmente válida”.

Sobre la Proporcionalidad

Resulta entonces que la medida establecida constituye una intervención a los derechos fundamentales del individuo en esencia sobre la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad. Reitera la Suprema Corte que el modo en el cual un individuo escoge

²⁹⁸ Ibídem p46.

²⁹⁹ Ídem

³⁰⁰ Ídem

³⁰¹ Ibídem p49.

recrearse pertenece a la esfera más íntima y privada, por ello en cuanto a la proporcionalidad de la medida implica una afectación muy importante a los derechos mencionados, sin que dicha afectación se vea reflejada a la inversa por consumo sobre el orden público y la salud.

Las prohibiciones administrativas que impone la LGS las califican los magistrados como “intensas” y consisten prácticamente en una “prohibición absoluta” para el consumo de marihuana y sus actividades conexas vinculadas al autoconsumo; por tanto suprime toda la gama de posiciones jurídicas que permitiría a los quejosos ejercer este derecho³⁰². Así que desde el análisis de proporcionalidad las limitaciones al ejercicio de estos derechos solo estaría justificado si los daños ocasionados fueran muy graves y por tanto justifican el sistema de prohibiciones administrativas; en cambio en este caso por tratarse del consumo o autoconsumo tal prohibición resulta desproporcionada ya que dicha disposición afecta el libre desarrollo de la personalidad.

Por ello, en esta parte la Suprema Corte resolvió que el sistema de prohibiciones establecidas en la LGS, afecta de forma intensa el derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación del grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se efectúa limitando el autoconsumo y afecta el derecho en mención.

También se hace mención que la normativa no menciona medios alternos que afectan en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero dichos medios existen, aunque no se utilicen ni mencionen. Con esto los Magistrados manifiestan que la Suprema Corte en ningún momento pretende minimizar los daños que puede ocasionar la marihuana en el consumidor mayor de edad, pero la determinación sobre su uso le corresponde a la persona en el ejercicio de sus derechos, así:

Este Alto Tribunal considera que pertenece al estricto ámbito de la autonomía individual protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad la posibilidad de decidir responsablemente si desea experimentar los efectos de esa sustancia a pesar de los daños que esta actividad puede generarle a una persona.

³⁰² *Ibíd*em p77.

Sobre Las conclusiones del estudio de constitucionalidad y los efectos del amparo

La inconstitucionalidad de los artículos impugnados

Parte de separar las prohibiciones administrativas establecidas en la normativa mexicana de las sanciones punitivas, resultaron esenciales en la concesión del derecho al consumo con fines lúdicos; por ello, su reclamo no versaba sobre el rigor punitivo sino sobre las limitaciones al uso de su derecho. Como estuvimos desglosando anteriormente al estudiar los delitos contra la salud establecidos en los art.194, 195, 105 bis y 196 del Código Penal Federal, así como la parte punitiva de la LGS en lo referente a la llamada ley de narcomenudeo, existen en todos los tipos penales un elemento que pareciera pasar desapercibido pero que es esencial en la comisión de los ilícitos como ser que la conducta se efectúa sin la autorización correspondiente. Y a pesar que los artículos anteriores no fueron impugnados, es necesario que la Suprema Corte recalque este punto que no se estaría entrando al ámbito penal ya que uno de los alcances que tuvo el amparo es precisamente obligar que la Secretaria de Salud autorice a los quejosos en referencia a los artículos 237 y 247 de la LGS, por tanto con dicha autorización los quejosos no incurrirían en la comisión de los ilícitos en cuestión³⁰³. En conclusión:

Resultan inconstitucionales los artículos 235, 237, 245, 247 y 248, todos de la Ley General de Salud, en las porciones que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para la realización de los actos relacionados con el consumo personal con fines recreativos (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar), en relación únicamente y exclusivamente con el estupefaciente “cannabis” (sativa, índica y americana o mariguana, su resina, preparados y semillas) y el psicotrópico “THC”³⁰⁴...

Otro argumento que se intentó sostener sobre la inoperancia señalada en el otro amparo, versa sobre el margen de disponibilidad para el consumo que establece la tabla del artículo 479 de la LGS, pero dichos preceptos no fueron aplicados por parte de la secretaria para la emisión del permiso o denegación del mismo, además señala la suprema Corte que “la

³⁰³ Ibídem p81.

³⁰⁴ Ibídem p79.

posibilidad de poseer hasta 5g para el consumo personal de marihuana no constituye un derecho al consumo personal, sino una excluyente de responsabilidad”.

Sobre los alcances del amparo en revisión se extiende al amparo y protección de los derechos de los quejosos frente a la normativa antes recalcada fehacientemente y el oficio emitido por la Secretaria de Salud, por tanto se ordenó que la Secretaria de Salud mediante la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) otorgue el permiso a favor de los quejosos señalado en los art.235 y 237 de la LGS; para efectos de permitir su libre desarrollo de la personalidad mediante el consumo de marihuana y los actos relacionados al autoconsumo, en ningún momento el amparo versa sobre actos de comercio y tráfico ya que estos siguen siendo delitos.

5.3 EL ERROR DE PROHIBICION EN DELITOS CONTRA LA SALUD

Como hemos visto en los distintos tipos penales abordados existen elementos objetivos sujetos a elementos subjetivos, a circunstancias que permitan determinar la voluntad en el accionar del individuo. Lo anterior tiene su justificación en el hecho de que no podemos limitar el uso del derecho penal a la sanción absoluta de conductas de los individuos, negando que existan situaciones excepcionales que permiten que una conducta no se enmarque en el plano de lo ilícito. Contrario a la creencia civilista heredada por los códigos españoles de los cuales aún quedan vestigios en las diversas legislaciones latinoamericanas, donde versaban “nadie puede alegar ignorancia de ley”; en el derecho penal la no conciencia de la antijuridicidad de la norma excluye la culpabilidad.

Y es que tenemos dentro del delito elementos positivos y elementos negativos³⁰⁵, los primeros se refieren a la construcción del delito a sus elementos conocidos la conducta típica, antijurídica, culpable y “punible”³⁰⁶. Entre elementos negativos son aquellas causas de exclusión del delito y estas existen para cada uno de los elementos positivos, por

³⁰⁵ La evolución de la teoría del delito permite visualizar tanto la composición de una acción ilícita como sus causales de exclusión.

³⁰⁶ Citando al Dr. Eloy Morales Brand la punibilidad no es un elemento del delito sino una consecuencia de la infracción. Pero para efectos meramente expositivos lo he incluido en esta parte.

ejemplo, para la tipicidad la causa de exclusión es la atipicidad y el llamado error de tipo, para la antijuridicidad existen las causas de justificación y para la culpabilidad la inculpabilidad (error de prohibición)³⁰⁷; es decir, que existen factores que permiten legitimar la acción de un sujeto que pareciera ilícita.

La antijuridicidad como ya hemos señalado, es uno de los elementos objetivos que configuran el delito, que implica que una conducta típica “sea antijurídica cuando ataca un bien jurídico protegido por la norma penal y no existe autorización para que actué de esa manera; es decir no se adecua a la finalidad impuesta por el derecho”³⁰⁸. Por lo anterior el Dr. Eloy Morales Brand señala que “no basta con la contradicción de la conducta con el orden jurídico, sino también que se lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado, sin tener autorización para hacerlo”³⁰⁹.

En cuanto, la culpabilidad, se enmarca como un elemento subjetivo y por ello para determinarlo se necesita prestar atención a las circunstancias que le rodean, valorando por parte del juez el conjunto de hechos que circunscriben a la acción cometida por el imputado es decir, como también establece el honorable jurista mexicano la valoración hecha por el juzgador sirve para determinar si la persona procesada “...es o no culpable, a partir de que su conducta sea reprobada social y jurídicamente; se realiza sobre la subjetividad del autor para determinar la existencia de su voluntad relacionada con la inobservancia de la norma”³¹⁰. Por ello la culpabilidad normativa es un juicio de reproche que exige del autor que su accionar debió motivarse dentro de la norma³¹¹, esa motivación deberá revelar la disposición interna del sujeto para cometer o no lo que la norma enmarca como ilícito, en otras palabras la intencionalidad en el accionar del sujeto debe recaer en los elementos subjetivos es decir en la culpabilidad, de esta manera se podrá apreciar mejor la existencia

³⁰⁷ Para una explicación más detallada se recomienda leer la parte del Delito contenida en el capítulo Tercero del libro de Morales Brand, J. (2015). “Derecho Penal nuevo Curso de la Parte General”. 7th ed. SLP, México: CENEJUS, pp.117-184.

