

LA SUPREMA CORTE, LAS DROGAS Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN SU ASPECTO NEGATIVO

Eréndira Salgado Ledesma¹

En fecha reciente se dio un debate en diversos foros en torno a la legalización del consumo de las drogas. Éste empezó con motivo de los permisos que algunas personas solicitaron ante la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios –COFEPRIS– con objeto de que se les autorizara el consumo regular, personal, recreativo y lúdico de la marihuana y la realización de las actividades correlativas al autoconsumo: siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte de la planta (*cannabis*) en su dos variedades (índica y americana), mismos que les fueron negados. La discusión continuó con mayor intensidad cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió la protección constitucional solicitada en el juicio de amparo en revisión número 237/2014 interpuesto con motivo de dicha negativa. La sentencia de la justicia federal posibilitó a los quejosos el ejercicio de los derechos exigidos. A tal fin se ordenó a la Secretaría de Salud que emitiera las autorizaciones respectivas.²

Dentro de los argumentos centrales que se esgrimieron en los conceptos de violación resultado de las actividades restringidas por la normativa destacan la indebida restricción de los derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y libertad individual. Todos en relación con el principio de dignidad humana, así como

¹ Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México.

² SCJN, Amparo en revisión 237/2014, en http://sitioswwwweb.com/miguel/Amparo_en_Revisio__769_n_237-2014.pdf

el derecho a la disposición de 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”.

Dado que no se concuerda con los argumentos tomados en cuenta para la concesión de la protección constitucional ni se reconoce que el referido derecho a la salud en su aspecto negativo obre incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de forma explícita ni implícita, pues las obligaciones positivas que incorpora el artículo 4o. en materia de protección de la salud, en sus dos aspectos: individual y social,³ son mandatos irrenunciables a los que deben orientarse todos los esfuerzos gubernamentales, a lo largo del presente análisis se tratará de demostrar que, si no existe tal derecho, mucho menos se tiene la obligación de garantizarlo. Y si bien cada cual, en ejercicio de su libertad y autodeterminación individual en ejercicio de un derecho y en el ámbito privado puede consumir estupefacientes, sicotrópicos o narcóticos con fines lúdicos o recreativos, tales acciones no contribuyen al pleno desarrollo de la personalidad ni fortifican la dignidad de la persona, por ello el Estado no está obligado a garantizarlo, salvo el caso de enfermos y adictos.

Más aún, para fumar marihuana no se requería ni se requiere de ninguna autorización de la Secretaría de Salud ni de autoridad diversa, mucho menos se justifica la necesidad de un mandato de la justicia de la Unión para realizar un acto que se estima expresión de la libertad personal; sin embargo, debido a que la Ley General de Salud introduce una restricción total para su uso y consumo que excede lo dispuesto por los tratados internacionales que signó Mé-

³ El artículo 23 de la Ley General de Salud, entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Por su parte, el artículo 77 *bis* I dispone que la protección social en salud es un mecanismo por el cual el Estado garantiza el acceso efectivo, oportuno, de calidad, sin desembolso al momento de utilización y sin discriminación a los servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios que satisfagan de manera integral las necesidades de salud, mediante la combinación de intervenciones de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y de rehabilitación.

xico en materia de estupefacientes y psicotrópicos, que no los prohíben ni los restringen, la cuestión debatida en el fondo no resulta carente de sustancia o de interés, pues abona al tema de la seguridad jurídica, en mayor razón por la deficiente redacción de la normativa que posibilitan que la droga solo pueda adquirirse mediante autorización o permiso para fines medicinales o científicos y en el mercado ilegal para otros usos. Bajo estos razonamientos se concuerda con el sentido del fallo de la Suprema Corte, en razón de la jerarquía de los tratados que contienen derechos humanos en el orden doméstico a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 y de los criterios del alto tribunal; sin embargo, los argumentos para conceder la protección solicitada, así como los alcances del fallo, se estiman discutibles.

Para auxiliarme en el análisis que subyace la cuestión formularé algunas interrogantes a las que daré repuesta: ¿la legislación mexicana regula como derecho humano el consumo de estupefacientes o psicotrópicos? Desde este momento expreso mi opinión afirmativa al respecto; tanto con fines medicinales y científicos como para usos lúdicos y recreativos. En su caso, ¿el ejercicio de este derecho (consumir drogas con fines recreativos) contribuye al libre desarrollo de la personalidad? Frente al pretendido derecho y su ejercicio, ¿el Estado está obligado a brindar una garantía efectiva? ¿La Constitución tutela de forma explícita o implícita un derecho a la salud en sentido negativo? De ser este el caso, ¿el Estado debe renunciar a las obligaciones de índole positiva que le impone el derecho a la protección de la salud cuando la persona decide no tenerla?

El tema central sigue y seguirá siendo de actualidad, aun y cuando su discusión fue postergada por el análisis de otras cuestiones de oportunidad en la agenda pública. En tanto se retoma, se han interpuesto otros amparos similares para propiciar el establecimiento de jurisprudencia.

1. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA MARIGUANA Y OTROS ESTUPEFACIENTES

La mariguana es un estupefaciente⁴ –al igual que la heroína, la cocaína y la morfina– cuyo consumo puede producir dependencia y causar daños físicos y psicológicos a la persona; en específico, a sujetos menores de edad. Como tal se encuentra identificada y regulada en la Ley General de Salud –ley sanitaria– títulos décimo primero y décimo segundo (en los que también se aborda la ingesta de alcohol). En los artículos 191 y siguientes se le cataloga “un riesgo sanitario”: un peligro para la salud por su escaso valor terapéutico y porque es susceptible de uso indebido o abuso. Ello justifica que esté regulada: controlada y fiscalizada en el ámbito administrativo. Sin embargo, su consumo no es una conducta delictiva, pues no existe un tipo penal que así lo decrete.

Como refiere el artículo 7o. del Código Penal Federal –código penal–: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, y ninguna ley penal tipifica el consumo de estupefacientes. En sus artículos 193 y 194 del título séptimo, denominado *Delitos contra la salud*, capítulo I, se determinan punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes y psicotrópicos (y demás sustancias previstas en la ley sanitaria).⁵ Sin embargo, dentro de éstas solo se tipifican como delitos las siguientes: producir,⁶ transportar, traficar, comerciar,⁷ suministrar⁸ aun gratuitamente, prescribir sin

⁴ ONU, Convención sobre estupefacientes de 1961. En la lista 1 de sustancias que se anexa a esta convención se considera a la *cannabis* un estupefaciente, disponible en https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf. La *cannabis sativa*, índica y americana, es una sustancia psicotrópica, con alto potencial de producir conducta abusiva y/o dependencia psíquica/física que actúa por sí misma o a través de la conversión en una sustancia activa que ejerza dichos efectos, disponible en http://www.anmat.gov.ar/Medicamentos/psicotropicos_y_estupefacientes.pdf

⁵ Artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248.

⁶ Dentro de la conducta se incorpora la manufactura, fabricación, elaboración, preparación y acondicionamiento.

⁷ Dentro de la conducta se incorpora la venta, compra, la adquisición o enajenación de algún narcótico.

⁸ Dentro de la conducta se incorpora la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto.

la autorización correspondiente, introducir o extraer del país algún *narcótico*;⁹ aportar recursos económicos o de cualquier especie o colaborar de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos referidos, o realizar actos de publicidad o propaganda para que se consuma cualesquiera de las sustancias a que se refiere la ley sanitaria.

Las personas que realicen cualquiera de las conductas típicas relacionadas serán sancionadas con penas de prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa. También se considera delito especial¹⁰ inducir o propiciar que menores e incapaces consuman los narcóticos o se les venda o suministre de cualquier forma, lo que se sanciona con pena de prisión hasta por quince años. Puede advertirse que no se tipifica el uso ni el consumo de la marihuana, si bien existe un reenvío a la ley sanitaria (art. 6o.), pues el código posibilita que los delitos previstos en leyes especiales o tratados internacionales se regulen acorde con la normativa específica, en razón de que la norma especial prevalece sobre la general. De este modo, todo acto relacionado con sustancias psicotrópicas, estupefacientes o cualquier producto que las contenga queda sujeto a las disposiciones de esta última, sus reglamentos, así como los tratados y convenciones internacionales en los que México sea parte.¹¹

La ley sanitaria, en el artículo 237 (en relación con el 235) prohíbe el empleo, el uso y el consumo, en todo el territorio nacional, de las siguientes sustancias y vegetales: “Opio preparado, para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, *can-*

⁹ El Código Penal Federal, en su artículo 193 considera narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia.

¹⁰ Artículo 467 de la Ley General de Salud.

¹¹ Además de las disposiciones del Consejo de Salubridad General; lo que establezcan otras leyes y disposiciones de carácter general relacionadas con la materia, y a las disposiciones relacionadas que emitan otras dependencias del Ejecutivo Federal en el ámbito de sus respectivas competencias.

nabis sativa, índica y americana o mariguana". La prohibición del consumo de la mariguana y otras sustancias se reproduce en el diverso artículo 479 ubicado dentro del apartado de los delitos contra la salud. Este precepto dispone que el narcótico se destina para su estricto e inmediato consumo personal cuando la cantidad que se posea, en cualquiera de sus formas, no exceda las cantidades señalados en la tabla que se inserta.

<i>Tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato</i>	
<i>Narcótico</i>	<i>Dosis máxima de consumo personal e inmediato</i>
Opio	2 gr.
Heroína	50 mg.
Cannabis sativa, índica o mariguana	5 gr.
Cocaína	500 mr.
LSD	0.015 mg.

El numeral se ubica dentro del capítulo VII, *Delitos contra la salud*, del título Décimo Octavo de la ley, bajo el título: *Medidas de seguridad, sanciones y delitos* que también ordena que la autoridad ministerial no ejercite acción penal cuando la persona farmacodependiente o consumidora posea para su estricto consumo personal alguno de los narcóticos señalados en la tabla: hasta 5 gramos si es *cannabis*, pero deberá informarles de la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación con fines de prevención de farmacodependencia y comunicará esta determinación a la autoridad sanitaria de la jurisdicción respectiva con el propósito de que promueva la orientación médica o de prevención que corresponda. Lo anterior refuerza la idea de que el consumo del estupefaciente es una conducta permitida.

