

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MINISTRO GENARO DAVID GÍNGORA PIMENTEL EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1492/2007, PROMOVIDO POR JOSÉ LUIS ESPINOZA JUÁREZ.

Estoy a favor de las consideraciones en que se funda la sentencia dictada por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en el presente caso. Emito el presente voto para dejar constancia de las razones que me llevan a estar a favor de lo resuelto. Para ello dividiré el voto en tres partes. En la primera me pronunciaré sobre la procedencia del recurso. En la segunda sobre el fondo de la cuestión. En la tercera me referiré a algunas posturas manifestadas durante las sesiones en que se discutió el proyecto de sentencia elaborado por el ministro José Ramón Cossío, que merecen de una especial reflexión.

I.- PROCEDENCIA

Me parece que en el caso sí se surten los requisitos de procedencia del recurso de revisión. Este Alto Tribunal, interpretando diversos preceptos constitucionales y legales¹ ha sostenido que para que este tipo de recursos sean procedentes deben cumplirse tres requisitos: a) que se interponga oportunamente; b) que se haya decidido sobre la inconstitucionalidad de una ley o se haya realizado la interpretación directa de una norma constitucional; y c) que su resolución implique un criterio de importancia y trascendencia.

El primer requisito se satisface, tal como lo reconocieron todos los ministros. El segundo se ha entendido que puede ser de forma activa o pasiva, esto es, cuando el Tribunal Colegiado decida sobre el tema de constitucionalidad o, cuando habiéndose planteado por el quejoso, omita pronunciarse. Me parece que en el caso en estudio nos encontramos en este último supuesto. La quejosa planteó una

¹ Artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 83, fracción V y 93 de la Ley de Amparo; 21, fracción II, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y del Acuerdo General Plenario 5/1999

interpretación directa de la Constitución y el Tribunal Colegiado fue omiso en responder a este planteamiento.

En efecto, existen diversas manifestaciones en las demandas de amparo directo en las que se desprende que se está solicitando una interpretación directa de la Constitución, en concreto, la quejosa está solicitando que se interprete el artículo 133 constitucional en el sentido de que los tratados internacionales de derechos se encuentran jerárquicamente ubicados a nivel constitucional.

Si bien no se trata de un concepto de violación en el que se exprese con claridad y precisión argumentativa esta solicitud de interpretación directa, lo cierto es que existen manifestaciones concretas en las que se advierte la causa de pedir de la quejosa. Transcribo a algunos párrafos que demuestran esto:

“[...] los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos son la Ley Suprema como esencia propia de la Constitución.”

“Se hace imprescindible el establecimiento de la posición que guardan los Derechos Humanos consagrados internacionalmente en nuestra Democracia, en nuestra Constitución Federal, para poder establecer la influencia del corpus juris del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos en nuestro Derecho Supremo, esto es, en nuestra Constitución Federal.”

“Mucho se ha discutido de si los tratados internacionales, de los que México es parte, están por encima o en el mismo plano jerárquico de las leyes federales o de las leyes generales, atendiendo a lo que dispone el artículo 133 constitucional. Hoy se precisa una nueva reflexión.”

“Al interpretarse los artículos 1, 3, 14, 16, 17, 29, 39, 40, 41, 97, 128, 130 noveno párrafo y 133 constitucionales [...] resultará que los Tratados Internacionales protectores de los Derechos Humanos, están en un mismo plano jerárquico que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

“La nueva interpretación de ese precepto nos conduce a establecer que los tratados internacionales de los que México es parte en materia de Derechos Humanos, son parte esencial de la constitución. No por abajo, ni encima de ella, sino que es su misma esencia, por ser esencia de la democracia.”

Son muy claros los párrafos precedentes. Se está solicitando una nueva interpretación constitucional. Con base en ésta, la quejosa pide que se sostenga que es inconstitucional el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal al considerar que es contrario al derecho a la salud tratar a la farmacodependencia como una exclusión de responsabilidad y no una excusa absolutoria.