³⁰⁸ Morales Brand, J. (2015). “Derecho Penal nuevo Curso de la Parte General”. *Ibidem* p175.

³⁰⁹ *Ibidem* p176.

³¹⁰ *Ibidem* p184.

³¹¹ Zaffaroni, E. R. (2005) “Tratado de Derecho Penal: Parte General”. Tomo V; 2 ed. Buenos Aires: EDIAR p312.

del error. Existe inculpabilidad “cuando no existe dolo, ni preterintencionalidad o culpa”³¹², encuadrándose a su vez el error de prohibición por razones culturales.

El error de prohibición recae sobre el conocimiento y la comprensión del carácter del injusto; sobre el conocimiento de la antijuridicidad y pero como esta no pertenece al tipo, el conocimiento de la objetividad de este no la abarca³¹³. La culpabilidad por tanto debe excluirse o disminuirse, ya que el sujeto desconoce en razón de formación y contexto cultural que su accionar se enmarca en una norma de convivencia, en una prohibición y que por tanto no está autorizado a actuar en bajo un límite jurídico³¹⁴.

El error de prohibición es diferente del error de tipo, el primero recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad y el segundo, sobre el aspecto objetivo del tipo³¹⁵. El error de tipo, ataca la tipicidad ya que el sujeto ignora que está efectuando un hecho punible y en el error de prohibición, la ignorancia recae sobre la existencia de la norma, de la prohibición normativa³¹⁶ y por tanto podemos decir que tampoco sabe que efectúa un hecho constitutivo de delito (error directo e invencible). Lo que nos lleva a diferenciar los diferentes tipos de error de prohibición, tomando en cuenta la estructura elaborada por Morales Brand, por ser esta más específica y completa en comparación a la realizada por Raúl Zaffaroni, teniendo en consideración la pluralidad de acciones que pueden circunscribir un posible hecho delictivo³¹⁷:

El Error de Prohibición Directo: características esenciales primero Recae en la ignorancia de la ley por tanto desconoce que existe una norma que restringe su conducta o “prohíbe su hacer”; el elemento esencial aquí la razón por la cual el sujeto se encuentra en esa condición ya que existe una considerable población que no corresponde a la norma penal por “extremo atraso cultural y aislamiento social del sujeto”.

³¹² Morales Brand, J. (2015). *Ibíd*em p131.

³¹³ Zaffaroni, E. R. (2005) “Tratado de Derecho Penal: Parte General”. *Ibíd*em p337.

³¹⁴ Para el Dr. Morales Brand la llamada *Conciencia Jurídica* la que permite al sujeto distinguir por su formación y nivel cultural, que su actuar es desaprobado y no autorizado socialmente.

³¹⁵ Zaffaroni, E. R. (2005) “Tratado de Derecho Penal: Parte General”. *Ibíd*em p337.

³¹⁶ Morales Brand, J. (2015). *Ibíd*em p181.

³¹⁷ Se toma en cuenta las características a partir de la diferenciación y caracterización del error de prohibición realizado por el Doctor Eloy Morales Brand.

El Error de Prohibición Indirecto: donde el sujeto es consciente que está cometiendo una conducta ilícita pero actúa creyendo que se encuentra sujeto a una causa de justificación, por lo que el requisito indispensable es que realice la acción bajo miedo insuperable o temor fundado.

Error de prohibición Vencible: donde el sujeto pudo salir de “su falsa creencia empleando diligencia normal de acuerdo a la situación cultural en que actuó y en esos casos se atenúa o disminuye la culpabilidad y la sanción”³¹⁸. Esto último se hace de la siguiente forma primero si el tipo penal es doloso pero admite un tipo culposo por no actuar con debida diligencia, se sanciona por el delito culposo por que la negligencia le impidió salir de su error. Segundo si solo admite configuración dolosa, “regularmente la pena se reduce a la mitad o a una tercera parte”; pero operando bajo los mismos parámetros del error de tipo, si no existe conocimiento, no existe intencionalidad y por tanto no existe el dolo (ausencia del elemento subjetivo), por tanto no podría ser sancionado.

El error de prohibición invencible: donde según la situación al agente le fuese imposible superarlo aun actuando con la debida diligencia, es decir, “no saldría de su error de ninguna forma, por lo que excluye la culpabilidad (la ignorancia de ley exime de responsabilidad penal”.

Uno de los elementos más difícil de probar en los delitos contra la salud es el hecho de ignorar que existe una legislación que prohíbe la posesión de estupefacientes o sustancias sicotrópicas; sin embargo existen elementos de los tipos penales que configuran la esencia de los delitos que las personas ignoran y desconocen. Es así que un consumidor habitual puede desconocer los límites del consumo personal inmediato y comprar un suministro para una semana y un mes; bajo el mismo ejemplo trasladarlo oculto e ignorar que si lo lleva en su automóvil podría atribuírsele bajo criterios cuestionables el transporte del narcótico. En la misma línea podría sembrar para su consumo personal. La ignorancia de la antijuridicidad no implica solamente los elementos de la norma sino también todos aquellos que hagan pensar al individuo que su conducta es ilícita, por eso no se sujeta al tipo, porque el no dominio de la terminología jurídica, de la jurisprudencia y de los tipos penales tan

³¹⁸ Morales Brand, J. (2015). *Ibíd*em p188.

amplios en materia de delitos contra la salud, también es parte de la ignorancia del sujeto, desconoce los límites que le ha impuesto la legislación penal.

Como recalcan las jurisprudencias tanto de Honduras como de México existen circunstancias alrededor de los ilícitos que nos permiten determinar los elementos estructurales del delito e incluso circunstancias que permiten eximir de responsabilidad al sujeto que supuestamente a cometido una infracción. Y es que “solo actúa culpablemente el que además de ser imputable y tener conciencia de la antijuridicidad, pudo proceder de otra manera”³¹⁹. Por tanto la inexistencia de los elementos subjetivos del delito contenidos en la antijuridicidad y la culpabilidad, deben determinarse no solo por el grado de afectación al bien jurídico tutelado, sino por la intencionalidad del sujeto en su conducta, para poder exigirle una responsabilidad y atribuirle un resultado, por ello operan los elementos negativos del delito; a mi parecer para evitar a su vez que sujetos cuya peligrosidad es totalmente cuestionable o inexistente se conviertan en “víctimas” de una sanción penal.

Zaffaroni emplea varios ejemplos del error de prohibición muy sencillos e ilustrativos pero que nos pueden ayudar a plantear los elementos que pretendemos rescatar para delitos contra la salud. Es así que mencionamos algunos y luego los llevamos al ámbito de los delitos contra la salud, posteriormente afrontaremos la legislación Mexicana y Hondureña individualmente sobre la posibilidad de argumentar un error de prohibición en la materia objeto de esta tesis.

El primer ejemplo, que tomaré del jurista argentino versa que existe un error de prohibición cuando un nativo del estado de Veracruz comete adulterio en Argentina, ignorando que aquí es delito lo que en su Estado no lo es. Como podemos observar las circunstancias sociales y culturales del sujeto, hacen que ignore la legislación en país extranjero por lo que incurre en un error de prohibición directo.

Un segundo obra cuando una persona cree que actúa en legítima defensa, creyendo que recibe un ataque con propósito homicida, repele la acción matando al supuesto agresor y pensando que actúa bajo el amparo de la defensa (una conducta permitida), cuando en

³¹⁹ *Ibíd*em p190.

realidad la agresión no existió³²⁰. Es un error de prohibición y denotemos que el no conocimiento exacto para evaluar la situación pudiera considerarse un tipo de ignorancia normativa.