Más aún, cuando se realiza con fines de tratamiento y rehabilitación, incluso surge la obligación del Estado de garantizarlo, pues es un derecho humano contenido dentro del genérico de protección

de la salud, que le obliga a realizar acciones en beneficio del individuo para restaurarla, acorde con lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional y 23 de la Ley General de Salud.¹² Dentro de las principales tareas a su cargo destacan las tendientes a la prevención, la protección, la promoción, la educación sobre las consecuencias del consumo de drogas, la rehabilitación y la mejora de la salud y el bienestar de las personas, usuarias y no usuarias, pues es un derecho de componente tanto individual como social.

Sin embargo, la ley sanitaria dispone que para la adquisición y consumo de sustancias que producen efectos psicotrópicos se requiere contar con receta especial de un profesional autorizado que las prescriba, o bien de un permiso expedido por la Secretaría de Salud, a través de la COFEPRIS, órgano desconcentrado con atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios (art. 17 *bis*). Una vez que se cuenta con la receta o permiso, según sea el caso, los estupefacientes o psicotrópicos se adquieren en establecimientos que los expenden: droguerías, farmacias o boticas, los que deben contar con licencia sanitaria para suministrarlos al público, pero solo para usos medicinales o científicos, lo que descarta su uso recreativo o lúdico, pues no se contempla ninguna autorización que posibilite su comercialización con estos u otros propósitos diversos.

Como consecuencia, la única forma de conseguir las sustancias controladas es acudir al mercado ilegal. Por cuanto toca a la marihuana, tampoco se permite sembrarla, cultivarla ni cosecharla, pues dichas conductas también están tipificadas como delitos contra la salud,¹³ al igual que la posesión fuera de las porciones estipuladas en el artículo 479 citado, la producción (manufactura,

¹² Pero, si no hay la aptitud de acudir a un mercado legal para obtener la droga, la única aptitud para ejercer la libertad de consumirla es incurrir en una conducta delictiva: ¡he ahí el dilema! La salida del Estado uruguayo al mismo fue la promulgación de la Ley Núm. 19.172 Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución con la finalidad de regular el mercado.

¹³ Se sanciona con penas de prisión de 10 a 25 años (arts. 194 y 195, CPF).

fábrica, elaboración, preparación o acondicionamiento), el transporte, el tráfico, el comercio (venta, compra, adquisición o enajenación), suministro (aun gratuito) y la prescripción de narcóticos¹⁴ sin la autorización correspondiente.

En este punto cabe acotar que tal y como está redactada la legislación doméstica, el consumo de la droga no es una conducta prohibida, pero solo se garantiza su suministro a las personas que tengan el hábito o la necesidad de consumirla con la finalidad de brindar el tratamiento de rehabilitación correspondiente. Todo adicto tiene derecho a obtener y consumir los estupefacientes o psicotrópicos, pues como enfermo necesita apoyo para su recuperación.¹⁵ En este punto puede advertirse la aptitud que tiene la persona para exigir el suministro de drogas con la finalidad de recuperar un estado de bienestar físico o mental, en razón de que la Constitución garantiza el derecho humano a la protección de la salud, no la potestad de disponer de la salud personal para no gozar de ésta. De ahí que en su artículo 67, el código penal disponga que en caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez debe ordenar el tratamiento que proceda por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquella, con independencia de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido, lo que refrendan los tratados internacionales en la materia.

¹⁴ Artículo 193. Se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia. Para los efectos de este capítulo, son punibles las conductas que se relacionan con los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II y III, y 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública. 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 partícipe del hecho o la reincidencia en su caso.

¹⁵ La regulación se traslada incluso hacia quienes gocen de libertad preparatoria o de los beneficios de la condena condicional.

Puede advertirse que la normatividad no solo no prohíbe el consumo de estas sustancias controladas (siempre que la cantidad del narcótico se ajuste a la tabla referida no serán conductas susceptibles de sanción), sino incluso dispone que se garantice su suministro a quienes lo necesiten con fines de recuperación. Las demás personas, según mi entender, en ejercicio de su libertad y autodeterminación personal pueden poseer las sustancias e incluso consumirlas, pero no se prevé cómo puedan adquirirlas por la vía legal, en razón de que COFEPRIS no les expedirá permiso ni autorización, debe acudir al mercado ilegal.