De lo anterior se puede advertir que es voluntad de la quejosa que se interprete el artículo 133 constitucional para establecer que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Se advierte claramente la causa de pedir. Con esto basta para entender que existe el planteamiento. En cualquier materia sería suficiente el argumento, pero en materia penal, como en la que nos encontramos, me parece que supera lo exigido.

Si hemos dicho que interpretación directa implica desentrañar, esclarecer o revelar el sentido de la norma, atendiendo a la voluntad del legislador o al sentido lingüístico, lógico u objetivo de las palabras, a fin de entender el completo y auténtico sentido de la disposición

constitucional, lo cual puede lograrse a través de los métodos gramatical, analógico, histórico, lógico, sistemático, causal o teleológico²; debe considerarse que en el caso estamos en ese supuesto, pues se está pidiendo que se desentrañe el sentido del precepto que establece la jerarquía de fuentes normativas mediante un sistema causal y teleológico.

El Tribunal Colegiado fue omiso ante este planteamiento. No realizó la interpretación solicitada sino que se limitó a decir que no le asiste la razón al quejoso porque la excusa absolutoria no puede ser considerada como excluyente de delito porque así está establecido en el sistema, sin que esto tenga relación con los tratados internacionales, por ser éstos la aplicación de legislación extranjera.

En consecuencia, existe un planteamiento de constitucionalidad respecto de la cual el Tribunal Colegiado fue omiso. De esta forma, me parece que se surte el segundo requisito de procedencia del amparo directo en revisión.

II.- FONDO

La quejosa estima que el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal es contrario a diversos tratados internacionales porque al criminalizar una enfermedad discrimina por razón de salud. El

² INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN PARA EFECTOS DEL AMPARO DIRECTO. NO SE ACTUALIZA POR LA SOLA INVOCACIÓN DE UNA TESIS DE LA SUPREMA CORTE EN QUE SE INTERPRETE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. La invocación de un criterio que haya sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en que establezca el significado y alcance jurídico de algún precepto de la Constitución Federal, para apoyar los conceptos de violación de la demanda de garantías expresados por el quejoso, o bien los razonamientos de la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado de Circuito, no implica, en ninguno de los dos casos, la procedencia del recurso de revisión en contra de dicha sentencia, pues en esta hipótesis no es el Tribunal Colegiado el que realiza esa interpretación, sino que simplemente acoge, como refuerzo de su sentencia, la establecida por la Suprema Corte, con lo que no se da la razón de la procedencia excepcional del recurso de revisión en amparo directo, a saber, que sea la Suprema Corte el órgano terminal que se pronuncie sobre la cuestión de constitucionalidad respecto de la que el Tribunal Colegiado de Circuito se ocupó de modo original. 2a./J. 54/2003 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVIII, Julio de 2003, p. 199.

derecho que considera vulnerado es el derecho a la no discriminación. Pero ese derecho no se encuentra tutelado únicamente en tratados internacionales. También lo está en la Constitución Federal, en concreto, en el artículo 1º, tercer párrafo.

Así pues, en lugar de contrastar el precepto que se estima inconstitucional con diversos tratados internacionales, podemos hacerlo contra la Constitución misma, dejando a un lado el problema de jerarquía de tratados, que es sólo un medio de interpretación, y resolviendo la cuestión efectivamente planteada por el quejoso.

El tema de la jerarquía de tratados y del principio *pro homine* puede quedar reservado para el caso en que se impugne un derecho humano que no sea garantizado expresamente por la Constitución. Ahora debemos centrarnos en contrastar el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal con el principio de no discriminación por razón de salud.

El quejoso, en su demanda, considera que el artículo 199, primer párrafo, del Código Penal Federal es contrario a los tratados internacionales por considerar a la farmacodependencia como una excusa absoluta, en tanto esta concepción es discriminatoria por razón de salud. Para poder decir que se trasgrede un tratado por este motivo, señala que los instrumentos internacionales tienen rango constitucional.