Existen varias circunstancias que pueden orientar al sujeto a vivir en circunstancias sociales y culturales que le impidan conocer la ilicitud de su conducta, efectivamente los elementos culturales implican elementos distintos a los normativos, inclusive el no reconocimiento formal de una norma positiva. El sujeto por su formación y proyecto de vida puede formar parte de una comunidad indígena que practique el pluralismo, que en su cosmovisión y prácticas contrarias al derecho positivo vigente, sean normales y no peligrosas. Aunque no ahondare a profundidad en este tema, si deseo hacer énfasis que el convenio 169 de la OIT reconoce en su art.1 a los pueblos tribales e indígenas cuyas condiciones culturales, sociales y económicas les distinga de otros sectores de la colectividad nacional, regidos por sus propias costumbres y tradiciones.

Pero llevado al ámbito procesal, como demostramos en un juicio que el imputado cae en un error de prohibición por razones de su cultura, de sus costumbres y tradiciones. El elemento de prueba que nos permite no solo vincular al sujeto con una comunidad y su contexto, sino que además un peritaje debidamente elaborado nos permitiría que la falta de conocimiento de la normativa se circunscribe al hecho de la no ilicitud de su acción porque para la realidad cognoscitiva del sujeto su conducta se enmarca en un comportamiento normal. Se convierte en un medio de prueba fundamental como hace mención Laura Valladares proporciona una herramienta única para aclarar las circunstancias de los hechos supuestamente delictivos:

Es decir el peritaje una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del juicio, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes de las gentes.

³²⁰ Zaffaroni, E. R. (2005) “Tratado de Derecho Penal: Parte General”. Ibídem p338.

Además el uso del peritaje antropológico permite allanar el camino para una defensa adecuada de los pueblos indígenas, del entendimiento intercultural y no pueden ser vistos solo como un medio de prueba más, sino por el contrario en razón del no conocimiento de una cultura por parte de los entes encargados de administrar justicia, se convierte en el puente traductor de las demás pruebas aportadas que nos permitan atribuir la responsabilidad o no de un sujeto bajo la presunción de inocencia.

5.3.1 EL ERROR DE PROHIBICION POR DELITOS CONTRA LA SALUD EN MEXICO

Parte del sustento del error de prohibición en la legislación mexicana lo encontramos en El capítulo IV del Código Penal Federal sobre Causas de exclusión del delito art.15 fracción VIII sobre los Errores invencibles el inciso B establece que “Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta”. El artículo 66 del mismo cuerpo legal que dicta la forma de atenuar la sanción:

En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate.

Solo para continuar exponiendo la normativa que se podría usar para argumentar el error de prohibición en los delitos contra la salud encontramos el ya mencionado con anterioridad, art.51 del mismo Código Penal Federal, enuncia que el juez dentro de los límites establecidos por la ley aplicaran las sanciones para cada delito pero tendrán que tener en cuenta las circunstancias de los hechos “particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan”. El art.52 establece también, que el juez tomará en cuenta para la imposición de penas y medidas de seguridad, según la fracción V: La edad, la educación, la ilustración, las

costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres.

El artículo 195 bis del Código Penal Federal, establece la no procedencia de la acción penal en su fracción II cuando por la cantidad y circunstancia se trate de peyote u hongos alucinógenos que “pueda presumirse que serán utilizados en las ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, así reconocidos por sus autoridades propias”.

Según el art. 2 de la Constitución Política Mexicana, amplía el rango de criterios por los cuales debe regirse dichas determinaciones al aceptar la existencia de un estado pluricultural. Tomando en cuenta como versa el párrafo segundo “La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”. Donde es clara la intención del legislador federal de excluir de las causas del delito a estos grupos reconociéndoles que sus usos y costumbres son elemento relevante para determinar que el uso de estos narcóticos o alucinógenos no necesariamente implica un daño al bien jurídico tutelado; reconoce su autonomía y determinación. }

Existen antecedente a considerar según la Comisión Estatal de Derechos Humanos se ha visto obligada a emitir constancias y oficios a los distintos tribunales solicitando acreditando la errónea detención de personas de la comunidad huichola que han sido detenidas en posesión de peyote, planta que se utiliza para sus ceremonias religiosas y rituales de sanación³²¹. La Suprema Corte ya ha emitido varios fallos correspondientes a la liberación de los procesados por estos delitos una vez acreditada su pertenencia a una comunidad, lastimosamente no pude tener acceso a ellos, a pesar de eso tenemos elementos suficientes para construir el elemento cultural dentro del error de prohibición, el cual deberá reforzarse con un peritaje antropológico.

³²¹ La Jornada Aguas Calientes (2016) “Permiten a pueblos indígenas uso y transporte de peyote” (consultado el 18 de abril de 2017 <http://www.lja.mx/2016/01/permiten-a-pueblos-indigenas-uso-y-transporte-de-peyote/>)

Existe jurisprudencia de casos de delitos contra la salud donde se invocó error de prohibición, pero cuyo fallo no ha sido favorable³²². Sin embargo se han reconocido otros elementos en las tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia donde establecen que si se dan los elementos del error de tipo y de prohibición que “el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho” esto tiene el efecto de eximir de responsabilidad penal al imputado³²³.

A partir de ahí, podemos fácilmente retomar el ejemplo de dos mujeres de origen huichol³²⁴, quienes encontrándose a inmediaciones de un lugar considerado sagrado para ellas, muy cerca de una zona turística, tenían en su posesión peyote listo para ser consumido como parte de un ritual, razón por la cual unos agentes policiales al percatarse del hecho efectúan la detención. Aunque el motivo de su liberación en la vida real no fue por el argumento de un error de prohibición resulta enriquecedor intentarlo. Primero el actor desconoce que la norma penal le prohíbe su hacer, razón por la cual están actuando con total normalidad y sin la debida diligencia; segundo debido a su formación cultural como parte de identidad indígena en razón de los usos y costumbres de los pueblos y comunidades le es imposible superar el “error” porque su autonomía y creencia le hacen creer que su accionar no afecta de ningún modo ni las normas ni la convivencia razón por la cual es un error de prohibición directo e invencible.

³²² Suprema Corte de Justicia de la Nación: Amparo en Revisión 2773-2013

³²³ Versa: “se excluirá de responsabilidad penal” Tesis 140. Primera Sala. Séptima Época. Apéndice 2000. Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN, Pág. 97.

³²⁴ Excelsior; Derechos Humanos (2017) “ Tribunal Ordena Liberar indígenas Encarceladas por posesión de peyote” (Consultado el 18 de abril 2017 <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/02/21/944988>)

5.3.2 ERROR DE PROHIBICION POR DELITOS CONTRA LA SALUD HONDURAS

En Honduras, el error de prohibición no se encuentra regulado por la legislación penal vigente, el error de tipo en cambio sí según el art.20 y 21 del Código Penal Vigente. La dificultad que representa usar una figura que no se encuentra contenida en la normativa, es enorme, sin embargo según el artículo 19 del Código Procesal Penal sobre las fuentes auxiliares de la actividad judicial “La jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina en cuanto fuentes auxiliares del derecho, serán tenidos también en cuenta en la actividad judicial”.

El error de prohibición puede, por tanto, argumentarse como una fuente auxiliar tanto como doctrina, como por jurisprudencia, aunque esta última se ha utilizado para otra clase de delitos como violación especial³²⁵. En la casación CP 180-2010 se revocó la sentencia absolutoria dada por el error de prohibición que el tribunal de primera instancia había otorgado, pero la Corte Suprema de Justicia en su resolución señalaba los dos elementos a considerar para el error de prohibición “falta el conocimiento del autor de lo injusto del hecho”³²⁶ y el contexto cultural que rodea al imputado. En cuanto a este último elemento a mi gusto tiene un valor más allá de las condiciones de vida, el aislamiento o procedencia según sea el contexto individual, tiene que ver con la aceptación de otras formas de organización, costumbre y cultura, capaces de entender otras realidades sociales a otros sujetos sociales dejados a un lado u olvidados, se trata del llamado pluralismo el que posibilita “enfoques marcados por la existencia de más de una realidad y por la diversidad de campos sociales con particularidades propias”³²⁷.