Hasta este punto se advierte una severa falta de precisión normativa que se agrava por los diversos reenvíos que efectúan, tanto el código penal como la ley sanitaria respecto de las diversas conductas relacionadas con los estupefacientes, los psicotrópicos y/o los narcóticos y su regulación. En una primera impresión podría instituirse que la idea del legislador fue dificultar el entendimiento de la norma o que las restricciones no se advirtieran con claridad, lo que provoca inseguridad jurídica respecto del alcance y en su caso tipicidad de cada conducta. Más aun, se observa confusión incluso en la denominación que emplea la legislación para referirse a las sustancias controladas. Mientras que la ley sanitaria regula los estupefacientes y sicotrópicos y considera a la mariguana un estupefaciente, el código penal, en su artículo 193 utiliza la noción *narcótico* para referirse a los estupefacientes y psicotrópicos regulados en la ley sanitaria; luego la mariguana es tanto un estupefaciente como un narcótico, según la ley de que se trate. En esencia, son nociones equivalentes, según el diccionario de la lengua:¹⁶

ESTUPEFACIENTE. Sustancia que altera la sensibilidad y puede producir efectos estimulantes, depresivos, narcóticos o alucinógenos, y cuyo uso continuado crea adicción.

¹⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, disponible en <http://www.rae.es/>

PSICOTRÓPICO. Sustancia psicoactiva que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos de personalidad.

NARCÓTICO. Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno.

Resultaría más útil y añadiría claridad a las normas que se les denominara: “sustancias controladas”, acorde con las convenciones internacionales en la materia.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

La Convención única sobre estupefacientes de la Organización de Naciones Unidas¹⁷ de 1961, en su artículo 30 dispone la necesidad de que se someta a licencia el comercio y la distribución de estupefacientes y se fiscalicen todas las personas y empresas que realicen o se dediquen a su comercio o distribución, excepto cuando lo realicen empresa o empresas del Estado.¹⁸ El Pacto no proscribe su uso y consumo, pues su artículo 36 decreta que solo deben considerarse delitos: “el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes”, siempre que las conductas sean incompatibles con lo dispuesto en éste. Y no solo no los prohíbe, sino incluso posibilita que en vez de declarar culpables o de sancionar penalmente a las personas que hagan uso indebido de estupefacientes y hayan cometido delitos relacionados, o además

¹⁷ Disponible en http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf

¹⁸ Esta es la razón de que en Uruguay se haya creado una paraestatal para su comercialización.

de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, se les somete a medidas de tratamiento, educación, pos-tratamiento, rehabilitación y readaptación social.

La Convención sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988,¹⁹ también de la ONU, signada por México sin reserva alguna, observa similitudes con el instrumento internacional citado en primer lugar,²⁰ pues en su artículo 3 (apartado de delitos y sanciones) establece que cada una de las partes signatarias, en su derecho interno adoptará las medidas necesarias para tipificar como delitos las conductas siguientes: producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica. Incluso posibilita que éstas se permitan, cuando sea el caso de usos tradicionales, siempre que exista evidencia histórica.

Dentro de las obligaciones de los Estados signatarios se determina que sujeten a medidas de fiscalización las plantas siguientes y sus productos: adormidera, arbusto de coca y *cannabis* (paja u hojas), entre otras.

Ni uno ni otro instrumento definen tampoco las nociones estupefaciente o psicotrópico (sicotrópico), solo enuncian las sustancias y actividades que se fiscalizan, dentro de cada rubro que se inserta en las listas anexas a cada instrumento internacional:²¹ en las que la mariguana y sus derivados se listan dentro de los estupefacientes. Tampoco fiscalizan el consumo de la mariguana, mucho

¹⁹ Disponible en http://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf

²⁰ Tiene como antecedentes, además de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961 (enmendada por el protocolo de 1972), el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971.

²¹ Estupefaciente: 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 (enmendada por el Protocolo de 1972). Sustancia psicotrópica: cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las Listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

menos lo criminalizan o restringen, salvo cuando se trata de menores de edad. A diferencia del narcotráfico (la producción y el comercio de drogas ilícitas), que sí lo está.

Como conclusión a este apartado, coincido con el argumento que se expresó que consumir el estupefaciente, psicotrópico o narcótico que nos ocupa es una manifestación de un derecho de libertad que debe respetarse en el plano interno, se esté o no de acuerdo con la conducta, pues el mismo fue ampliado en el ámbito internacional. También coincido en que negar la autorización administrativa solicitada es un acto que restringe los derechos de los quejosos.

3. EL NOVEDOSO AMPARO “VERDE”

Ante la obscuridad o poca claridad normativa y como consecuencia de la restricción total que obra en la legislación administrativa local para su consuno diverso de los fines científicos y medicinales, no incorporada en las convenciones internacionales, con el propósito de ejercer su derecho al consumo del estupefaciente referido, hubo necesidad de que algunas personas interesadas demandaran la protección de la justicia federal.

A. *Hechos*

El 32 de mayo de 2013, los quejosos (por propio derecho y como representantes legales de una persona jurídica) solicitaron a la COFEPRIS que se les expidiera una autorización para el consumo personal con fines lúdicos o recreativos de la marihuana (*cannabis sativa* en sus dos variantes: *índica* y *americana*). También solicitaron la autorización para ejercer los “derechos correlativos al autoconsumo”: siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo, uso y, en general, todo acto que se relacionara con dicho consumo, con exclusión de los actos de comercio (distribución, enajenación y transferencia).

El director ejecutivo de regulación de estupefacientes, psicotrópicos y sustancias químicas de la dependencia administrativa dio respuesta negativa a la solicitud, bajo el argumento de que la autorización no podía ser expedida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud en razón de que: “Está prohibida en todo el territorio nacional la realización de cualquier acto relacionado con las sustancias aludidas”.²²

B. Derecho

En una primera instancia, los quejosos interpusieron el amparo indirecto 237/2014 en contra de la negativa referida que tocó conocer al juez décimo primero de distrito en materia administrativa del primer circuito judicial. En su demanda de amparo alegaron la inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley sanitaria y expresaron como conceptos de violación, entre otros: “La indebida restricción de los derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y libertad individual, todos en relación con el principio de dignidad humana, así como del derecho a la disposición de la salud”.²³ También argumentaron que el Estado no puede socavar o suprimir las acciones que realice “cualquier individuo para individualizarse [*sic*] dentro de la sociedad”,²⁴ a menos de que exista un interés superior que lo justifique, pues cada uno “tiene derecho a elegir de forma libre y autónoma su proyecto de vida y la manera en que logrará los objetivos que considere relevantes”.²⁵ En otras palabras, desde su óptica, “el Estado no puede imponerles modelos y estándares de vida ni intervenir en asuntos propios de su esfera personal y privada”.

²² *Ibid.*, nota 1.

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

Desde el argumento precedente se advierten inconsistencias: el interés superior que justifica la limitación de la acción de los solicitantes de los permisos para consumir estupefacientes y que también posibilita que otras personas los consuman mientras se encuentran sometidas a medidas de tratamiento y rehabilitación es la obligación estatal de proteger la salud de la población (individual y colectivamente). Un derecho en cuya satisfacción el Estado interviene de forma activa mediante el diseño e instrumentación de políticas públicas y programas a fin de satisfacer necesidades de carácter social; es decir, se satisfacen necesidades de índole individual, pero colectivamente consideradas.²⁶ Lo ilustro con un ejemplo, cuando una persona padece una enfermedad infecto-contagiosa, además de atenderlo en lo individual, el médico tratante está obligado a dar aviso a las instituciones sanitarias para precaver el contagio colectivo y su probable impacto en la población. En este punto no rige la confidencialidad que está obligado a preservar éste y sus auxiliares en la atención sanitaria, como lo ordena la ley en el artículo 77 *Bis* 37, fracción X, de la Ley General de Salud en razón de la importancia de los bienes protegidos. Incluso, el enfermo puede ser aislado por orden médica y confinado en cuarentena, al grado de restringir su libertad de tránsito; prohibición que tiene rango constitucional.

Los quejosos también argumentaron que la política prohibicionista de la autoridad sanitaria resulta 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”, y que el Estado adopta una postura paternalista mediante la que trata a los ciudadanos “como si no

²⁶ Cfr. Olga Sánchez Cordero, “El derecho constitucional de protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México”, ponencia presentada en el Simposio internacional, “Por la calidad de los servicios médicos y la mejora de la relación médico-paciente”, 20 de octubre de 2000. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20CONSTITUCIONAL%20A%20LA%20PROTECCION%20DE%20LA%20SALUD.pdf>

fuesen seres los suficientemente racionales para tomar sus propias decisiones”. En efecto, cuando el sujeto no actúa de modo racional, el Estado está obligado a tomar acciones para preservar su integridad e incluso su vida; por ejemplo, pienso en quienes deciden que el suicidio es una opción válida para la solución de sus problemas.

Lo anterior se corrobora con los propios argumentos de los quejosos cuando afirman 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*,”²⁷ 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”.²⁸ El resultado de su decisión, sin embargo, como ellos mismos afirman, les produce un estado de afectación transitorio de la salud que justifican las medidas e intervención del Estado, pues reconocen que la droga les provoca un padecimiento (angustia, pesadumbre), al menos temporal.

También resalta la aseveración de que la “prohibición para consumir marihuana se basa en un prejuicio sustentado en valoraciones morales y no en estudios científicos”. Este último punto resulta de interés para el análisis, pues coincido con el Ministro José Ramón Cossío²⁹ en que el alto tribunal ameritaba que se le allegaran elementos de juicio suficientes para dejar sin sustento la prohibición, si no contaba con respaldo científico y fuere el caso

²⁷ Si hay un cambio del estado de conciencia también disminuye la aptitud de realizar la ponderación de las circunstancias que atañen a una situación particular a fin de realizar un juicio razonado y tomar una decisión traducida; realizar o evadir un acto (véase Elízaeth de Ríos, “La invalidez de la objeción de conciencia en materia de salud pública”, en *Medicia y ética*, Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica, vol. XXIII, núm. 1, enero-marzo de 2012, p. 111.

²⁸ Véase nota 1.

²⁹ Opinión del Ministro José Ramón Cosío Díaz en el amparo indirecto en revisión 237/20114 (uso recreativo de la mariguana) disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not041115.pdf>

de que se hubiera insertado en la legislación por otras razones (no penales),³⁰ lo que no se tuvo. En efecto, en otros amparos en que se ha discutido un punto de vista especializado, ajeno a la ciencia jurídica, el tribunal pleno se ha apoyado con estudios de instituciones públicas y centros especializados en la enseñanza e investigación, y en este caso, por alguna razón, no se necesitó mayor valoración; ello habría posibilitado, al decir de Cossío: “No solo resolver este caso concreto, sino constituirse en el foro nacional para la discusión y futura implementación de una política integral en materia de drogas”.³¹

El juez admitió a trámite el amparo y después del análisis inicial determinó infundados los conceptos de violación; en especial nos interesa el referido a la protección de la salud. El juzgador estimó que “la prohibición contenida en los artículos impugnados constituyen medidas instrumentales aptas para proteger la vida y salud de las personas, evitando la proliferación de sustancias nocivas [pues] el consumo indebido de psicotrópicos y estupefacientes se ha convertido en uno de los más graves problemas de salud pública”.³²

No obstante, la Suprema Corte no compartió su criterio, y con apoyo en una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, otra de un tribunal inglés y una más de norteamérica determinó que la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece a la esfera de la autonomía personal que debe protegerse por la Constitución (¿también jugar a la “ruleta rusa”?), pues ésta otorga protección amplia a la autonomía de las personas y les garantiza “el goce de ciertos bienes que son indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos se proponen”.³³ Así, en términos generales –sigue el

³⁰ Por ejemplo, para castigar o inhibir futuras conductas, u obtener la reparación del daño, entre otras.

³¹ Véase nota 22.

³² *Ibid.*, nota 1.

³³ *Idem.*

argumento— “puede decirse que los derechos fundamentales tienen la función de ‘atrincherar’ esos bienes contra medidas estatales o actuaciones de terceras personas que puedan afectar la autonomía personal [pues], los derechos incluidos en ese ‘coto vedado’ están vinculados con la satisfacción de esos bienes básicos que son necesarios para la satisfacción de cualquier plan de vida”.³⁴ Y, si bien el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, concluyó: “Las intervenciones basadas en fines perfeccionistas no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo a un determinado modelo de virtud”.³⁵

C. El fallo

Con sorpresa, y pese a que en su argumento sostuvo que la Constitución y los tratados reconocen un catálogo de “derechos de libertad” que se traducen en *permisos* para realizar determinadas acciones que se estiman valiosas para la autonomía de las personas, la Suprema Corte fue omisa en valorar el marco normativo de similar jerarquía que se le contrapone para realizar un ejercicio mínimo de ponderación entre derechos individuales y colectivos. Entre normas internas y convencionales.

Queda claro que la protección constitucional no propugna un modelo de virtud, pero sí procura la tutela de los proyectos de vida que se sustentan en la dignidad de la persona, pues ésta (la dignidad) es la base de todos los derechos: su fundamento axiológico, y no un derecho en sí, como el alto tribunal sostiene de forma equívoca.

Resulta confuso el argumento que sostiene que la libertad para tomar decisiones sobre el estilo de vida, cualquiera que éste sea, deba garantizarse. No se concuerda con que la Constitución garantice cualquier estilo o modo de vida, pues también los criminales

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

tienen uno: el cual es seguro que orienta sus actividades. Desde los *Sentimientos de la Nación*³⁶ el orden constitucional ha pretendido garantizar el desarrollo de los proyectos de vida digna de cada persona. Aquellas decisiones que tienen como propósito *plenificarla*, pues las que denigran su esencia y centralidad no pueden ser objeto de tutela por el Estado, ni siquiera por uno liberal, pues no son acordes con los principios y valores constitucionales. Como bien afirmó Jorge Carpizo, la interpretación constitucional puede modificar, anular o vivificar la carta magna.³⁷ Estimo que el alcance de esta decisión de la Corte la debilita, no respecto del sentido del fallo, sino por los argumentos empleados para sustentarlo.³⁸ Mucho menos se comparte la idea de que consumir mariguana sea una actividad que resulte benéfica para la persona o que afiance su dignidad; si bien se comparte la idea de que se ubica dentro de la esfera de la libertad del ámbito de la autonomía personal tomar éste u otro tipo de decisiones, razón para conceder el amparo, pero no bajo los argumentos y para los efectos que se expresaron, pues al autorizar toda la cadena productiva del estupefaciente para el auto-consumo violenta obligaciones internacionales signadas por el Estado mexicano. Sin embargo, también queda claro que de autorizarse solo el consumo, sin la aptitud de obtener de algún modo legal la droga, perdería eficacia la decisión del tribunal; en suma, se esbozo un dilema, pues cualquier alternativa de solución generaría un problema.

³⁶ *Los sentimientos de la nación. Antología documental*. México, INEHRM-SEP, 2013, disponible en <http://www.inehrm.gob.mx/work/models/inehrm/Resource/439/1/images/SentimdeNac.pdf>

³⁷ Cfr. Jorge Carpizo, “La interpretación constitucional en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 12, 1971, p. 385. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/12/art/art1.pdf>

³⁸ El Ministro Cossío Díaz estima que la negativa a otorgar la autorización administrativa a los quejosos resulta violatoria de sus derechos; autonomía personal, entre otros, pero difirió de la metodología utilizada para el análisis, así como de los alcances de los efectos propuestos: concuerdo con su opinión. Disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/not041115.pdf>

Las consideraciones del alto tribunal se basaron en argumentos en torno al libre desarrollo de la personalidad, los que fueron tomados de fallos del tribunal alemán en cuya constitución, de 23 de mayo de 1949,³⁹ se incorpora como derecho fundamental el siguiente:

Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.⁴⁰

Puede advertirse cómo en la interpretación de la Suprema Corte se suprime la parte relativa al orden constitucional y la ley moral y se deja subsistente solo la faceta individualista del derecho. De modo diverso como sostuvo la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia en revisión T-594/93 cuando sostiene que:⁴¹

“La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho, es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”.

A partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la constitución de Colombia, el libre desarrollo de la personalidad prevalece como

³⁹ Ley fundamental de la República Federal de Alemania, disponible en <http://www.bogota.diplo.de/contentblob/2227598/Daten/375140/downloadConstitucion.pdf>

⁴⁰ Énfasis agregado.

⁴¹ *Cit.* Kevin Villalobos, “El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad”, tesis de grado, San Ramón, Costa Rica, 2012. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>

principio liberal de la no injerencia institucional en materias subjetivas, siempre y cuando no se atente contra la convivencia y la organización social:⁴² “Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.⁴³ Y hasta ahora, en México, no se ha producido una discusión seria y amplia en torno a la legalización y el impacto que la medida traería. Por ello, quiero cerrar este apartado con algunas ideas incorporadas en un voto particular emitido en contra de la pretendida amplitud del derecho a libre desarrollo de la personalidad, en el que se refirió que, como los otros derechos, el libre desarrollo de la personalidad también tiene límites, entre otros, los del sentido común, pues toda libertad debe ser responsable: “En otras palabras, hay que pasar de la ilusión de libertad, que se basa en la subjetividad absoluta, a la vivencia real dentro de la libertad, que comporta un límite ético necesario para coordinar los distintos y legítimos intereses vitales, dentro de un margen de respeto, tolerancia y apoyo mutuo. Se trata de una proclamación de la singularidad de cada uno, sin entorpecer ni el desarrollo vital propio ni el de los demás. El libre desarrollo de la personalidad debe pues consistir en un acto de racionalidad y no de barbarie”.⁴⁴

4. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. SUS ALCANCES

La reforma constitucional del 3 de febrero de 1983 estatuyó el derecho de toda persona a la protección de la salud, el cual obliga al

⁴² Cf: Zaida Rojas-Castillo y Aurymayerly Acevedo-Suárez, “El alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad”, en *Manuales de convivencia de establecimientos educativos*, dixi 21, junio de 2015, p. 67. Disponible en <http://dx.doi.org/10.16925/di.v17i21.980>

⁴³ *Political Databas of the Americas*, Constitución de Colombia de 1991, con reformas hasta 2005. Disponible en <http://pdpa.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 221/94. Disponible en [ww.corte-constitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm](http://www.corte-constitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm)

Estado a la toma de medidas que aseguren las condiciones necesarias para su satisfacción, aun en contra de la decisión de la persona; pienso en el caso de los indigentes y personas que viven por decisión propia en situación de calle, las que en la época invernal son llevados a albergues para que no perezcan de frío; de quienes deciden ponerse en huelga de hambre, al grado de perder el conocimiento o poner en riesgo su vida, o incluso de aquellos que de cualquier otro modo atentan contra ésta. Me parece un despropósito que el libre desarrollo de la personalidad pueda llevarse hasta la supresión de la persona humana y que ello deba garantizarse por el Estado.

Los tratados que contienen derechos humanos tienen como propósito propugnar por un estándar homogéneo y mínimo de protección de la persona humana, no su degradación o extinción. La dignidad humana figura como la primera finalidad de la elaboración de la ley fundamental. El núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad protege la libertad general de acción, vinculada estrechamente con el principio de dignidad humana.⁴⁵ ¿Cómo es posible que el alto tribunal sostenga que ingerir sicotrópicos abone al libre desarrollo de la personalidad?

Pese a ello, el fallo de la Suprema Corte tuvo efectos favorables en su momento, pues abrió el debate para la discusión de los temas relacionados con las drogas, su uso y la necesidad de su regulación, los que necesariamente deben trabajarse mediante la participación multidisciplinaria de expertos: abogados, médicos, psicólogos, siquiátras, sociólogos, entre otros, atendiendo al carácter fundamental de la protección de la salud. Se necesita tomar decisiones que nos conduzcan a buscar respuestas que posibiliten intentar nuevas vías de tratamiento del problema del consumo e incluso el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, pero no al grado de “experimentar” nuevas vías como propone algún experto,⁴⁶ con el argumento de que la prohibición no resolvió el problema

⁴⁵ Sentencia T 532/92, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-532-92.htm>

⁴⁶ J. R. de la Fuente, *et al.*, *Mariguana y salud*. México, FCE, 2015, p. 289.

de salud pública y acrecentó la violencia. Recordemos que la permisión de la comercialización del alcohol tampoco acabó el problema de salud pública, sino lo agravó con alto costo en recursos y vidas humanas.

Lo negativo de la decisión del alto tribunal respecto de los cuatro sujetos a los que les concedió el amparo para que siembren y cosechen mariguana –además de algunos de los argumentos que la sustentaron– es que suprimió la regulación que está obligado a brindar en este tema, acorde con las obligaciones fijadas en las convenciones mencionadas a lo largo del presente. Como Estado signatario, México está obligado a reglamentar (fiscalizar) no el consumo personal, sino la cadena productiva de los sicotrópicos y estupefacientes hasta la recepción por el destinatario final, salvo que mediante una empresa pública proporcione la droga a quienes la deseen o la necesiten; una especie de CONASUPO, tal y como se legisló en Uruguay, donde se creó un ente regulador encargado de otorgar las licencias para el consumo y el control de la producción y distribución de drogas en espacios registrados.⁴⁷ Sobre este tema, en fecha reciente el expresidente de ese país, quien impulsó la legalización de las drogas, José Mujica, de visita en México expresó una opinión que refuerza nuestras inquietudes (cito de memoria): “Para consumir la droga se habla de la libertad, y después con ésta se le hipoteca”.

¿De qué modo se fiscalizará a los particulares que podrán contar con su vivero particular para producir mariguana para el autoconsumo?, ¿quién verificará que así sea, su destino y en la cantidad que limita la ley?

Las decisiones de las personas, aun avaladas como derechos de libertad pueden impactar diversos valores del ordenamiento constitucional e incluso la vida y la dignidad, de ahí que sea necesario que cuenten con educación e información suficiente que mitiguen sus efectos. El Estado, en tanto, está obligado a cumplir con su cometido y fin último que es velar por la persona humana, con

⁴⁷ Uruguay optó por esta solución en la Ley 19.172. Disponible en http://www.correo.com.uy/otrosdocumentos/pdf/Ley_19.172.pdf

respeto y respecto de sus propias decisiones. Un Estado respetuoso de la autonomía individual se encuentra compelido a equilibrar la autonomía personal con otros intereses, que no solo son derechos, sino verdaderos valores del ordenamiento.⁴⁸ Por consiguiente, se justifica su intervención a través de la imposición de restricciones para evitar que una persona se cause daño a sí misma, a su integridad, a su salud, a su vida. Con mayor razón si todavía no tiene la capacidad de decidir por incapacidad o minoría de edad, pues este último sector es el que puede resultar más perjudicado en su salud y desarrollo físico y mental con las drogas. De nuevo comparto las inquietudes del Ministro Cossío,⁴⁹ quien afirma que el Estado no puede abdicar de su facultad regulatoria porque una sustancia “no sea tan dañina”, pues la obligación a su cargo es garantizar de forma positiva el derecho a la salud (la protección).

5. PARA CONCLUIR

Si bien se concuerda con la idea de que el consumo de estupefacientes y sicotrópicos con fines lúdicos y recreativos queda incorporado dentro del ámbito de la autonomía personal, e incluso puede estimarse un derecho correlativo o inherente a la libertad de acción de cada cual, pues cada persona en plenitud cuenta con facultades para auto-determinar su propio proyecto de vida, ello no implica que tal decisión deba garantizarse por el Estado; mucho menos en un país como el nuestro, en el que todavía no se garantiza la totalidad de los derechos básicos para la subsistencia de un número amplio de personas. Bajo esta lógica, ¿cómo pensar en la satisfacción de derechos de poca sustancia para algunos?

Si ni el código penal ni ninguna otra ley especial tipifican como delito la posesión hasta cierta cantidad y el consumo de marihuana;

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481/98. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-481-98.htm>

⁴⁹ Véase nota 30.

si los tratados internacionales disponen el control de los estupeficientes (como la marihuana), pero no restringen su consumo, puede colegirse que hoy en día consumirla con cualquier finalidad no es una conducta prohibida, pero tampoco está permitida en el ámbito administrativo; pero aun y cuando ello ocurra, no implica necesariamente que deba garantizarse su suministro para usos que no tengan como propósito la restauración de la salud. En suma, no existe la obligación del Estado de garantizar el acceso a las drogas más que para los fines de recuperación referidos, pues la Constitución obliga a realizar acciones positivas para brindar eficacia al derecho a la protección de la salud (incorporado de forma expresa en su texto), no para disminuirlo o debilitarlo. Sin embargo, tampoco podemos dejar de observar que la prohibición total que incorpora la ley sanitaria restringe derechos fundamentales y colisiona con tratados internacionales signados por el Estado mexicano. Peor aún, la autorización para realizar las acciones solicitadas por los quejosos, diversas al consumo, como las consistentes en siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión y transporte de la marihuana también violentan prescripciones convencionales. El problema sigue siendo complejo. La opción que escogió Colombia para no vulnerar la libertad de las personas ante la despenalización del consumo de narcóticos y estupeficientes es la educación para que cada persona elija su forma de vida de modo responsable, pues un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad debe remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. No debe sustituir la educación con la represión, como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona, en lo individual y eventualmente para la comunidad a la que se haya integrada.⁵⁰

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia Núm. C-221/94, “Drogadicción-Educación como obligación estatal”. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/C-221-94.htm> DROGADICCION