Es cierto que señala que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Pero esta consideración va encaminada a demostrar que el Código Penal es discriminatorio. Podemos válidamente prescindir de este medio argumentativo con el que llega a la conclusión de que la norma penal discrimina y analizar el tema de discriminación de otra forma, en concreto, analizando la constitucionalidad del precepto legal.

Es válido porque existe suplencia de queja y si consideramos que el precepto es inconstitucional, no tenemos que analizar los conceptos de violación planteados por el quejoso, sino conceder el amparo.

Además, el estudio del precepto considerado inconstitucional contrastado directamente con la Constitución, ya lo hace el proyecto. Lo único que tenemos que hacer es eliminar las consideraciones de la jerarquía de los tratados y conservar las relativas a la inconstitucionalidad del precepto.

En cuanto al tema de fondo, me parece que es claro que el precepto discrimina por razón de salud, como afirma el proyecto. De la Ley General de Salud se desprende claramente que en el orden jurídico mexicano la farmacodependencia se considera una enfermedad:

ARTICULO 74.- La atención de las enfermedades mentales comprende:

I.- La atención de personas con padecimientos mentales, la rehabilitación psiquiátrica de enfermos mentales crónicos, deficientes mentales, alcohólicos y personas que usen habitualmente estupefacientes o sustancias psicotrópicas,

Darle el tratamiento de delito a una enfermedad es criminalizarla. Implica darle un trato desigual a determinadas personas en razón de estar enfermas. Se está distinguiendo con base en uno de los criterios prohibidos por el tercer párrafo del artículo 1º constitucional sin que exista una justificación razonable de este tratamiento, pues no existe una relación proporcional entre medio a fin entre de la norma. La lucha penal con las drogas, que es el objetivo de la norma, no justifica que se estigmatice al farmacodependiente. Al contrario, esta norma agrava

la situación pues supone el juicio de una persona que terminará con la consideración de que la persona es un objeto intrínsecamente malo.

En el momento en el que se considera que una persona es un delincuente por la posesión de un bien necesario en razón de su enfermedad se le vulnera su dignidad personal porque en lugar de tratárselo como lo que es, un enfermo, se le considera un simple delincuente, siendo en realidad una víctima de la sustancia que consume.

Este trato como delito supone, a su vez, una violación al derecho a la salud del quejoso. Si está enfermo requiere de tratamiento, no de cárcel ni de estigmatización. Esto no contribuye a su rehabilitación. Los enfermos no se rehabilitan en procesos penales. Al no permitirles su rehabilitación, se les viola su derecho a la salud.

III.-SOBRE ALGUNAS POSTURAS MANIFESTADAS DURANTE LA DISCUSIÓN DEL ASUNTO

Se dijo en una sesión, después de hacer un recorrido por las teorías monistas y dualistas sobre las relaciones del derecho internacional y el derecho interno, que los tratados internacionales son parte del derecho interno por existir un mecanismo constitucional de incorporación. Sentado lo anterior, se propuso determinar la jerarquía de éstos. Se dijo que no puede ser constitucional por dos razones. Por una parte, se señaló que la Constitución, siendo la norma hipotética fundamental, debe ser el punto más alto en el sistema de fuentes. Por otra, porque del principio de soberanía del artículo 39 constitucional se desprende que el Estado Mexicano no puede estar sometido a ningún Estado, de forma que los tratados no pueden tener primicia en el ordenamiento.

Al respecto debo manifestar que no comparto esa opinión. Por una parte, la Constitución no es la “norma hipotética fundamental” de la que hablaba Kelsen. El profesor austriaco consideraba que ésta es una hipótesis o presuposición trascendental necesaria para fundamentar la validez última del Derecho en cuanto ordenamiento positivo. Es algo anterior a la Constitución, es lo que le da validez. Hans Kelsen situó dicha norma en el Derecho internacional. Así pues, desde el punto de vista iuspositivista kelseniano no es posible decir que los tratados internacionales deben estar situados por debajo de la constitución por ser ésta la norma hipotética fundamental pues ésta se identifica con los tratados.