Entonces, el otro problema lo representaría el vincular la aceptación del pluralismo como un concepto válido dentro de la normativa y trascendiendo a la doctrina. Resulta que la carta magna de los hondureños en su preámbulo:

³²⁵ Corte Suprema de Justicia de Honduras Casación CP 180-2010

³²⁶ *Ibidem* p7.

³²⁷ El Dr. Antonio Carlos Wolkmer define al pluralismo de esa manera. En su artículo PLURALISMO JURÍDICO: NUEVO MARCO EMANCIPATORIO EN AMÉRICA LATINA

La presente Constitución para que fortalezca y perpetúe un Estado de derecho que asegure una sociedad política, económica y socialmente justa que afirme la nacionalidad y propicie las condiciones para la plena realización del hombre, como persona humana, dentro de la justicia, la libertad, la seguridad, la estabilidad, **el pluralismo**, la paz, la democracia representativa y el bien común.

Viendo que la constitución reconoce otras formas de realidades sociales y el Estado de Honduras ratificó en 1995 el convenio 169 de la OIT, que en su preámbulo señala la “contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad...”. El mismo convenio en su artículo 5 inciso (a) establece además que “Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente”.

Teniendo los elementos que hemos señalado muy puntualmente me atrevo a ejemplificar: Existen en Honduras muchas etnias y pueblos originarios que han ido perdiendo sus tradiciones y herencia cultural, producto de factores sociales y de poder que aquí no expondré; sin embargo existe una etnia que conserva la gran mayoría de sus tradiciones y valores se trata de la etnia Garífuna. Este grupo en particular está establecida en la costa atlántica de Honduras hoy en día existen comunidades de la etnia en los departamentos de Cortes, Atlántida, Colon, Islas de la bahía y Gracias a Dios³²⁸, son consideradas patrimonio cultural Inmaterial de la Humanidad por la UNESCO³²⁹. Como no soy antropólogo no ahondaré en su contexto cultural y demás pero es oportuno señalar que algunas comunidades se encuentran aisladas y su acceso solo puede hacerse en pipante, caminos de herradura o en avión. Dicho esto tienen una bebida parte de su riqueza culinaria de nombre Giffity, esta bebida tiene originalmente una función sanadora en las comunidades, además de afrodisiaca, es preventiva para el tratamiento de calenturas e inclusive dolores

³²⁸ Están distribuidos en 47 comunidades ubicadas a lo largo de la Costa Norte Hondureña.

³²⁹ UNESCO, “Lengua Danza y Música Garífuna” (consultado el 20 de abril 2017 <http://www.unesco.org/culture/ich/es/RL/la-lengua-la-danza-y-la-musica-de-los-garifunas-00001>)

menstruales y musculares, se le adjudica que alarga la vida de las personas y las mantiene sanas³³⁰; aunque es un secreto de la etnia su contenido se estima que contiene 38 tipos de raíces, flores y semillas, muchas de ellas se conocen y otras como dije son parte de sus misterios. Es conocido que también se usa para fermentar o incrementar el efecto del alcohol, por lo que recomienda su uso moderado; fuera de eso y desconozco la veracidad de la información (aquí es donde un peritaje antropológico o una etnografía sería de gran utilidad) una de las raíces secretas que supuestamente lleva el giffity es la procedente de una variedad de cannabis.

Es así que llegamos a nuestro ejemplo, imaginemos una persona de la etnia que lleva cannabis o siembra para la preparación de cierta cantidad de giffity para una ceremonia en particular, es conocido que estas tradiciones son inclusive previas a la formación del estado Hondureño como hoy lo conocemos, pero fuera de eso tendríamos los elementos para un error de prohibición tanto el aislamiento del sujeto conforme a su contexto cultural (si demostrásemos que es de una comunidad tierra adentro), el imputado desconoce que está cometiendo un ilícito sea porque no sabe que existe la normativa penal o porque en su raciocinio él no está utilizando la planta con fines distintos a los de la preparación de la bebida o el concentrado denominado giffity y siendo esto parte de la cultura, la costumbre y tradición garífuna, con los elementos de prueba suficientes podríamos argumentar un error de prohibición. Y es que dependiendo en que elemento nuestro juzgador quiera encuadrar la culpabilidad, el dolo y la culpa, se tendrá que centrar el argumento del error de prohibición ya que no solo atiende a la antijuridicidad sino también a la intencionalidad del sujeto.

5.4 LA NO EXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA

Como hemos venido reiterando a lo largo de nuestra tesis, la constante violación de los derechos humanos para los procesados por delitos contra la salud comprende entre otros la vulneración al derecho de la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a no discriminación y el derecho a la salud; los dos primeros íntimamente ligados y

³³⁰ Honduras Tips “El Giffity Garífuna” (Consultado el 20 de abril 2017 <http://www.hondurastips.hn/2013/11/12/el-secreto-del-guifiti/>)

protegidos por la declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, implica resumiendo muy a groso modo lo abordado con anterioridad la libertad para decidir sobre nuestro cuerpo y utilizar los medios que nosotros consideremos necesarios para alcanzar nuestro desarrollo personal; mencionamos que para algunas personas esta plenitud se logra mediante el consumo de algún estupefaciente.

En México dicho criterio ha sido aceptado, en Honduras el panorama resulta más desalentador ya que el mismo consumo está sancionado. Lo último provoca una estigmatización de las personas que consumen, etiquetándoles de enfermos o de delincuentes, por tanto sufriendo de discriminación por ejercer su derecho a determinar los elementos para desarrollar su personalidad. Sin embargo desplazar dicha decisión al campo de salud o sanitario termina refiriendo el consumo como un problema de salud o un desorden, sin que este en todas sus etapas lo sea.

Volviendo al tema de México, logramos abordar que el Amparo sobre el consumo lúdico de la marihuana a favor de los quejosos tenía un alcance suficiente, para satisfacer la necesidad de quienes ejercieron su derecho, permitiendo que Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) les otorgue el permiso a favor de los señalado en los art.235 y 237 de la LGS; para efectos de permitir su libre desarrollo de la personalidad mediante el consumo de marihuana y los actos relacionados al autoconsumo. Era necesario incluir en el reclamo los actos como siembra, cosecha y transporte, ya que deben existir las condiciones adecuadas para que se permita el consumo. De lo anterior es preciso deducir que si el Estado no brinda dichas condiciones, propicia que los consumidores para ejercer su derecho a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad cometan actos ilícitos.

Es decir que la Suprema Corte en representación de los Intereses del Estado y la Sociedad acepta, que no solo puede otorgar un derecho al libre desarrollo de la personalidad mediante el uso lúdico de la marihuana, sino que además debe generar las condiciones que permitan el ejercicio del derecho mencionado, en otras palabras, para que se dé el autoconsumo este debe ser sustentable por el consumidor por ello tiene derecho a la adquisición de la semilla, a la siembra y cosecha, al transporte de la planta y finalmente a consumir el producto. Similar a la proporcionalidad, pero con notorias diferencias, el

Estado debe considerar que si ha otorgado el derecho al libre desarrollo y a la autonomía, mediante el consumo de estupefacientes, no puede ser capaz de castigar las conductas relacionadas al mismo, las acciones que permitan el goce pleno del derecho, no puede exigir al individuo, a quien previamente se le ha autorizado consumir, que no pueda antes de ello poseer el estupefaciente; y como la venta y compra de los narcóticos si está prohibida por la norma penal, el Estado se ve obligado, para evitar que el sujeto adquiriera el producto de forma ilícita, a permitirle que pueda sembrar y cultivar, etc... en general todas las acciones que como mencionamos le faciliten el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La no exigibilidad de la conducta representa un límite en los deberes jurídicos del sujeto en la realización de una conducta que puede considerarse ilícita³³¹. Entendida como la no reprochabilidad de la conducta³³², cuando de las circunstancias no cabía exigirle que actuara de otra forma³³³. En un acercamiento muy básico diríamos que un sujeto que no conoce la ilicitud de sus acciones, resulta sumamente difícil de atribuir una conducta delictiva, por razones culturales, sociales y demás que ya hemos abordado en el apartado anterior; cuando no es consciente de que tenga un deber de obedecer norma alguna, que clase de acción se podría esperar, también, de aquel que cree que está obrando en el ejercicio de su derecho y su grado de afectación a un tercero es casi nulo. En resumen no puedes exigirle que actuara de forma distinta que a la que él, necesita para alcanzar su autonomía y su desarrollo personal.