Por otra parte, tampoco estoy de acuerdo en que los tratados internacionales pueden suponer el sometimiento de la República a otro Estado y que, por tanto, pueden suponer una trasgresión a la soberanía. Hay que distinguir entre derecho internacional y derecho extranjero. El primero es la colección de razones jurídicas internacionales que regulan a los sujetos de derecho internacional. El segundo es un conjunto de normas vigentes en otras naciones. Conforme a lo dicho, los tratados internacionales no nos someten a otro Estado, porque no aplicaremos un derecho extranjero. Por eso no puede entenderse vulnerada la soberanía.

Además en el mundo globalizado en el que vivimos, el concepto tradicional de soberanía está en crisis. En la teoría política del Estado, el concepto de soberanía significa omnipotencia. Pero esta noción cambia cuando una serie de entidades omnipotentes en lo interior entra en coexistencia con otras entidades semejantes, pues ninguna de ellas puede tener supremacía sobre las otras. Cada una rehúsa reconocer la autoridad superior de cualquier autoridad externa. Sin embargo, todas ellas están dispuestas a aceptar pretensiones de otras entidades a una posición similar, sobre bases de una cierta

reciprocidad. No vivimos solos en el mundo. Tenemos que aceptar que el derecho internacional es una limitante natural a la soberanía.

Debo manifestar que lo señalado en el sentido de que los tratados internacionales de derechos humanos se encuentran por debajo de la Constitución, no es una cuestión pacífica. Nosotros, como jurisdicción constitucional, podemos definir que los tratados internacionales de derechos humanos están sometidos a la Constitución. Pero los Tribunales Internacionales pueden decir que la Constitución está sometida a los tratados internacionales.

Esto ya ha ocurrido. Cuando el artículo 19 de la Constitución de Chile estableció la censura previa a las películas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Chile a reformar su Constitución.³

El Estado Chileno alegó que su Constitución tenía una jerarquía superior que los tratados internacionales, como el Pacto de San José. La Corte Interamericana, sin embargo, determinó que en el caso de colisión normativa entre un texto constitucional de un Estado y la Convención Americana de Derechos Humanos, bajo el principio del *ius cogens* y a la luz del Derecho de los Tratados de que trata la Convención de Viena de 1958, la Corte debía preferir a la norma internacional antes que la norma constitucional interna, a la cual asimila como mero “derecho interno” para los efectos del Derecho Internacional Público aplicable al caso, llegando a la conclusión que por tal colisión, a pesar de estar ello basado en la Carta Constitucional no dejaba de ser una violación de Pacto de San José, y por lo tanto susceptible de estimación por la Corte.

Se señaló en la sesión que en el sistema constitucional mexicano un poder constituido, como es el Ejecutivo, más la mitad de otro, como es

³ Caso “La Última Tentación de Cristo”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001

la Cámara de Senadores, no pueden estar por encima del Poder Constituyente. Entiendo su posición. Pero un tribunal internacional nos puede decir que el Estado Mexicano se obligó en determinado sentido y el Estado Mexicano incluye a su Poder Constituyente.

El tema, como se ve, no es pacífico. Por eso propuse dejarlo para una ocasión en que sea estrictamente necesario. En el caso existen dos planteamientos del quejoso en sus conceptos de violación, uno relativo a la jerarquía de tratados y otro dirigido a la discriminación. Si resolvemos el planteamiento de discriminación como fundado, no necesitamos resolver el problema de los tratados conforme a la técnica de amparo, pues al resultar fundado un concepto de violación no es necesario analizar el resto.

Si decimos que es fundado el concepto de violación de la jerarquía de tratados, el quejoso no gana nada con eso por sí mismo. En cambio, si declaramos fundado el concepto de discriminación, sí que gana algo por sí mismo. Por estos dos argumentos sigo pensando que debemos dejar el tema de la jerarquía de tratados para mejor ocasión.

Después del tema de la jerarquía del tratado internacional, se trató el tema de la solución por la aplicación retroactiva de la nueva norma. Señala que el artículo 14 constitucional no permite la aplicación retroactiva en beneficio, y que en todo caso, la permisión deriva del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales.

Sobre este punto debo decir que también me aparto de lo mencionado, pues si bien la Constitución no tiene un texto que permita expresamente la retroactividad beneficiosa, lo cierto es que existe una norma derivada de la interpretación que sí lo hace.

La Constitución no puede leerse únicamente como un catálogo rígido de actividades prohibidas o permitidas. No podemos pedirle a la

Constitución que lo diga todo, incluso sus interpretaciones a *contro sensu*. Esa exigencia la tornaría en un documento disfuncional e inaplicable. La Constitución tiene que interpretarse. Máxime por la Suprema Corte, que tiene esa función. Considero que el artículo 14 permite la aplicación retroactiva bajo la pauta hermenéutica de que lo no prohibido está permitido, de suerte que si no lo prohíbe la norma constitucional, lo permite.

Es cierto que los artículos 56 del Código Penal y el 553 del Código de Procedimientos Penales permiten textualmente la aplicación retroactiva. Pero estos artículos no son más que una especificación, una interpretación legislativa del artículo 14 constitucional. Si no consideramos que la Constitución informa estos preceptos, resultarían inconstitucionales. Si la Constitución no permite la retroactividad en beneficio, y lo hace una ley, ésta sería inconstitucional.

Por estas razones me aparto de lo señalado en relación a que la Constitución no permite la aplicación retroactiva de leyes en beneficio de las personas.

También se sostuvo que el establecimiento de los delitos era una facultad discrecional del legislador y que, por tanto, podía establecer las conductas que quisiera como delito.

No comparto esta posición. Si bien el legislador tiene libertad de configuración para determinar a qué conductas les otorga el calificativo de antijurídicas, lo cierto es que en esta actividad tiene límites como todo poder público sometido a la Constitución.

El legislador, al establecer tipos penales, tiene como límite el respeto a la Constitución. Este respeto tiene que ser positivo y negativo. En la vertiente positiva tiene que tipificar las conductas que le manda el Constituyente, como en la fracción VI del artículo 127 constitucional

recién reformado que obliga al legislador a tipificar como delitos los actos de simulación que busquen eludir lo dispuesto en dicho precepto. En la vertiente negativa, el legislador no puede establecer delitos que contravengan los derechos fundamentales.

Si se estableciera un tipo que dijera: “si fulano emite una opinión será castigado con pena de muerte”, estaría violentando la prohibición de establecer leyes privativas, la libertad de expresión y la prohibición de imponer pena de muerte. El legislador, al determinar qué conductas considera antisociales, no puede trasgredir la Constitución.

Sostener que los tipos penales son un espacio de inmunidad del legislador es renunciar a nuestra labor de control constitucional en una materia, sin fundamento constitucional para ello. Implicaría, además, dejar de reconocerle supremacía a la Constitución en determinada materia, pues estaría permitido vulnerarla con el derecho penal.

Después de sostener la absoluta libertad de configuración legislativa, se expuso que en el caso consideraba que la norma no discriminaba por razón de salud, pues los farmacodependientes son desiguales a otros enfermos en virtud de que tienen la enfermedad por su propia voluntad, por consumir productos ilegales.