No se puede exigir a un sujeto que para lograr satisfacer su necesidad o para lograr su autonomía o libre desarrollo, no encubra las acciones que derivan del supuesto delito que está cometiendo³³⁴ o que le permitan saciar sus exigencias dependiendo los cuadros aquí desarrollados. La no exigibilidad de la conducta puede verse entendida en varias categorías de los delitos, lo vemos reflejados en tipos penales como el encubrimiento donde a la

³³¹ Aguado Correa, Teresa. "Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal." *Manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*, Granada (2004) p9.

³³² Funcionando en principio como una causa de exclusión de la culpabilidad.

³³³ Aguado Correa, Teresa. *Op. Cit* p5

³³⁴ La Corte Suprema de Justicia de Honduras en la Casación 349—2008 menciona que “El sujeto, ante la posibilidad de evitar los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la acción policial o judicial encubre su delito mediante la ocultación de los bienes que de él ha obtenido. Esta tesis se apoya en derechos fundamentales como el derecho a no declarar contra sí mismo y declararse culpable”.

familia no se le puede exigir obra de manera distinta³³⁵. En México la No exigibilidad de la Conducta la encontramos en el art.15 del Código Penal Federal en la fracción IX “Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho”. En ese sentido no es racionalmente exigible estando establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (En la Declaración Universal y la Convención Americana de DDHH), reforzado por criterios Jurisprudenciales (Corte Interamericana de Derechos Humanos), por organismos internacionales (La OMS, UNODC), por no gubernamentales en tesis doctrinales (CEDD, entre otros) y jurisprudencia nacional en caso de México; que estando reconocido que el Consumo no es un delito, todas las conductas previas a este si lo sean. Que sosteniendo que para el ejercicio libre de la autonomía y del desarrollo de la personalidad puede ser efectivo algunos sujetos necesiten dicho consumo, se siga criminalizando las conductas que permitan a los consumidores las condiciones necesarias para hacer efectivo sus derechos.

³³⁵ Para Teresa Aguado Correa en el citado "Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal." (p48): Es en la culpabilidad donde la exigibilidad alcanza mayor protagonismo, al servir de fundamento a algunas causas legalmente previstas que determinan su ausencia, así como para inspirar la aplicación por analogía de estas causas de exclusión de la culpabilidad; pero tampoco se puede obviar que se encuentra presente en la categoría de la punibilidad como en el caso del encubrimiento.

6. CONCLUSIONES:

La presente tesis tuvo como objetivo denotar que las políticas en materia de seguridad tanto en Honduras, como en México, dan un uso del Derecho Penal como arma de guerra en la lucha contra el Narcotráfico. Creando un derecho penal de excepción al margen de los derechos humanos de las personas procesadas por delitos contra la salud. Quienes al entrar al sistema penal, se ven relegados a un trato punitivo que no corresponde a su condición de sujeto de derechos, afectando a grupos vulnerables, que se convierten en víctimas colaterales de la guerra contra el narcotráfico, los consumidores de drogas, los narco dependientes y aquellos que gustan de los estupefacientes para fines medicinales o lúdicos. Ya que al momento de examinar los elementos del tipo penal y tipificar las conductas está se predispone, en contra de estos grupos. Con un derecho penal “del enemigo”, de carácter represivo y sobre todo mermando la posibilidad de ejercer su libre desarrollo de la personalidad.

Se está procesando personas por tráfico de drogas, transporte, posesión, etc. Porque las prohibiciones que establece la ley, construye tipo penales farragosos y limita las garantías de los procesados, principalmente en su presunción de inocencia, su libre desarrollo de la personalidad y el albedrío para llevar a cabo su autonomía en su proyecto de vida.. Criminalizando a las distintas clases de consumidores y dándoles un trato punitivo que no corresponde a su condición de persona; delimitándoles únicamente o como enfermos o como delincuentes. Todo para justificar una política de lucha frontal.

Para demostrar estos puntos, fue necesario estudiar el trasfondo de la política en materia criminal, ver su ideologización, que elementos se toman en cuenta y que otros se ignoran, y su influencia en el derecho penal. Posteriormente caracterizamos la teoría del Derecho Penal del Enemigo por cada uno de los países objeto de nuestro estudio, en el caso de Honduras, por primera vez se caracterizó el mismo. Y finalmente desglosamos mediante ejemplos jurisprudenciales los tipos penales más emblemáticos y discutibles, sus elementos objetivos y subjetivos fueron expuestos frente a los elementos negativos, en ambos países, expuestos por primera vez en una tesis para delitos contra la salud, a modo de dilucidar el rigor punitivo excesivo.

Ante este escenario dibujado concluimos que: Los declarados Enemigos del Estado y la sociedad, provienen de grupos vulnerables, marginales y muchos de ellos presentados ante los medios de comunicación como un peligro para el ideal de ciudadanos, son en realidad grupos vulnerables y olvidados, pero que la política criminal orientada bajo falacias a una política de seguridad se ha encargado de relegarlos a un plano que no corresponde a su condición de persona ya que dejan de ser sujetos de derecho para convertirse en objeto u objetivo de la política o de la guerra contra el crimen organizado.

El adelantamiento de la punibilidad sigue siendo un criterio muy utilizado en el establecimiento de medidas restrictivas de los derechos humanos, como una excusa constante para combatir la delincuencia. Cuando realmente la incidencia delictiva se relaciona directamente con los altos índices de impunidad y no con las tasas de punibilidad. En las estadísticas que se arrojan a la población se disparan los índices de los delitos que se cometen en los cordones de miseria, pero nadie habla de los DESC que se han violentado por décadas en estos sectores por parte del gobierno.

La declaratoria abierta de Lucha contra el Narcotráfico y Cero Tolerancia tanto en México como en Honduras –aunque con sus particularidades- arrojan estadísticamente resultados similares, un fracaso de política que ha terminado por debilitar al estado y criminalizar a grupos vulnerables que se convierten en víctimas colaterales de una guerra que sigue sin frenar el crecimiento del crimen organizado, que sin embargo promueve la privación de libertad de personas que son fácilmente sustituibles para grupos criminales y de consumidores de drogas, ambos para resguardar un bien jurídico tutelado del cual poco o nada se refiere en el proceso.

El derecho penal y sobre todo el Código Penal y las normativas especiales se han convertido en el eslogan y el arma principal para ostentar el poder político. La pena se convierte en el primer medio para atemorizar a aquellos que el estado ha señalado como una amenaza para la sociedad, los enemigos del orden. La promoción del terror infundido por los llamados antisociales se propaga con mayor rapidez por los medios de comunicación y los entes estatales no dudan en señalar que los problemas de seguridad que

aqueja a la sociedad son culpa de estos desviados; los conceptos y verdades detrás de las grandes tragedias sociales son sustituidas por estigmas y clichés contra los individuos desviados deparándoles un trato que no corresponde a su condición de persona.

En cuanto a las características del Derecho Penal del Enemigo en la legislación mexicana observamos que se cumplían las 4 características que la doctrina ha establecido siendo la legislación de combate o las leyes especiales, las que contienen ordenamientos que implican violación a las Garantías constitucionales y a los derechos humanos, violación a la condición humana de los sujetos desde su concepción axiológica, exhibiendo sobre todo, procedimientos para la represión de los delitos de delincuencia organizada, se contraponen con los principios Constitucionales, internacionales y propios del derecho penal: de la presunción de inocencia y el principio de la legalidad entre otros, como ocurre con los ordenamientos relativos a los arraigos, el uso como regla de la prisión preventiva y la extinción de dominio, normatividad que se originan en la Constitución y se consolida en las leyes especiales de la legislación mexicana.

En Honduras también se dan las características del Derecho Penal del Enemigo y las reformas de los últimos años sobre el tráfico de drogas, el terrorismo, contrabando, lavado de activos y la “sombra tenebrosa” que se dibuja con el crimen organizado, son los “enemigos” que dan lugar u “obligan” al estado a la creación de este derecho penal de excepción, ya que la preocupación y objetivo del estado son los autores, los líderes, los “cabecillas” y sus delitos, los que propician la lucha frontal contra estos grupos, aunque ello implique excederse de los parámetros iniciales del derecho constitucional, penal e internacional. No se excluye que estos grupos delincan, pero “delitos siguen siendo delitos” (Jackobs 2003) aunque se cometan con intenciones radicales. Por qué “quien incluye al enemigo en el concepto delincuente ciudadano, no debe asombrarse si se mezclan *guerra y proceso penal*” (ER Zaffaroni 2006).

La existencia de un control de convencionalidad y un bloque de constitucionalidad en las Constituciones de Honduras y México, nos relata una plataforma jurídica cuya base son los derechos humanos. La inmensa cantidad de tratados ratificados por ambos estados, al igual que la aceptación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfatiza la labor de ambas naciones para la búsqueda de la justicia en respeto más

amplio de la dignidad de las personas, de sus ciudadanos. Por eso es de extrañarse que para obtener su reconocimiento es necesario llegar a las instancias más altas de la esfera jurisdiccional llámense amparos o casaciones, siendo esto notablemente preocupante ya que implica que la administración de justicia en primera instancia no está ejerciendo ese control de convencionalidad o la propia legislación le impone parámetros que estropean una protección efectiva de los derechos humanos.

Si el bien jurídico tutelado es la Salud debe existir una intervención seria de los Estados para abordar su protección, en base a la Convención Americana de Derechos Humanos el Estado en su posición de garante, tiene la obligación de abordar el derecho a Salud y el tema de las drogas de manera coordinada y conjunta; diferenciando que se encuentra ante un mercado que está en auge, pero cuya estrategia de combate está enfrentando enfermos y consumidores como quien enfrenta delincuentes y transformando un problema de salud en delitos contra la salud. Siendo así que los consumidores narcodependientes no son intervenidos por el sistema de salud, sino que entran en contacto primero por el costoso sistema penal y en todo el proceso la salud se convierte en un elemento aislado y marginado.

El saber determinar que existen distintas clases de consumidores permite no invisibilizar las realidades que rodean la problemática definición de un consumidor de estupefacientes. Es así que en una tendencia contemporánea por parte de la fiscalía cuando se le es presentado un caso relacionado con drogas, prefieren inclinarse por la persecución penal y la privación de libertad, antes de verificar las condiciones personales del imputado. Por lo que resulta irónico ver que la persecución penal representa un elemento disuasivo para los consumidores de drogas, pero para los grandes “capos” de la droga no representa ninguna amenaza, siendo estos los enemigos declarados, son los menos afectados. Resultando que el sistema penal se encuentra saturado de “delincuentes” de origen miserable como definía en su momento Gustavo Duncan, mientras que para dar captura o privar de su libertad a un narcotraficante se necesita la presión de los Estados Unidos.

Los criterios de peligrosidad sujetos a elementos normativos y matemáticos (me refiero a las tablas de ambos países) dificultan la unificación de los criterios para determinar los tipos penales y crean confusión sobre todos en los entes investigativos quienes al margen de

la presunción de inocencia actúan con el rigor punitivo bajo parámetros de culpabilidad, que solo afectan a los eslabones más débiles y que de *ultima ratio* terminaran siendo consumidores.

El estado encargado de encerrar a todos los consumidores bajo una visión problemática del tema, los presenta como sujetos no ideales para la sociedad, como adictos; pero a palabras del CEDD quien ha fracasado sin resultados positivos y desgastado el presupuesto en un combate que ya lleva más de una década, es el mismo estado, el cual sufre de una adicción punitiva, que urge ser tratada, porque a los únicos que está realmente afectando es a los grupos vulnerables.

Honduras necesita readecuar la legislación en materia de Drogas, dilucidar el consumo personal en referencia al tipo de droga, a la realidad social y al sujeto que está siendo procesado, pero sobre todo por lo menos: despenalizar el consumo. Dejar de acumular sentencias de violación a los derechos humanos ante la Corte Interamericana y empezar a trabajar en su deber de garante respetando la condición de dignidad inherente a sus ciudadanos. El hecho de que exista jurisprudencia que admita que el consumo personal inmediato es un delito, es preocupante, porque entonces la normativa restringe el derecho de una persona a decidir sobre su proyecto de vida y realizar actividades necesarias para alcanzar su libre desarrollo de la personalidad.

Para que sean sancionadas las conductas tipificadas dentro del ámbito de tráfico de drogas o narcotráfico, es decir para condenar a una persona, no debe existir duda razonable. Todo consumidor que sea condenado por una conducta y revocado en otra instancia la misma, es criminalizado; todo consumidor o poseedor que fue procesado con un rigor punitivo o una imputación mayor a la probada en juicio u otra etapa procesal es criminalizado. Las conductas deben ser acreditadas y no presuntas, esa respuesta penal provoca detenciones arbitrarias, sanciones con criterios realmente dudosos y exponen a los procesados por delitos contra la salud a situaciones de vulnerabilidad.

El consumo es un tema de salud pública pero sobre todo un tema de carácter social, por lo que su incorporación a la agenda gubernamental debe ser lejos de la visión punitiva y sancionadora, los consumidores deben de ser vistos como sujetos de derechos, como un

grupo vulnerable, no son enemigos para combatir, el derecho penal no debe usarse para procesar consumidores y poseedores simples, no debe usarse para proteger la salud, no es excusa la persecución de delincuentes de alto perfil, ellos no lo son, ellos no son enemigos de esta guerra, son víctimas colaterales de la misma.

Queda para seguir trabajando, enfrentar las teorías en la Litis diaria, ver como los jueces interpretarán, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; si bajo un *indubio pro reo* o un *pro homine* en sentido amplio, o por el contrario atendiendo a la rigurosidad del sistema, que cada día facilita la labor del ente encargado de la persecución penal. Para otro momento también, las estadísticas reales, atendiendo las condiciones sociales de las personas, ya que aquí –por lo menos-, sembramos la duda sobre ¿a quienes realmente se procesa con tanto rigor punitivo?, bajo una perspectiva meramente jurídica. Pendiente también y que me hubiese gustado atender, es el criterio que se debería considerar cuando se procesa personas con un alto grado de vulnerabilidad por delitos contra la salud, los fácilmente sustituibles por el brazo fuerte del crimen organizado, por condiciones de pobreza, de migración y marginación o aprovechando cualquier otra situación de ventaja por parte un sujeto activo (los verdaderos objetivos de la legislación penal en la materia).

7. BIBLIOGRAFIA

Acale Sánchez, María. "Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural." UNIFR, Friburgo. (2003).

Aguado Correa, Teresa. "Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal." *Manifestaciones del principio de inexigibilidad en las categorías del delito*, Granada (2004)

Aránguez Sánchez Carlos. (1999) "Criterios del Tribunal Supremo para determinar el ámbito de lo punible en Delitos de Drogas". RECPC 01-04 (consultado el 18 de marzo de 2017 http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-04.html)

Arroyo, Mario. "Evaluando la "estrategia Giuliani": la política de cero tolerancia en el Distrito Federal." CIES (2003). (Consultado en Noviembre 2016 <https://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/La%20politica%20de%20Cero%20Tolerancia.pdf>)

Ambos, Kai. "La posesión como delito y la función del elemento subjetivo: reflexiones desde una perspectiva comparada." BOOKS vol. XXXV (2015). ISSN 1137-7550

Animal Político "El 60% de presos federales son procesados por delitos contra la salud" <http://www.animalpolitico.com/2013/01/60-de-los-presos-federales-son-procesados-por-delitos-contra-la-salud/> (revisado el 17 de enero de 2017)

Baratta, Alessandro, "Política criminal: entre política de seguridad y política social", en Delito y Seguridad de los habitantes. Elias Carranza(coord). México: Siglo XXI, 1997. P3

Bobbio, Norberto, and Luisa Sánchez García. *Estado, gobierno, sociedad*. Movimiento Cultural Cristiano, Buenos Aires- Argentina. 2001. (Consultado 22 de noviembre 2015 http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34011887/cspoliticass2008resumodestplazna.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490410460&Signature=PUv8LzQNgwDiAXswGk1AHxzoGt4%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DC_lasesATodaHora.com.ar.pdf)

Brito, R., & Carbonell, M. “La globalización y los derechos humanos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 61(256) (2011).

Buscaglia, Edgardo, Samuel González-Ruiz, and César Prieto Palma. "Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: Mejores prácticas para su combate." *Terrorismo y delincuencia organizada. Un enfoque de derecho y economía, México, IIJ/UNAM* (2006).

Burgos Grijalva, Elva Nidia “Breve análisis de los delitos contra la salud en su modalidad de tráfico de drogas” (Consultado 30 marzo 2017 <http://www.bidi.uson.mx/TesisIndice.aspx?tesis=19592>)

Carbonell, Miguel, and Pedro Salazar. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM-III), México; 2011

Carbonell, M. “Análisis de la Sentencia sobre la inconvencionalidad del arraigo” (2011) p14. (Consultado 23 abril 2016 http://www.miguelcarbonell.com/docencia/el_arraigo_viola_la_Convencion_Americana_de_Derechos_Humanos.shtml).

Cantú Martínez S. "Protegiendo a las Personas Contra la Tortura en México" (2013) p28 file:///C:/Users/user/Downloads/Mexico_Guia_Sept2013.pdf (Consultado el 20 de octubre 2016)

C. E. D. D. (2015) "La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores de drogas en América Latina." (Consultado el 14 de marzo 2017 en http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Catalina_v09.pdf)

Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) (2014), "*En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*".

CEAR, La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2012, Madrid 2012, págs. 193-194

CEL "Teoría de las Ventanas Rotas de Phillip Zimbardo" <http://www.cel.edu.mx/servicios/La%20teoria%20de%20las%20ventanas%20rotas.pdf> consultado el 14 de noviembre de 2016

CIJ. "Consumo de Drogas: Riesgos y consecuencias" (2014) (consultado el 10 de abril 2017 http://www.cij.gob.mx/Publicaciones/pdf/Consumo_de_drogas_web.pdf)

Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) (2014), *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*, México: CEDD,(Consultado el 25 mar. 17 http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del_reportecompleto.pdf)

Das, Veena, and Deborah Poole. "El estado y sus márgenes: etnografías comparadas. " *Cuadernos de antropología social* 27 (2008): 19-52. (Última consulta 2 de abril 2017 <http://www.redalyc.org/pdf/1809/180913917002.pdf>)

De las Cuevas Guillermo, Cabanellas. "Diccionario jurídico elemental." Buenos Aires–Argentina. *Edit. Heliasta; Edición 8* (1998).

Delgado, J. M. R. Los delitos graves en la reforma constitucional-penal de 2008. (Consultado en marzo 2016 http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/los_delitos_graves.pdf)

Duncan, Gustavo. "La División del Trabajo en el Narcotráfico: Mercancía, Capital, y Geografía del Estado." *Economía criminal y poder político* (2013): 113-160.

EL HERALDO "Resolución JOH sobre PMOP" 2015 (consultado el 29 de abril 2017 <http://www.elheraldo.hn/pais/788554-214/honduras-resoluci%C3%B3n-de-joh-sobre-la-pmop>)

El Heraldo (2014) "Decomisan 60 paquetes de marihuana" (Consultado el 12 de marzo de 2017 <http://www.elheraldo.hn/sucesos/623967-219/en-autobus-decomisan-60-paquetes-de-marihuana>)

El Heraldo (2016) "Decomisan once paquetes de supuesta marihuana en autobús interurbano" (consultado el 12 de marzo de 2017 <http://www.elheraldo.hn/pais/960708-466/decomisan-once-paquetes-de-supuesta-marihuana-en-bus-interurbano>)

El Consumo de Drogas en México: Resultado de la Encuesta Nacional de Adicciones 2011 en Salud Mental vol.35 no.6 México nov./dic. 2012 (consultado el 10 abril 2017 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252012000600001)

Ernest Beling citado por Soberanes, Miguel Ángel Castillo. *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992. (Consultado el 9 de abril 2017 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/864/5.pdf>)

Espinosa, M. A. M. ¿derecho penal del enemigo en México? *Revista penal México*, (1), 141-160. (2011) (Consultado en julio 2016 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2506/30.pdf>)

Ferrajoli, Luigi. "El derecho penal mínimo." Poder y control", *vol. 10* Santiago de Chile (1986) p14.

Fondevila, G., & Vargas, A. M. (2010). Reforma procesal penal: Sistema acusatorio y delincuencia organizada. *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (15), 2.

Flors Matíes, J. 2013 Las Medidas Cautelares Personales http://www.tirant.com/derecho/actualizaciones/Tema%2013_Paginas%2001_03.pdf (Revisado el 14 de octubre de 2015).

García-Sayán, Diego. "Narcotráfico y Derechos Humanos." *Iniciativa Latino Americana sobre Drogas y Democracia* (2010)

Gil, Alicia Gil, and Elena Maculan. *Derecho penal internacional*. Dykinson, Madrid 2016.p16. (Consultado en febrero 2016 <https://www.dykinson.com/noticias/209/>)

Guerra y Tejada M. “La Presunción de Inocencia en la Reforma Penal Constitucional”, en *Cultura Jurídica* (2009) pp 147-156.

Hernández, Ana Paula. "Legislación de drogas y situación carcelaria en México." *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina. Amsterdam/Washington: WOLATNI* (2010).

Hellman, Joel, and Daniel Kaufmann. "La captura del Estado en las economías en transición." *Finanzas y Desarrollo* 38.3 (2001): p1.

Honduras Tips “El Giffity Garífuna” (Consultado el 20 de abril 2017 <http://www.hondurastips.hn/2013/11/12/el-secreto-del-guifiti/>)

INALBIS 2013 “La doctrina del fruto del árbol envenenado” (Consultado el 1 de marzo 2017 <file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-LaDoctrinaDeLosFrutosDelArbolEnvenenado-4179709.pdf>)

Jiménez, Emiliano Borja. "Sobre el concepto de política criminal: una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin." *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 56.1 (2003): p 113.

Jackobs, G., & Meliá, M. C. “*Derecho penal del enemigo*” (2003). (Consultado en febrero 2016 <https://es.slideshare.net/melgario/jakobs-gntner-meli-manuel-cancio-derecho-penal-del-enemigo>)

La Prensa Gráfica; Giuliani “El arquitecto de la Cero Tolerancia” (<http://www.laprensagrafica.com/2014/12/03/giuliani-el-arquitecto-de-la-politica-de-tolerancia-cero#sthash.cdEbi1kR.dpuf> consultado el 14 de noviembre de 2016)

La Tribuna 2015 “Capturan Seis mujeres que llevaban droga en sus partes íntimas” (consultado el 12 de marzo 2017 <http://www.laprensa.hn/sucesos/834439-410/capturan-a-seis-mujeres-que-llevaban-droga-en-sus-partes-%C3%ADntimas>)

La Jornada Aguas Calientes (2016) “Permiten a pueblos indígenas uso y transporte de peyote” (consultado el 18 de abril de 2017 <http://www.lja.mx/2016/01/permiten-a-pueblos-indigenas-uso-y-transporte-de-peyote/>)

Madrazo, Alberto Fernández. *Derecho Penal: Teoría Del Delito*. México D.F. UNAM, 1997.

Martínez, G. "La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal." *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* 26 (2008): p 229

Martínez Gallardo Alejandro “El Presidente Nixon invento la guerra contra las Drogas” <http://pijamasurf.com/2016/03/el-presidente-nixon-invento-la-guerra-contra-las-drogas-para-acabar-con-los-negros-y-los-hippies/> consultado 17 de noviembre 2016

Morales, Brand, José Luis Eloy. "Nuevo curso de la parte general. Derecho Penal." CENEJUS San Luis Potosí- México; ed. Séptima (2015).

Navarro Dolmestch, Roberto. "El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la ley n° 20.000." *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 26.1 Chile (2010)

Núñez Paz, Miguel Ángel, and Germán Guillén López. "Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal." (2008).

Ojeda Bohórquez, Ricardo. "Análisis Jurídico en Materia de Narcomenudeo" (Consultado en febrero 2017 <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/30/ojeda.pdf>)

Oyarvide, César Morales. "La guerra contra el narcotráfico en México: Debilidad del estado, orden local y fracaso de una estrategia." *Aposta: Revista de ciencias sociales* 50 (2011):

Peñaloza Pedro José ; "Globalización, delito y exclusión social Una correlación a debate" México DF (2014) p11 (consultado 17 de diciembre 2015 http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/temas_selectos/globalizaci%C3%B3n.pdf)

Pérez Correa, Catalina. "La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores de drogas en América Latina" (2015) .

Pérez, Teresa Molina. El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. *Anuario jurídico y económico escurialense*, 2005, no 38, Madrid, pp. 103.

Policía Federal Mexicana http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/wlp.c?_c=7f9
consultado el 13 de noviembre 2016

Revista veintitres, “Narcomulas de la Realidad a la Ficción” consultado el 11 de marzo de 2017 <http://www.veintitres.com.ar/article/details/45087/narcomulas-de-la-realidad-a-la-ficcion>

Rivero J.E. “El derecho Penal del Enemigo ¿Derecho penal de la Globalización?” (Consultado en agosto 2016 <http://www.derecho.uady.mx/tohil/rev25/derechopenal.pdf>)

Rodríguez Rescia Víctor Manuel; (1998) “El Debido Proceso Legal y la Convención Americana de Derechos Humanos” (consultado el 6 de abril 2017 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>)

Rojas, Ivonne. "La proporcionalidad en las penas." *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales, Cuarta época* 3 (2008):

Roxin, Claus. "Política criminal y sistema de derecho penal." Trad. Francisco Muñoz Conde; 2ed. 2 reimposición, Buenos Aires; Hammurabi (2006)

Roxin, Claus: Derecho Penal, Parte General. Madrid: única edición. Editorial Civitas, (2008)

Salcedo Flores, Antonio, and María Elvira Buelna Serrano. "La Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, viola los Derechos Humanos." *Alegatos-Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana* 85 (2013).

Schünemann, Bernd. "La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal." *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 44.3 (1991).

Uprimny, Rodrigo, Diana Esther Guzmán, and Jorge Parra Norato. "*La Adicción Punitiva: La desproporción de leyes de drogas en América Latina*". Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2012. Pp 4

Tello Ramírez, J. (2003) El indubio pro reo y el principio de inocencia penal INCIPP (Consultado el 18 de febrero de 2016 <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/indubioproreo.pdf>)

Vásquez Liliana "La droga y la Contracultura de los 60"(<http://www.sexovida.com/psicologia/anos60.htm> consultado el 16 de noviembre 2016)

Valles Ruíz, O. "Las leyes especiales en la legislación mexicana, desde el respeto a los derechos humanos y sus garantías". Facultad de Derecho. Castilla, España. Universidad de Castilla La Mancha (2013) .

Vicente Paladines J. "Propuesta Sanitaria frente al Uso ilícito de Drogas en Ecuador" en CEDD *En busca de los derechos: Usuarios de Drogas y las respuestas estatales en América Latina*. Véase www.drogasyderecho.org México (2014)

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2006.
(Consultado en agosto 2016 <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Zaffa03.pdf>)

Zaffaroni, E. R. (2005) “Tratado de Derecho Penal: Parte General”. Tomo V; 2 ed.
Buenos Aires: EDIAR

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA MÉXICO

Amparo directo en revisión 1562/2011. 24 de agosto de 2011. Mayoría de cuatro votos.

Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario:

Julio Veredín Sena Velázquez.

Amparo en Revisión 237-2014 exp. Origen: r.a.-19/2014

Amparo directo en revisión 1208/2004. 29 de septiembre de 2004.

Código Penal Federal

Código Nacional de Procedimientos Penales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Contradicción de Tesis 75-2005 PS.

Primera Sala, 1a./J. 42/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo xxxi, abril de 2010, Registro: 164812].

Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Febrero de 2011

Ley General de Salud

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Ley Federal de Extinción de Dominio

Tesis: II.3o.P.25 P (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Décima Época 2005377 del Amparo directo 121/2013.

Tesis 140. Primera Sala. Séptima Época. Apéndice 2000. Tomo II, Penal, Jurisprudencia SCJN

Suprema Corte de Justicia de la Nación Tesis Jurisprudencial 16-2012 (10ª)

Suprema Corte de Justicia Tesis: 1a./J. 3/2015 (10a.) Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación. 2008745

Suprema Corte de Justicia de la Nación: Amparo en Revisión 2773-2013

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA HONDURAS

Constitución de la Republica de Honduras

Código Penal de Honduras

Código Procesal Penal de Honduras

CSJ de Honduras Casación CP-375-09

CSJ de Honduras Casación SP 99-2010

CSJ de Honduras Casación CP 43-10

CSJ de Honduras Casación 349—2008

Ley Sobre uso Indevido y Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas

Ley Sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito

Ley de la Policía Militar del Orden Público.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DDHH

Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y Otros vs Honduras 2012

Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros VS Perú 1999

Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía, Vs Perú 2004

Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs Ecuador 1997

Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs Honduras 2006.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 1988.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México 2010.

Voto concurrente del juez *ad hoc* Víctor Oscar Shiyin García En el caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú.

TRATADOS INTERNACIONALES, CONVENCIONES Y DEMÁS INSTRUMENTOS

CICAD: “Informe sobre la sexta ronda de Evaluación sobre el control de Drogas” Honduras (2014).

CICAD: “Informe sobre la sexta ronda de Evaluación sobre el control de Drogas”
Honduras (2005).

CTIDH Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Nº10 sobre Integridad Personal

Convención Americana de Derechos Humanos 1969

La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional 2000

Convención Única sobre Estupefacientes de 1961

Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Convenio sobre sustancias Psicotrópicas 1971

CPTRT: “Informe para el examen periódico Universal en Honduras” (2015).

Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a
2007. E/INCB/2007/1

Organización de los Estados Americanos (OEA) Equipo Escenarios,” *Escenarios para el
problema de drogas en las Américas 2013 – 2025*”, OEA, Washington DC: OEA (2012)

Organización de los Estados Americanos (OEA) Equipo Escenarios (2012), “*Escenarios
para el problema de drogas en las Américas 2013 – 2025*”, OEA, Washington DC: OEA

OMS “Glosario de términos de Alcohol y Drogas” Ministerio de sanidad y consumo
Centro de publicaciones Pº del Prado 18. 28014 Madrid (2008)

OMS “La dependencia de sustancias es tratable, sostiene informe de expertos en
Neurociencias” (Consultado el 25 de marzo del 2017

<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2004/pr18/es/>)

ONU; “Recomendaciones de Derechos Humanos a México” Centro de Noticias (consultado
el 17 de mayo del 2016

<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?newsID=1467&criteria1=M%E9xico#.VzuxHTXhDIU>)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966.

UNESCO, “Lengua Danza y Música Garífuna” (consultado el 20 de abril 2017

<http://www.unesco.org/culture/ich/es/RL/la-lengua-la-danza-y-la-musica-de-los-garifunas-00001>)