Me parece que no podemos sostener que debe tratarse de forma desigual a las personas que adquieren una enfermedad por un acto volitivo. Se me hace una tesis muy cuestionable. Implica desconocer la condición humana. El hombre no siempre se conduce por criterios racionales. Es cierto que las personas prueban la droga por su propia voluntad. Pero no lo hacen con el propósito de volverse farmacodependientes, sino porque en ello ven un “bien”. Hay nueve tipos de inteligencia que informan la toma de decisiones. No sabemos en qué situación se encuentra quien toma la decisión de probar las drogas. No podemos generalizar.

Decir que no se discrimina por salud si el posible discriminado se puso en situación, implica sostener que no hay derecho a la salud cuando alguien se pone en el ambiente que produce una enfermedad. Esto tendría muchas consecuencias. Habría que dejar morir a los que tienen un accidente automovilístico por ir a alta velocidad. Los que se han contagiado de VIH en un acto sexual, tendrían que ser responsables de sus actos y no podría medicárseles. En suma, únicamente las enfermedades contagiadas involuntariamente estarían tuteladas por el derecho a la salud.

Pero ante todo, existe la obligación de ayudar a los farmacodependientes a salir de su infierno. En tanto tengan dignidad, las personas tienen derecho a que no se les segregue por tener una enfermedad, independientemente de que hayan hecho algo para ponerse en esa situación.

Por eso, me parece que no se puede considerar que los farmacodependientes sean desiguales a otros enfermos y que, por eso, tengan que ser tratados de forma desigual.

Además, éste no es un caso de igualdad sino uno de discriminación. Aunque existen muchas similitudes entre ambos conceptos, la discriminación tiene un elemento distinto al de la igualdad, que es una presunción. Los casos de discriminación presuponen que los sujetos que se comparan son iguales, pues se distingue en causas basadas en la dignidad humana, como dice el artículo 1º constitucional. Si los hombres son iguales en dignidad, los motivos de distinción basados en ésta, como son los enunciados en el tercer párrafo del artículo 1º constitucional, son proscritos en principio.

Por este motivo, tampoco considero que se esté tratando desigual a desiguales. Son iguales en dignidad los que son farmacodependientes y los que no, y se les está tratando de forma desigual.

En este punto debo de referirme a lo que han dicho algunos ministros en el sentido de que no hay un trato desigual porque las consecuencias de considerarlo excusa absolutoria o excluyente de responsabilidad son las mismas.

Las excluyentes de delito implican que en aras de proteger determinados bienes jurídicos, aunque se cometa alguna conducta típica, no puede considerarse que existió delito. Las excusas absolutorias permiten que se decida que existió una conducta típica, pero se le excluye de la aplicación de la pena establecida para ese delito. En consecuencia, las excusas absolutorias tienen como efecto que se determine que existe un delito.

El trato desigual no es un trato materialmente distinto. Es un trato jurídicamente distinto. En el caso de las excusas absolutorias hay una consideración de que una conducta es un delito.

El problema de la norma es que el ordenamiento jurídico no puede considerar como delito una enfermedad. Aunque la persona no pise la cárcel, la consideración de que una enfermedad hace delincuente a una persona es discriminatoria y contraria a su dignidad. No puede ser una política pública del Estado la consideración de una enfermedad como delito. Este entendimiento es discriminatorio. Asimismo, no le respeta así su derecho a la salud por no propiciarle un tratamiento.

Sobre este se manifestó que no se violaba el derecho a la salud porque no le impedía a los farmacodependientes acudir a tratamiento.

El derecho a la salud no sólo se viola por acciones positivas, sino que, como cualquier derecho, se viola por acciones negativas, por falta de una instrumentación adecuada por parte del Estado. Y no hay una garantía adecuada a la salud cuando una enfermedad es un delito y, como tal merece, en principio, una sanción. Una norma respeta el derecho a la salud cuando prevé que a las enfermedades les corresponden remedios, no cuando les impone penas.

Por todas estas razones, me sostengo en mi posición de que la norma es discriminatoria y contraria al derecho a la salud.

MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL