

CAPÍTULO TERCERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS

I. JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

La justicia constitucional juega un papel fundamental en la protección efectiva de los derechos humanos, ya que es a través de las cortes nacionales como se logra de manera directa la corrección de las vulneraciones ilegítimas a los derechos de todas las personas. Así, se debe asumir que son los tribunales constitucionales los que tienen que atender, en primer lugar, las violaciones a los derechos humanos, y sólo ante posibles deficiencias en su actuación se pueden activar los mecanismos de protección internacional, y no al revés; de ahí que al sistema universal y a los sistemas regionales de protección de derechos humanos se les identifique como esquemas subsidiarios de defensa de los mismos.¹³³

De esta manera, para que las personas puedan acudir a las instancias internacionales a defender sus derechos humanos se les exige invariablemente el agotamiento previo de todos los recursos internos, lo cual obedece a la postura de que las quejas de las personas deben desahogarse exclusivamente en el contexto del derecho doméstico.¹³⁴

Ahora bien, es adecuado hablar de derechos humanos y justicia constitucional como elementos comunes, derivado de las cláusulas de incorpora-

¹³³ Existen cuatro sistemas de protección de derechos humanos en el seno internacional; por un lado, el sistema universal, que se configura en el marco del aparato de las Naciones Unidas; por el otro, sistemas regionales que se insertan en el ámbito del Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana. Tales andamiajes se caracterizan, entre otras cosas, por ser sistemas de protección de la persona frente al Estado y por comportar una naturaleza subsidiaria. Cfr. Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2014, p. 18.

¹³⁴ Heftye Etienne, Fernando, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2017, p. 102.

ción del derecho internacional de los derechos humanos, que muchas Constituciones de la región adoptan; por ejemplo, la de México, Colombia y España,¹³⁵ así como del efecto que tiene la jurisprudencia internacional en el derecho nacional.¹³⁶ Ello ha generado una nueva forma de ver y percibir tanto el derecho constitucional como el derecho internacional público, los cuales se complementan de forma intensa en el escenario jurídico actual. De tal suerte que se puede hablar de un solo orden universal, al menos, en el contexto de la vigencia y protección de los derechos humanos, un orden que ha sido identificado con la vertiente de pluralismo constitucional, el cual representaría una superación de las teorías monistas (Kelsen) y dualistas (Triepel), que tratan de explicar las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional.¹³⁷

¹³⁵ En concreto, el artículo 1o. de la Constitución establece una cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, al señalar que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Por su parte, el artículo 93 de la Constitución de Colombia establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. En sentido similar, el artículo 10.2 de la Constitución española precisa que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹³⁶ Por ejemplo, en nuestro país, la contradicción de tesis 293/2011 establece con precisión el alcance que debe tener la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia que resuelve dicha contradicción se señala que los criterios jurisprudenciales de tal Corte, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales, al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En particular, se determina que en cumplimiento del artículo 1o. constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: *a)* cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; *b)* en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional, y *c)* de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos. *Cf.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, p. 61, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017.

¹³⁷ Sobre la teoría del pluralismo constitucional y sus postulados véase Acosta Alvarado, Paola Andrea, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 14, núm.1, julio 2016, pp. 15-60, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567002>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017. En el contexto nacional también se ha estudiado el pluralismo constitucional

Bajo este sendero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado las relaciones entre los órdenes nacional e internacional en el contexto de los derechos humanos, bajo la idea de parámetro de control de regularidad constitucional;¹³⁸ aunque cabe resaltar que en el ámbito académico se han distinguido las expresiones “parámetro” y “bloque de constitucionalidad”; por ejemplo, se señala que el primero se refiere a contenidos procesales, a diferencia del segundo, que abarca contenidos sustanciales.¹³⁹

Con todo, de las conexiones de complementariedad entre los órdenes nacionales e internacionales es posible afirmar que hoy en día se avanza hacia la internacionalización del derecho constitucional y, de la misma forma, hacia la constitucionalización del derecho internacional.¹⁴⁰ Todo lo cual nos presenta una realidad indiscutible; esto es, que la existencia aislada de los órdenes jurídicos es imposible, pues resulta fundamental su articulación, armonización y complementariedad a fin de materializar su efectividad.¹⁴¹

Con base en lo descrito, se puede comprender la conexión entre la justicia constitucional y los derechos humanos, reconocidos en las propias cartas constitucionales (se destaca que las constituciones de México y de Guatemala incorporan expresamente un título o capítulo sobre los derechos humanos, y no de derechos fundamentales o derechos, como la mayoría de las Constituciones lo hace) y en los tratados internacionales, que conforman un solo canon de protección y garantías que debe ser estudiado en el ámbito de la argumentación jurídica desplegada por los jueces constitucionales, con objeto de evaluar el alcance práctico y real de los derechos humanos, a saber: su eficacia concreta.¹⁴²

en Romero Martínez, Juan Manuel, “La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana”, *Métodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, México, núm. 12, enero-junio de 2017, disponible en <http://revistamethodos.cdhdff.org.mx/index.php/la-proteccion-multinivel-de-los-derechos-humanostendencias-y-desafios-para-la-region-interamericana>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017.

¹³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, pp. 60 y 61.

¹³⁹ Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel *et al.*, (coord.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, t. IV, vol. 1, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 117-168 (p. 122).

¹⁴⁰ Gómez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa, 2014, p. 353.

¹⁴¹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 303.

¹⁴² Por ello, algunos críticos identifican a los derechos humanos como esencialmente estatistas (en el modo de Estado-Nación). *Cfr.* Sanín Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitu-*

De esta manera, en esta parte de la investigación se van a identificar los modelos de corrección de la argumentación que están asumiendo los jueces constitucionales para calificar sus sentencias que resuelven colisiones entre derechos humanos. Lo anterior nos va a permitir tres cosas; por un lado, obtener una muestra de la situación práctica sobre la toma de decisiones judiciales en torno a los derechos humanos; por otro, conjuntar parámetros y esquemas de evaluación de la argumentación que pueden ser útiles en el ámbito de la justicia constitucional mexicana, y por último, evaluar el compromiso e interés de los jueces constitucionales con la fiscalización objetiva de sus sentencias.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS

Antes de comenzar con el desarrollo y análisis de los diversos casos judiciales en el contexto de la justicia constitucional, es necesario justificar la elección de los mismos; en este sentido, en el presente apartado se describirán, con cierto énfasis, los parámetros utilizados para la elección, ya que no somos partidarios de la arbitrariedad en la ciencia jurídica ni en la práctica judicial. El desarrollo del presente modelo de justificación nos ayudará a eliminar tal arbitrariedad científica y a disminuir la subjetividad en la ciencia, aunque, desde luego, no se pretende suprimir la misma por completo, pues como se sabe, los juicios de valor intervienen, inevitablemente, al inicio de toda investigación, cuando, por ejemplo, se elige el tema, así como al final de la investigación, cuando se obtienen los resultados y se plantean los problemas de su posible utilización práctica y teórica.¹⁴³

Con todo, el escenario justificativo va a contribuir a dotar de cierta objetividad a nuestra investigación, así como a brindarle un respaldo metodológico-científico, pero no desde la simple lógica o método inductivo, como pudiera erróneamente pensarse, sino más bien desde el método de falsación

cional. Rescatando la democracia del liberalismo, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (Crítica y Derecho, núm. 3), 2011, p. 123. Con mucho, no percibimos un problema, sino una oportunidad para que los Estados se comprometan con los mismos; paradójicamente, se resalta que dentro del propio Estado se han diseñado herramientas para su defensa jurídica; por ejemplo, el juicio de amparo o los mecanismos cuasijurisdiccionales, como la queja ante los organismos de protección de derechos humanos.

¹⁴³ Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Taurus, 1978, p.152.

y contrastación propuesto por Popper. En efecto, al igual que dicho autor, consideramos que es muy complejo derivar enunciados universales partiendo de enunciados singulares (por elevado que sea el número de casos concretos utilizados); así, asumimos que toda conclusión que se obtenga bajo estos parámetros corre el riesgo de resultar algún día falsa, pues, como dice Popper, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que se hayan observado con la investigación, no justifica determinar que todos los cisnes sean necesariamente blancos.¹⁴⁴

Aplicando los postulados de Popper a los casos judiciales que analizaremos en esta investigación, se podría afirmar, con justa razón, que de los mismos no se puede obtener un enunciado general sobre la forma de evaluar los argumentos jurídicos (con lo cual estamos de acuerdo), pero, siguiendo el método de falsación, sí podremos extraer conclusiones de los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional, por medio de una deducción lógica; esas conclusiones las vamos a comparar entre sí y con otros enunciados científicos disponibles, con objeto de encontrar relaciones lógicas entre ellas (equivalencia, compatibilidad y armonización). Si dicho ejercicio nos presenta un resultado positivo, es decir, si las conclusiones singulares son aceptables, compatibles y equivalentes, esto es, verificadas, los criterios de evaluación y, consecuentemente, la hipótesis general planteada en la introducción de esta investigación, han pasado con éxito el examen de contrastación de Popper, por lo que se podrá asumir que no existen razones, hasta ese momento, para desechar dicha hipótesis.¹⁴⁵ Veremos pues la aplicación del método de Popper al concluir con el estudio de todos los casos prácticos que se plantearán en la presente investigación.

Por todo ello, al justificar la utilización de algunos casos judiciales (enunciados particulares) no estamos asumiendo que los mismos constituyen una base para afirmar una teoría científica de corrección de la argumentación jurídica (enunciado general), sino solamente que los mismos han sido elegidos de forma objetiva (o con cierta objetividad); asimismo, que los casos a estudiar constituyen una herramienta útil en nuestra investigación, ya que de los resultados que arroje dicho análisis práctico se podrán formular posturas propias (conclusiones) en torno a la evaluación de la argumentación jurídica nacional; de esta forma, se afirma que si las conclusiones logran acreditar el método de falsación de Popper, serán comprobadas y validadas; en caso contrario, no todo estará perdido, pues tendremos una línea de investigación

¹⁴⁴ Popper, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1977, p. 27.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

agotada, que servirá para que futuros estudios se dirijan a otras vertientes no exploradas, lo cual en el terreno de la ciencia es de utilidad práctica.

Bajo este sendero, se precisa que en la presente investigación se analizarán tres casos prácticos de la justicia constitucional de México, Colombia y España. Las razones y parámetros que sirvieron para elegir dichos países fueron los siguientes:

- a) Se trata de tres Estados que pertenecen a la familia jurídica del *civil law*, por lo que comparten principios, estructuras, lenguaje y postulados similares en torno a la caracterización del fenómeno jurídico, lo cual contribuye a que se puedan realizar comparaciones pertinentes entre ambos países, en particular, en la actividad desplegada en el ámbito de la justicia constitucional.
- b) Son países en los cuales ha existido un considerable desarrollo de la justicia constitucional, derivado de los criterios que han emitido sus cortes constitucionales y de la interpretación que han formulado sobre los derechos humanos (como lo veremos en los casos a analizar); en concreto, se destacan los casos de Colombia y España, que son referentes en investigaciones nacionales y en la justicia constitucional mexicana.¹⁴⁶ Sobre esto, cabe destacar que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha utilizado en sus sentencias trabajos de autores españoles; por ejemplo, en la sentencia que resolvió la contradicción de tesis 293/2011, cita una obra del español Francisco Javier Díaz Revorio, a fin de distinguir lo qué es una disposición y una norma en el seno de la dogmática constitucional;¹⁴⁷ por otra

¹⁴⁶ Por ejemplo, en el ámbito académico son recurrentes los libros nacionales que citan sentencias de los tribunales constitucionales de Colombia y España, así como ideas de autores españoles, argentinos y colombianos. Véase Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, México, Porrúa, 2012. En dicha obra se citan a los siguientes autores españoles, argentinos y colombianos: Manuel Atienza, Josep Aguiló, Marina Gascón Abellán, Carlos Santiago Nino, Carlos Bernal Pulido, entre otros. En sentido similar, en la obra de Daniel Vázquez se citan y utilizan diversos trabajos del colombiano Carlos Bernal Pulido, así como varias sentencias de la Corte Constitucional colombiana y del Tribunal Constitucional español. Cfr. Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. Por otro lado, en el libro de José Miguel Cabañes se citan y utilizan diversas sentencias de la Corte Constitucional colombiana y del Tribunal Constitucional español. Véase Cabañes Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.

¹⁴⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, p. 53.

parte, en la sentencia del amparo en revisión 237/2014, se hace alusión a trabajos del colombiano Carlos Bernal Pulido.¹⁴⁸

- c) Se trata de países que en sus cartas fundamentales establecen cláusulas de incorporación de tratados sobre derechos humanos,¹⁴⁹ lo que convierte a dichos derechos en parte del orden constitucional; así, se tiene que las cartas fundamentales de México, Colombia y España materializan, en sus respectivos ámbitos espaciales, un verdadero bloque de constitucionalidad, a saber: una Constitución de derechos humanos.¹⁵⁰
- d) Son países que han atravesado escenarios complejos en materia de afectaciones y vulneraciones a los derechos humanos; por ejemplo, España, con la dictadura de Franco; por su parte, México y Colombia, con los movimientos de independencia y con los conflictos internos que han vivido como países independientes.
- e) Son Estados que actualmente se pueden identificar como democráticos de derecho,¹⁵¹ por lo que sus agendas de gobierno incor-

¹⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014, quejosos y recurrentes: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruiz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo, y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C., sentencia del 4 de noviembre de 2015, p. 36, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>, fecha de consulta: 12 de septiembre de 2017.

¹⁴⁹ Como se ha señalado en otro lugar de la presente investigación, la Constitución de México reconoce la cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el artículo 10. La Constitución de Colombia lo hace en su artículo 93, y la de España, en el artículo 10.2.

¹⁵⁰ Ello, con independencia de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha preferido utilizar la expresión “parámetro de control de la regularidad constitucional”. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, p. 60. Con todo, para fines académicos, se debe reconocer la existencia de un bloque de constitucionalidad en México, que siguiendo a Arturo Guerrero puede resumirse mediante la siguiente pregunta: ¿existen enunciados normativos de apertura dentro de la Constitución que incorporen otros distintos a los contenidos formalmente en su texto? Cfr. Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 44. Para nosotros, la respuesta sería afirmativa; esto es, el bloque de constitucionalidad implica una apertura de su contenido a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

¹⁵¹ Cabe indicar que entre los postulados del constitucionalismo democrático y social se tiene el que los textos constitucionales pasan a ser comprendidos como auténticas normas jurídicas, por lo que surten plenamente sus efectos. Cfr. Ruipérez, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 129.

poran como una prioridad nacional la protección y defensa de los derechos humanos; así, las preocupaciones de México, Colombia y España son similares o, mejor, convergentes.

Ahora bien, por lo que respecta a la justificación de la elección de los casos prácticos a estudiar, se señalan como razones las siguientes:

- Se trata de casos judiciales que fijan criterios sobre temas de debate contemporáneo, como son el uso recreativo de la marihuana o el derecho a la muerte digna (eutanasia), que se consideran de relevancia para nuestras sociedades.
- Son casos prácticos que involucran tensiones entre nuevas dimensiones de los derechos humanos,¹⁵² que aún no han sido estudiadas con amplitud ni se cuenta con investigaciones avanzadas en los temas que presentan los casos judiciales a desarrollar, por lo que la presente investigación busca crear líneas de abordaje de dichas dimensiones.
- Se trata de casos judiciales en los cuales se presenta una argumentación e interpretación de naturaleza extensiva, que resulta útil y necesaria para lograr una mejor protección de la dignidad de las personas.
- Son casos judiciales que se perciben como innovadores, ya que tratan tópicos sobre los que muchas otras cortes constitucionales no han querido asumir una postura concreta, por el temor a ser ampliamente criticadas o por la posible polarización del tema.
- Se trata de casos prácticos que pueden ser utilizados en la enseñanza del derecho; en concreto, de la argumentación jurídica, en virtud de que en alguna forma desarrollan herramientas útiles para la toma de decisiones, que los estudiantes de las facultades de derecho deben conocer, interpretar y criticar.
- Son casos judiciales que materializan, en la mayor medida de lo posible, una argumentación de carácter maximalista, que cubre no sólo el discurso jurídico, sino también otro tipo de discursos conectados con aquél y de relevancia para el sentido de la decisión.

¹⁵² Cuando hablamos de dimensiones de los derechos humanos partimos de una premisa central, a saber: que todos los derechos son dimensiones del derecho humano a una vida digna; así, no puede afirmarse que una persona viva con dignidad si no puede acceder a otros derechos consustanciales, como la salud, la educación, el trabajo, la igualdad, la libertad de expresión, la protección de datos personales, entre muchos otros más.

Pues bien, con base en lo descrito en este apartado, se tiene que los casos judiciales a analizar se eligieron con cierta objetividad (ya que, como se indicó, la subjetividad siempre está presente en todo estudio científico); esto es, bajo parámetros concretos y definidos, por lo que podemos señalar que la investigación cubre los requisitos metodológicos exigidos sobre la elección de muestras empíricas. Con todo, se advierte que la muestra de casos prácticos es muy limitada (como lo es, en cierta forma, toda muestra), por lo que se reitera que no se busca generar una teoría científica de alcance universal sobre la evaluación de la argumentación jurídica,¹⁵³ sino más bien contribuir con el desarrollo de la misma, mediante aportaciones concretas que puedan ser utilizadas por los operadores jurídicos en la toma de decisiones judiciales, las cuales, desde luego, se someterán a su comprobación mediante métodos concretos, a saber: el de falsación.

III. ANÁLISIS DEL CASO “USO RECREATIVO DE MARIHUANA” (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014) ANTE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

1. *Descripción del caso*

Los antecedentes del asunto se resumen en los siguientes puntos:

- 1) En mayo de 2013, Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo y la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A. C., solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), la emisión de una autorización que les permitiera a ellos y a los asociados de la referida persona moral el consumo personal y periódico con fines recreativos de marihuana; asimismo, una autorización para ejercer los derechos subyacentes al autoconsumo de marihuana, a saber: sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar, usar y cualquier otro acto relacionado con su consumo lúdico.¹⁵⁴
- 2) En junio de 2013, la Cofepris indicó a los solicitantes que no era posible emitir la autorización requerida, ya que conforme a la Ley Ge-

¹⁵³ Dicho ejercicio sería inadecuado e ingenuo, ya que sólo se cuenta con tres casos judiciales en la muestra empírica. Nuestra pretensión científica es menos ambiciosa, aunque no por ello pierde su utilidad en el contexto nacional actual.

¹⁵⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 2.

neral de Salud existía una prohibición en todo el territorio nacional para la realización de cualquier acto relacionado con la marihuana.¹⁵⁵

- 3) En julio de 2013, Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz y Juan Francisco Torres Landa Ruffo, así como la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A. C., promovieron un juicio de amparo indirecto en contra de la respuesta emitida a su petición, alegando la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud, como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos de identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, libertad individual y disposición de la salud.¹⁵⁶
- 4) Conoció del juicio de amparo el Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, el cual, en agosto de 2013, emitió una sentencia definitiva negando el amparo a los quejosos, para lo cual realizó un test de proporcionalidad sobre los artículos impugnados, llegando a las siguientes reflexiones: *a)* los artículos reclamados actualizan una restricción constitucionalmente válida referida a evitar la afectación de derechos de terceros, a través de un objetivo contenido en la Constitución, esto es, el derecho a la salud; *b)* la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo de proteger la salud, y *c)* la medida impugnada es proporcional, pues no se trata de prohibiciones de consumo de marihuana, sino más bien de establecer condiciones para su ejercicio, lo que implica un impacto reducido en los derechos de los quejosos.¹⁵⁷
- 5) En diciembre de 2013, los quejosos interpusieron en recurso de revisión en contra de la sentencia que les negaba el amparo, para lo cual señalaron como agravios la indebida fundamentación y motivación del juez de distrito respecto a la restricción de los derechos humanos a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, libertad individual y a la disposición de la salud. En particular, los recurrentes aludieron que el juez de distrito hizo caso omiso a la mayoría de los argumentos vertidos para sostener la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, así como que efectuó un deficiente análisis de las pruebas aportadas.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 2 y 3.

¹⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 3.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 6, 8 y 9.

¹⁵⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, pp. 9, 10 y 12.

- 6) En enero de 2014, la Secretaría de Salud interpuso en recurso de revisión adhesiva, en representación del presidente de la República y de la misma Secretaría de Salud, en el que señaló que las restricciones al consumo de marihuana se encuentran debidamente justificadas, ya que se trata de medidas que: *a)* son admisibles, en virtud de que se encuentran dirigidas a proteger el derecho a la salud; *b)* son necesarias, toda vez que está probado científicamente que los efectos del consumo de la marihuana son dañinos para la salud de las personas, y *c)* son proporcionales, pues el grado de la limitación se corresponde con los beneficios que se obtienen al proteger la salud.¹⁵⁹
- 7) En enero de 2014, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito admitió a trámite el recurso de revisión; asimismo, en marzo de 2014 resolvió que no tenía competencia para conocer del amparo en revisión, toda vez que subsistía un problema de constitucionalidad en el asunto en cuestión, para lo cual remitió el caso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de que éste ejerciera su competencia originaria.¹⁶⁰
- 8) Mediante auto del 9 de abril de 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación asumió su competencia originaria para conocer del amparo en revisión, que fue turnado al ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para su análisis y elaboración del proyecto de resolución respectivo.¹⁶¹

Una vez precisados con detalle los antecedentes del caso, que como se puede apreciar era complejo, cabe identificar cuáles fueron en concreto los derechos humanos que se encontraban en tensión y sobre los que nuestro máximo tribunal tenía que argumentar.

2. *Derechos humanos en colisión*

En virtud de que los quejosos plantearon desde el inicio del caso la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud, se observa que los principios en tensión tienen que ver, por un lado, con los fines constitucionales que persigue tal ley y, por el otro, con los derechos humanos que se estarían afectando a través de sus determinaciones.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

¹⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, pp. 15 y 16.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 16.

De esta manera, del estudio general del amparo en revisión se desprende con facilidad que los derechos humanos y principios constitucionales¹⁶² en colisión son los siguientes: por lo que hace a los fines valiosos que persigue la Ley General de Salud (de la cual fueron objeto de impugnación varios de sus artículos), el derecho humano a la protección de la salud, reconocido en el artículo 4o. de la Constitución de la República, así como el principio constitucional de protección al orden público, reconocido en los artículos 6o., primer párrafo, 94; noveno párrafo; 115, fracción VII, y 130, segundo párrafo, de la Constitución de nuestro país.¹⁶³ Para este último caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que si bien es complicado definir en qué consiste el orden público, asumió que se trata de un concepto que hace referencia al bienestar de la sociedad en general, por lo que resulta de orden público alcanzar objetivos sociales colectivos a través de decisiones legislativas o de políticas públicas.¹⁶⁴

Los anteriores principios estarían en colisión con el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad de los quejosos (excluyendo a la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C.), el cual, si bien no está reconocido expresamente en la Constitución de la República, se deriva (según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) del derecho a la dignidad, previsto en el artículo 1o. constitucional y de forma indirecta en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país.¹⁶⁵

¹⁶² En teoría constitucional se puede distinguir entre principios de la Constitución, principios constitucionales y derechos humanos en estricto sentido; los primeros se identifican con la supremacía, fundamentabilidad, permanencia, inviolabilidad, y reformabilidad de la Constitución. Cfr. Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006, p. 71. Entre los principios constitucionales se tienen al sistema federal, división de poderes, autorregulación de los partidos políticos, control estatal de los programas de educación básica y separación de la Iglesia y el Estado. Véase Romero Martínez, Juan Manuel, “Estudios sobre la argumentación...”, *cit.*, p. 53.

¹⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 45.

¹⁶⁴ *Idem.* Es posible elevar la idea de orden público nacional a un orden público internacional, de componentes múltiples; el mismo se constituye como un límite de actuación de los sujetos de las relaciones internacionales, el orden público internacional va más allá del *ius cogens*; en concreto, constituye una especie de segundo piso normativo conformado por normas de derecho penal, derechos humanos, derecho humanitario y principios de derecho internacional. Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 34 y 35.

¹⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 30.

Detengámonos un poco para analizar este derecho humano. En la sentencia que resolvió el amparo directo 6/2008, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que toda persona tiene derecho a elegir de manera libre y autónoma su proyecto de vida, la forma en que logrará las metas y objetivos que son importantes para ella. En dicha determinación se explicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la consecución del proyecto de vida que tiene el ser humano, lo que supone el reconocimiento estatal de la facultad de toda persona para desarrollarse en su individualidad, sin coacción ni controles por parte de los demás; ello, a fin de cumplir las metas que se ha trazado; esto es, la persona humana es quien establece el sentido de su propia esencia, de acuerdo con sus valores, expectativas, deseos y gustos.¹⁶⁶

Ahora bien, se resalta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mantenido en diversas determinaciones judiciales (amparo directo en revisión 917/2009, amparo directo en revisión 1819/2014 y contradicción de tesis 73/2014) la línea jurisprudencial de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad cubre una gran variedad de acciones y decisiones ligadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual.¹⁶⁷

Por todo ello, es posible afirmar, como lo hizo el alto tribunal de nuestro país, que en el caso en análisis el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad permite *prima facie* que toda las personas mayores de edad decidan sin intercepciones de ninguna naturaleza qué tipo de actividades lúdicas quieren realizar (como podría ser el consumo de marihuana), así como llevar a cabo todas las acciones indispensables para poder concretar tal decisión, ya que la elección de cualquier actividad recreativa es una determinación que pertenece invariablemente a la esfera de autonomía personal.¹⁶⁸

3. Argumentación y sentencia

El esquema de argumentación utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Unión en la sentencia que se comenta se dividió en las siguientes cuatro partes:¹⁶⁹

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 34, 35 y 36.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 21.

- 1) Descripción del marco regulatorio de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas establecido en la Ley General de Salud.
- 2) Análisis de la intervención de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- 3) Determinación de si la medida impugnada acredita los cuatro niveles del test de proporcionalidad de Alexy: a) constitucionalidad de los fines perseguidos por la medida, b) idoneidad, c) necesidad, y d) proporcionalidad en sentido estricto.
- 4) Exposición de las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos impugnados por los quejosos.

Con objeto de identificar en toda su complejidad la argumentación de dicho tribunal constitucional, a continuación expondremos cada uno de los elementos del esquema, aunque se precisa que sólo esbozaremos los puntos más sobresalientes de cada uno de los cuatro elementos utilizados. Comencemos pues con el estudio de la argumentación jurídica desplegada por el alto tribunal de nuestro país.

*A. Descripción del marco regulatorio de los estupefacientes
y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud*

En la sentencia se establece un análisis amplio respecto de la regulación de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, para lo cual se destaca que todo acto relacionado con los mismos requiere de autorización de la Secretaría de Salud, la que sólo puede emitirla con fines médicos o científicos. Asimismo, se destaca que existe una prohibición expresa para otorgar dicha autorización respecto de determinados estupefacientes y psicotrópicos, entre los que se encuentra la marihuana, sustancia materia del recurso de revisión.¹⁷⁰

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 22 y 24. Se destaca que cuando se emitió la sentencia que se comenta, la regulación sobre el uso de la marihuana para fines medicinales era distinta, ya que se establecía en el artículo 237 de la Ley General de Salud una prohibición para todo acto de uso y consumo respecto de la marihuana y otras sustancias y vegetales. Sin embargo, como consecuencia de la reforma a la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 2017, el artículo 237 ya no enuncia a la marihuana, por lo que actualmente se permite su uso medicinal y científico mediante autorización de la Secretaría de Salud. Véanse artículos 234, 235 y 237 de la Ley General de Salud, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_220617.pdf, fecha de consulta: 17 de septiembre de 2017.

Por otro lado, se esboza que, solamente para fines de investigación científica, la Ley General de Salud contiene un supuesto extraordinario para permitir la adquisición de estupefacientes y psicotrópicos considerados un problema grave para la salud pública; para ello, el organismo o institución respectivos deben obtener una autorización de la Secretaría de Salud, mediante la presentación de un protocolo de investigación aprobado por dicha dependencia.¹⁷¹

Con base en lo descrito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que las normas impugnadas por los quejosos constituyen un sistema de prohibiciones administrativas sobre los estupefacientes y psicotrópicos, las cuales conllevan una barrera jurídica para realizar diversas acciones que materialicen el autoconsumo de marihuana, como son la siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión, entre muchas otras más. Todavía más, se señala que las autorizaciones establecidas en la Ley General de Salud para la realización de actos relacionados con estupefacientes o sustancias psicotrópicas no incluyen la posibilidad de que la marihuana pueda ser utilizada con fines lúdicos.¹⁷²

Ahora bien, el máximo tribunal del país en su análisis de la regulación sobre estupefacientes o sustancias psicotrópicas no pasa por alto que el artículo 478 de la Ley General de Salud establece que el Ministerio Público no ejercerá acción penal en contra del delito de posesión de narcóticos para quien sea farmacodependiente o consumidor, siempre y cuando posea, por ejemplo, hasta cinco gramos de marihuana para consumo personal.¹⁷³

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpreta que dicha disposición esboza una excluyente de responsabilidad, lo que implica que en los supuestos de consumo personal (conforme a las cantidades permitidas por el artículo 479 de la Ley General de Salud) no debe aplicarse la pena a quien haya cometido el delito de posesión de narcóticos; sin embargo, no se establece un derecho de consumo personal como lo solicitan los quejosos; así, para dicho tribunal constitucional, los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud se concretan a despenalizar el consumo de marihuana y otros narcóticos en una cantidad muy reducida, pero no permiten de ninguna forma la realización de otras actividades subyacentes al autoconsumo, como podría ser la siembra, cultivo, cosecha, preparación, transporte, entre otras más.¹⁷⁴

¹⁷¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 24.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 24 y 25.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

Una vez precisado el alcance de las normas impugnadas por los quejosos, el alto tribunal de nuestro país se dio a la tarea de estudiar en esta sentencia, si el sistema de prohibiciones administrativas de la Ley General de Salud comporta o no las afectaciones que los quejosos hicieron valer en sus peticiones.¹⁷⁵ Veamos pues el análisis argumentativo desplegado sobre dicho tópico.

B. Análisis de la intervención de la medida legislativa impugnada en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad

Para empezar, se señala que la argumentación jurídica esbozada por la Suprema Corte es de naturaleza extensiva, ya que para determinar si la medida impugnada interviene en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad se presentan argumentos y consideraciones de diversa naturaleza, como son de corte moral, jurídico, doctrinarios y de precedentes nacionales e internacionales, lo que nos deja ver que todo proceso de toma de decisiones judiciales debe abrirse a otros discursos a fin de sustentar de mejor manera la decisión.¹⁷⁶

Los jueces constitucionales inician su argumentación aludiendo que el examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de dos etapas; en la primera, se debe determinar si la norma impugnada incide en el alcance o contenido *prima facie* del derecho en cuestión.¹⁷⁷ Para ello, se deben precisar cuáles son las conductas cubiertas inicialmente por el derecho humano en cuestión.¹⁷⁸ En la segunda etapa, se tiene que determinar si la norma impugnada que efectivamente interviene en el contenido *prima facie* del derecho humano es constitucional; esto es, si existe una

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 26.

¹⁷⁶ Por ejemplo, a lo largo de la sentencia, se citan los siguientes trabajos académicos: Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007; Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989; Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del «coto vedado»”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 6, 1989 y Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2a. ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, pp. 27, 28 y 29.

¹⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, p. 45 (*cit.* por Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 27).

¹⁷⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 27.

justificación constitucional para que la medida legislativa limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho humano; para tal efecto, se debe aplicar el principio de proporcionalidad en sentido amplio.¹⁷⁹

En este sentido, para determinar si la medida legislativa limita el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación presenta un análisis general de la idea del derecho al libre desarrollo de la personalidad, para lo cual expone muchos criterios judiciales que ha emitido en torno a dicho derecho, así como de algunos generados por el tribunal constitucional alemán, con lo que concluye que la línea jurisprudencial del máximo tribunal del país reconoce que el derecho al libre desarrollo de la personalidad cubre una gran variedad de acciones conectadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual.¹⁸⁰

Ahora bien, para identificar si el consumo recreativo de marihuana, que reclaman los quejosos, se encuentra protegido *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Suprema Corte señaló que tal derecho permite *prima facie* que las personas mayores de edad elijan sin interferencia de ningún tipo las actividades recreativas que quieran realizar; así, la elección de alguna actividad es una decisión que pertenece invariablemente a la esfera de la autonomía personal. La elección puede incluir el consumo de sustancias que generen experiencias que afecten los pensamientos o las sensaciones de las personas; de esta forma, la decisión de fumar marihuana puede tener distintas experiencias mentales, las cuales se encuentran protegidas *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁸¹

Bajo este sendero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los artículos de la Ley General de Salud impugnados, efectivamente, inciden en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que constituyen una limitación jurídica que impide a los quejosos ejercer el derecho a decidir las actividades recreativas que desean materializar, así como las acciones subyacentes a dicha elección, a saber: el autoconsumo de marihuana, su siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, entre otras más.¹⁸²

Con todo, cabe indicar que la argumentación del máximo tribunal va más allá de la simple identificación de la incidencia al contenido *prima facie* del derecho en cuestión, al establecer que el mismo no es un derecho absoluto, pues puede ser limitado a fin de conseguir algún objetivo constitucio-

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 28, 29, 31, 34, 35 y 36.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 36, 37 y 38.

¹⁸² *Ibidem*, p. 38.

nalmente válido; sin embargo, para que sean constitucionales las intervenciones al libre desarrollo de la personalidad, las mismas deben superar un examen de proporcionalidad en sentido amplio; esto es, ser idóneas para proteger los derechos de terceros o el orden público; no deben afectar de forma innecesaria y desproporcionada el derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁸³

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluye que el derecho al libre desarrollo de la personalidad adopta una doble naturaleza; antes de practicar el examen de proporcionalidad tiene un carácter *prima facie* y después de su realización adquiere un atributo *definitivo*, de modo que si la medida legislativa impugnada no acredita el test de proporcionalidad, el atributo definitivo del derecho será compatible con el carácter *prima facie*; por su parte, si la medida legislativa impugnada se encuentra justificada en el contexto del juicio de proporcionalidad, el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad será más reducido que el *prima facie*.¹⁸⁴

Como se puede apreciar, la argumentación jurídica desplegada por el alto tribunal de nuestro país toma como referencia la idea de una contienda aparente o inicial del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, que puede ser limitada por otros fines constitucionales valiosos, pues los derechos no son absolutos; con todo, se requiere evaluar a través de algún proceso racional la medida legislativa que limita el alcance *prima facie* del derecho, para lo cual la Suprema Corte de Justicia se decanta por aplicar el método de Alexy. Veamos pues el examen realizado a los artículos impugnados de la Ley General de Salud a la luz del principio de proporcionalidad de dicho autor.

C. *Análisis de proporcionalidad en sentido amplio de la medida legislativa impugnada*

Como lo hemos apuntado, el test de proporcionalidad exige que se establezca si la intervención legislativa impugnada (sistema de prohibiciones administrativas) busca una finalidad constitucionalmente válida, y en caso de que se supere esta etapa del examen, se debe pasar a otro nivel; esto es, identificar si la medida legislativa acredita un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.¹⁸⁵

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 39.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 40.

Para comenzar, se señala que la Suprema Corte presentó un análisis de la constitucionalidad de los fines que persigue la medida impugnada, para lo cual identificó que el legislador, al establecer las prohibiciones para la realización de actividades relacionadas con la marihuana, buscó atender los efectos nocivos que la misma genera a la salud y al orden público.¹⁸⁶

Después de un análisis detallado de los propósitos que persigue la Ley General de Salud, de su interpretación sistemática y de sus reformas, la Suprema Corte concluyó que la finalidad del esquema jurídico para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas es la protección de la salud y el orden público; así, la intención concreta del legislador fue procurar la salud de los consumidores de drogas y proteger a la colectividad de las consecuencias nocivas derivadas del consumo de las mismas. Derivado de lo cual, el tribunal constitucional determinó que ambas finalidades eran constitucionalmente válidas, ya que la protección de la salud se encuentra reconocida en el artículo 4o. constitucional, y el principio de orden público, en los artículos 6o., párrafo primero; 16, párrafo primero; 94, párrafo octavo; 115, fracción VII; 122, base quinta, inciso F, y 130, párrafo segundo, de la Constitución de nuestro país.¹⁸⁷

Pese a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que la prohibición del consumo de marihuana por la simple autodegradación moral que implica no persigue un propósito legítimo, pues la Constitución no establece un ideal de excelencia humana; más bien, permite que cada persona decida sobre su plan de vida en tanto no afecte a los demás. Todavía más, en la Ley General de Salud o en sus procesos de reforma no se desprende la voluntad del legislador de crear un determinado esquema de virtud personal, ya que la misma ley sólo busca proteger la salud y el orden público.¹⁸⁸

Por otro lado, sobre la idoneidad de la medida impugnada, el alto tribunal inicia su análisis indicando que la misma medida conlleva la existencia de una relación empírica entre la afectación al derecho y el fin que persigue tal afectación, siendo suficiente que la medida logre en algún modo y grado el propósito que busca el legislador. En el caso concreto, debe identificarse si el sistema de prohibiciones administrativas establecido por los artículos impugnados constituye una medida idónea para proteger la salud y el orden público.¹⁸⁹

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 42-45.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 46.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 47.

Para ello, los jueces constitucionales tuvieron que evaluar si el consumo de marihuana no causa daños a la salud o a la sociedad en su conjunto; de ser afirmativa la respuesta, la prohibición del consumo de marihuana no sería una medida idónea para proteger el derecho a la salud y el principio de orden público.¹⁹⁰

Para lograr tal cometido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación presentó un análisis detallado sobre los efectos del consumo recreativo de marihuana bajo los siguientes parámetros: *a)* afectaciones a la salud, *b)* generación de dependencia, *c)* propensión a utilizar drogas más duras e *d)* inducción a la comisión de otros delitos, con lo cual consideró que para superar el criterio de idoneidad era suficiente con que dichas afectaciones se presenten sin importar el grado que tengan, ya sea mínimo, medio o grave.¹⁹¹

Sobre las afectaciones a la salud se consideró que a pesar de que la evidencia médica muestra que el consumo de marihuana puede ocasionar daños a la salud, se trata de afectaciones no graves, siempre y cuando los consumidores no sean menores edad.¹⁹²

Respecto a la generación de dependencia, la Suprema Corte puso de relieve la divergencia que existe entre los estudios que tratan este tema; con todo, concluye que los consumidores regulares de marihuana no califican necesariamente como farmacodependientes.¹⁹³

Sobre la propensión a utilizar drogas más duras, derivado del consumo de marihuana, con base en diversos estudios y reportes, el alto tribunal del país determinó que la misma tiene un bajo grado de incidencia en el consumo de drogas más riesgosas o duras.¹⁹⁴

En relación con la inducción a la comisión de otros delitos, se estableció que el consumo de marihuana no incentiva la comisión de delitos, aunque se constató que el uso de la misma sí afecta las habilidades para conducir vehículos automotores, lo que puede propiciar un aumento en la probabilidad de causar accidentes de tránsito.¹⁹⁵

Por todo ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que hay evidencia para establecer que el consumo de marihuana efectivamente causa afectaciones mínimas en la salud; así, se asumió que el sistema de prohibiciones administrativas impugnado es una medida idónea para pro-

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹² *Ibidem*, p. 54.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 59.

teger la salud. Asimismo, se concluyó que la ingesta de marihuana entre los conductores es un elemento que aumenta la probabilidad de causar accidentes de tránsito, lo que implica que la medida impugnada, en este aspecto concreto, también es idónea para proteger el principio de orden público.¹⁹⁶

Por otra parte, sobre la necesidad de la medida impugnada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debía evaluar si la misma era necesaria para proteger la salud y el orden público o si se contaba con mecanismos alternos igualmente idóneos que limitaran en menor grado el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.¹⁹⁷

Sobre esto, cabe hacer notar que para acotar el número de medidas alternativas que se pudieron considerar por el legislador, el alto tribunal efectuó un análisis sobre la regulación de sustancias que provocan un daño similar, como el tabaco o el alcohol (que cuentan con un régimen de permisión controla); asimismo, se estudiaron las normas sobre el uso y consumo de marihuana en diversos países, como Estados Unidos de América, Holanda y Uruguay, destacando, por ejemplo, que en este último se autoriza el cultivo reducido de marihuana a un número mínimo de plantas en casas habitación.¹⁹⁸

Con base en dicho análisis, el máximo tribunal del país desprendió una medida alternativa a la prohibición absoluta del consumo de marihuana, que se explica bajo los siguientes elementos: *a)* limitaciones a los lugares de consumo; *b)* prohibición de conducir vehículos bajo los efectos de la sustancia; *c)* prohibiciones en la publicidad del producto, y *d)* restricciones a la edad de las personas que la pueden consumir. Todavía más: se determinó que la permisión controlada del consumo de marihuana debe estar acompañada de políticas educativas y de salud respecto a los efectos adversos de su consumo y programas sociales para personas que han desarrollado adicción. Tales elementos apreciados en su integridad no prohibirían completamente el consumo de marihuana, sino que más bien acotarían los actos relacionados con el mismo.¹⁹⁹

Una vez identificada la medida alternativa, se debe estudiar si la misma es igualmente idónea para cumplir los fines constitucionales que persigue la legislación impugnada, para lo cual el tribunal constitucional determinó que sí es idónea para prevenir daños a la salud y al orden público, entre otras razones, porque las campañas de información han probado ser me-

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 60.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 61, 62, 64 y 66.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

canismos más efectivos que las políticas prohibicionistas; asimismo, porque las medidas que prohíben el consumo en espacios públicos también son idóneas para evitar daños a la sociedad en su conjunto, y porque la prohibición de conducir vehículos bajo el influjo de marihuana es un esquema eficaz para prevenir accidentes.²⁰⁰

Para cerrar este punto referente al criterio de necesidad, la Suprema Corte señaló que la medida alternativa propuesta no sólo es idónea para proteger la salud y el orden público, sino que es una medida menos restrictiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la luz del sistema de prohibiciones administrativas impugnado, que es altamente suprainclusivo. Por ello, el tribunal determinó que las medidas alternativas resultan más benignas para el derecho en cuestión.²⁰¹

Por todo lo señalado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que el sistema de prohibiciones administrativas (medida legislativa impugnada) representa una medida innecesaria, ya que se cuenta con esquema alternos igualmente idóneos para proteger la salud y el principio de orden público, que afectan en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, se determinó que la prohibición total del consumo de marihuana con fines recreativos era inconstitucional, pues no se logró acreditar el criterio de necesidad del test de proporcionalidad.²⁰²

Para seguir avanzando, cabría exponer el análisis que sobre el criterio de proporcionalidad en sentido estricto elaboró el alto tribunal, a fin de evidenciar el desequilibrio entre la grave afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado leve en que se consiguen los objetivos legislativos mediante la prohibición del consumo de marihuana.²⁰³

En este sentido, el tribunal constitucional precisó que son evidentes las escasas afectaciones a la salud y al orden público que busca proteger el sistema de prohibiciones sobre el consumo de marihuana, en contraste con la intensa restricción al derecho al libre desarrollo de la personalidad que propicia la medida impugnada.²⁰⁴

Así, entiende que una restricción a un derecho humano que prohíba la conducta garantizada por el mismo será más intensa que una afectación que se ciña a prohibir en ciertos supuesto el ejercicio del derecho. Bajo este sendero, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que genera la

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 67, 68 y 69.

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

²⁰² *Ibidem*, p. 70.

²⁰³ *Ibidem*, p. 71.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 72.

medida impugnada (sistema de prohibiciones) se calificó como muy intensa, ya que representa una prohibición absoluta para consumir marihuana y para realizar las actividades subyacentes con dicho consumo.²⁰⁵

Ciertamente, para la Suprema Corte sólo estaría justificado que se afectara intensamente el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad si a su vez fueran muy graves los perjuicios relacionados con el consumo de marihuana que se busca evitar con el esquema de prohibiciones; de esta forma, el alto tribunal no encuentra que las afectaciones fueran de una magnitud tal que fundamenten una prohibición absoluta a la ingesta de marihuana.²⁰⁶

Con base en las anteriores consideraciones, la Suprema Corte argumentó que a pesar de que la medida impugnada acreditó los criterios de perseguir una finalidad constitucionalmente valiosa, así como el de ser una medida idónea para conseguir tales fines, se trata de una determinación legislativa que es innecesaria, pues hay medios alternativos también idóneos, pero que afectan en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de que es desproporcionada en estricto sentido, pues genera una protección reducida al derecho a la salud y al principio del orden público en comparación con la intensa afectación al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.²⁰⁷

*D. Exposición de las conclusiones del estudio de constitucionalidad
de los artículos impugnados por los quejosos*

Con base en la aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación arribó a la conclusión de que eran inconstitucionales los artículos 235, último párrafo; 237; 245, fracción I; 247, último párrafo, y 248, de la Ley General de Salud, en las partes normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para efectuar las actividades relacionadas con el autoconsumo del estupefaciente conocido como marihuana (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar) con propósitos recreativos, determinación de inconstitucionalidad que no implica una autorización para efectuar actos de comercio o cualquier otro acto que se relacione con la enajenación o distribución de marihuana. Asimismo, se

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 73.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 74.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 75.

concluyó que el consumo de la marihuana no debe afectar a terceros, por lo que no podrá realizarse frente a personas menores de edad ni tampoco en lugares públicos.²⁰⁸

Todavía más, el alto tribunal aclaró que con la determinación no se realiza un pronunciamiento en torno a la constitucionalidad de los tipos penales que criminalizan el consumo de la marihuana; sin embargo, al permitir a los quejosos recibir una autorización por parte de la Secretaría de Salud para efectuar todas las actividades indispensables para el uso recreativo de la marihuana, se tiene que al efectuar las mismas los quejosos no incurrirían en los delitos contra la salud previstos en la Ley General de Salud y en el Código Penal Federal ni tampoco se harían acreedores a una sanción administrativa en los términos fijados por la propia Ley General de Salud.²⁰⁹

Con base en todos los argumentos y consideraciones esgrimidos en el caso judicial expuesto, la Primera Sala del alto tribunal resolvió el mismo en los siguientes términos: *a)* son inconstitucionales los artículos impugnados de la Ley General de Salud en las partes que precisan una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para efectuar las actividades relacionadas con el autoconsumo de marihuana con fines lúdicos (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar); *b)* la declaratoria de inconstitucionalidad no supone una autorización para realizar actos de comercio o cualquier otro acto relativo a la enajenación o distribución de marihuana; *c)* el ejercicio del derecho al consumo de marihuana no debe perjudicar a terceros, y *d)* se revoca la sentencia recurrida y se concede el amparo para el efecto de que la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios otorgue a los quejosos la autorización a que se refieren los artículos 235 y 247 de la Ley General de Salud, respecto a la marihuana y para los efectos señalados en la sentencia.²¹⁰

4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

En el caso amparo en revisión 237/2014, como se pudo apreciar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación utilizó el método de Robert Alexy, a fin de calificar la corrección de su decisión, por lo que asumimos la preferencia directa que tuvo el máximo tribunal con relación a dicho autor, a pesar de la existencia de diversos métodos que contienen diversos criterios de corrección; todavía más, cabe hacer notar que el amparo 237/2014 generó

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 76.

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 76, 77 y 79.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 82 y 83.

en 2016 diversos criterios aislados en torno al tema del uso recreativo de la marihuana a la luz del método de Alexy.²¹¹

Repasemos pues los elementos aplicados en el caso que se comenta; para ello, debemos identificar que con base en la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, la misma sustenta en los siguientes parámetros de corrección: márgenes de acción estructural, idoneidad, necesidad y subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,²¹² los cuales utilizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la justificación de su decisión desde dos enfoques; el primero, para sustentar la inconstitucionalidad de la medida impugnada y , el segundo, para respaldar su decisión sobre la permisón controlada del consumo de marihuana para fines lúdicos.

Sobre el criterio de las finalidades constitucionales válidas del primer enfoque, como se recordará, el alto tribunal señaló que la medida legislativa impugnada (sistema general de prohibiciones administrativas para el uso de la marihuana) es una medida válida a la luz de la Constitución, ya que la misma busca proveer el derecho a la salud de las personas y el principio de orden público, por lo que se logró acreditar este primer criterio de evaluación.

Respecto del parámetro de idoneidad en el contexto del primer enfoque, la Suprema Corte señaló que la medida impugnada era idónea para proteger la salud y el orden público, porque hay evidencia para sostener que la marihuana sí causa pequeñas afectaciones a la salud, además de que cuando las personas han consumido marihuana y deciden manejar algún vehículo automotor sí ponen en riesgo el orden público. De esta manera, sí se logró acreditar el criterio de idoneidad.

²¹¹ Por ejemplo, véase el análisis de uno de los criterios de corrección en el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, “Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas”, tesis aislada, 1a. CCLXVI/2016, 10a., en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo II, noviembre de 2016, p. 903, disponible en [, fecha de consulta: 22 de septiembre de 2017.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=1%25C3%25BAdico&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2013144&Hit=2&IDs=2013142,2013144,2013145,2013146,2013155&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

²¹² Los márgenes de acción estructural son el margen para la fijación de los fines, el margen para la elección de medios y el margen de la ponderación. Con mucho, se destaca que el alto tribunal se centró en el primer margen, que lo identifica como finalidades constitucionales válidas. Para Alexy, frente a un derecho fundamental, el legislador tiene un margen para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de afectación, que posibilita la intervención legislativa; así, el legislador puede decidir por sí mismo si afecta un derecho y en razón de qué fines, propósitos o principios lo hace. *Cfr.* Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit., pp. 32, 33, 39 y 48.

Sobre el parámetro de necesidad a la luz del primer enfoque, se recuerda que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al aplicarlo, determinó que la medida impugnada no lo superaba, ya que se contaba con otras medidas alternas menos dañinas para el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que los artículos impugnados eran inconstitucionales al no superar este criterio de fiscalización.

Por lo que hace al criterio de proporcionalidad en sentido estricto del primer enfoque, se comenta que también lo utilizó el alto tribunal de nuestro país a fin de evaluar el desequilibrio entre la gran afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado mínimo en que se logra con la medida impugnada la satisfacción del derecho a la salud y el principio de orden público, por lo que se determinó que no acreditaba tampoco este criterio; esto es, el sistema de prohibiciones administrativas sobre el consumo de marihuana era desproporcionado a la luz de los beneficios que se brindaban al derecho a la protección de salud y al orden público de cara a las afectaciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Como podemos observar, los cuatro parámetros fueron aplicados a fin de determinar que la medida impugnada era inconstitucional, al no lograr superar los criterios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, con lo que se concluye que al menos bajo el modelo de Alexy sí se encuentra justificada y es correcta la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, como se sabe, el alto tribunal no sólo se concretó en emitir y argumentar la declaración de inconstitucionalidad de la medida impugnada, sino que además presentó una respuesta alternativa al problema planteado, que también justificó con base en el método jurídico de Alexy, misma que hemos identificado como el segundo enfoque.

En este sentido, se recuerda que la decisión alterna de la Suprema Corte fue que se permitiera el uso controlado de marihuana, a saber: con limitaciones a los lugares de consumo, con la prohibición de conducir vehículos bajo los efectos de la misma y de generar publicidad del producto, así como establecer la edad de las personas que la pueden consumir. Todo ello, acompañado de políticas educativas y de salud respecto a los efectos nocivos de su consumo.

La medida fue evaluada bajo los criterios de finalidades constitucionales válidas, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a fin de respaldar la decisión sobre la permisión controlada del consumo de marihuana para fines recreativos. Veamos pues el análisis genérico efectuado por el alto tribunal.

Sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales válidas, se resalta que si bien la Suprema Corte no entró al estudio exhaustivo de los mismos, se aplican las mismas razones que para el primer enfoque, ya que la permisión controlada del consumo de marihuana busca, al igual que su prohibición absoluta, proteger la salud de las personas y el orden público.

Respecto de la aplicación del criterio de idoneidad en el segundo enfoque, como se recordará, el máximo tribunal asumió que la medida alternativa era idónea para proteger la salud y el orden público, porque las campañas de información eran más efectivas que las políticas prohibicionistas, y porque el prohibir el consumo de marihuana en lugares públicos y bajo el volante era también idóneo para controlar daños a la sociedad.

Por lo que hace al criterio de necesidad en el segundo enfoque, el mismo quedó verificado con la propia respuesta alternativa que presentó en su sentencia el alto tribunal, que es igualmente idónea para proteger el derecho a la salud y el orden público, pero menos inclusiva y dañina para el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, por lo que se pueda catalogar como necesaria para los fines que busca proteger.

Sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se observa que con la medida alternativa que presentó la Suprema Corte para regular el consumo recreativo de marihuana se consiguió un mejor equilibrio entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la salud y el principio de orden público. Ello, ya que ante la protección reducida al citado derecho a la salud y al principio de orden público que logra la medida se tiene una reducida limitación o afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues con la medida alternativa se permite su consumo para fines lúdicos bajo ciertos parámetros, en lugar de prohibir su uso tajantemente, por lo que se observa una proporcionalidad entre esos derechos.

Con base en todo lo descrito sobre los criterios de evaluación de la argumentación utilizados, se puede llegar a la conclusión de que la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 237/2014 fue la más correcta y adecuada, ya que logró justificar la inconstitucionalidad de la medida impugnada y además presentar un esquema alternativo de regulación controlada del consumo de marihuana; todo ello, bajo el tamiz del método de Alexy, que si bien no es perfecto, sí le sirvió al alto tribunal para calificar y fiscalizar la decisión asumida en el caso que se comenta, lo cual ya es útil para el desarrollo de la teoría de la decisión judicial de nuestro país.

IV. ANÁLISIS DEL CASO “MUERTE DIGNA”
ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA (SENTENCIA T-970/14)

1. *Descripción del caso*

Los antecedentes del caso judicial que generaron la sentencia T-970/14 los dividió la Corte Constitucional en los siguientes tres puntos: *a)* de los hechos y la demanda; *b)* intervención de la parte demandada, y *c)* del fallo de primera instancia.²¹³

A. De los hechos y la demanda

En julio de 2013, la señora Julia interpuso una acción de tutela en contra de Coomeva Entidad Promotora de Salud, S. A. (Coomeva EPS), en defensa de sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente (artículo 11 de la Constitución de Colombia, que contempla sólo el derecho a la vida), los cuales consideró vulnerados por dicho prestador de servicios médicos, para lo cual sustentó su demanda en los siguientes hechos:²¹⁴

- a) La reclamante sostuvo que padece una enfermedad terminal que compromete gravemente sus funciones vitales; en este sentido, en 2008 la Fundación Colombiana de Cancerología dictaminó que padecía cáncer de colon.²¹⁵
- b) Señaló que en enero de 2010 su enfermedad hizo metástasis, por lo cual fue sometida a una intervención quirúrgica llamada hemicolectomía, al igual que a sesiones de quimioterapia.²¹⁶
- c) Con base en una tomografía realizada en febrero de 2012, la Clínica Vida determinó que la enfermedad había hecho progresión pulmonar y carcinomatosis abdominal. Por lo que su médico tratante indicó que la paciente debía recibir varios ciclos de quimioterapia.²¹⁷

²¹³ Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva EPS, expediente T-4.067.849, sentencia T-970-2014, 15 de diciembre de 2014, pp. 5, 7 y 8, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017.

²¹⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 6

²¹⁶ *Idem*.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 6

- d) En febrero de 2012, la reclamante manifestó su voluntad de no recibir más ciclos de quimioterapia, ya que el tratamiento le causaba muchos efectos secundarios que le impedían desarrollar sus actividades ordinarias sin ayuda de terceros.²¹⁸
- e) En varias oportunidades, la reclamante le solicitó a su médico que le practicara el procedimiento de eutanasia, pero el médico se negó aludiendo que la eutanasia es un homicidio que no puede consentir.²¹⁹
- f) En junio de 2013, un médico oncólogo indicó que el cáncer que padecía la paciente se encontraba en franca progresión y que había deteriorado su estado funcional y calidad de vida, por lo que ordenó aplicar cuidados paliativos.²²⁰
- g) Con base en dichos hechos y con fundamento en la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia,²²¹ la actora solicitó ante el juez de tutela amparar su derecho a la vida digna y ordenar a Coomeva EPS realizar las gestiones médicas necesarias para materializar su deseo de no continuar padeciendo los dolores que le produce su enfermedad que se encuentra en fase terminal, lo que al decir de la reclamante resulta incompatible con su concepto de vida digna. Así, solicitó al juez determinar en la sentencia la fecha y hora para morir dignamente a través de la eutanasia.²²²

B. Intervención de la parte demandada

Coomeva EPS señaló que no vulneró los derechos fundamentales de la actora, pues en su opinión no es posible practicar la eutanasia, ya que en el caso concreto no se cumplen todos los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en su sentencia C-239 de 1997.²²³

²¹⁸ *Ibidem*, p. 6.

²¹⁹ *Idem*.

²²⁰ *Ibidem*, p. 6.

²²¹ En dicha sentencia se reconoció en Colombia el derecho fundamental a morir dignamente. Sobre esto, véase Corte Constitucional de la República de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal promovida por José Eurípides Parra Parra, expediente: D-1490, Sentencia C-239/97, 20 de mayo de 1997, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017.

²²² *Ibidem*, pp. 6 y 7.

²²³ Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, p. 7. Existen cinco puntos establecidos por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-239 de 1997, que sirven como parámetros para practicar el procedimiento de eutanasia: a) una verificación rigurosa del paciente, con el fin de corroborar la madurez de su juicio y la volun-

Entre las principales razones que expuso para sustentar su respuesta figuran: *a)* la falta de regulación de los procedimientos de eutanasia; *b)* no existe ningún tipo de regulación que habilite a una entidad de la salud a prestar el servicio de eutanasia; *c)* la negativa del médico tratante en practicar la eutanasia se sustenta en su derecho de objeción de conciencia; asimismo, indicó que no puede obligar a ninguno de los profesionales adscritos a su red de servicios a proceder en los términos solicitados, y *d)* no es de su competencia dictaminar si la actora padece una enfermedad terminal que le causa dolores insoportables, ya que su tarea se limita a la gestión de aspectos administrativos y a la prestación de servicios médicos.²²⁴

C. Del fallo de primera instancia

En julio de 2013, un juzgado en materia civil de Medellín, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por Julia. Ello, ya que para dicho juzgado la Sentencia C-239 de 1997 estableció las bases para el reconocimiento de la eutanasia; sin embargo, ordenó al Congreso regular la materia sin que hasta la fecha exista un marco normativo que indique a los médicos cómo deben actuar en los casos de eutanasia.²²⁵

2. Derechos humanos en colisión

El caso en estudio representa una interesante tensión entre un mismo derecho humano, pero desde su aspecto positivo y negativo se considera

tad inequívoca de morir; *b)* indicación clara de los médicos que deben intervenir en el procedimiento; *c)* la forma y circunstancias bajo las cuales se debe manifestar el consentimiento; *d)* las medidas que deben ser usadas por el médico para practicar la eutanasia, y *e)* crear procesos educativos en relación con valores como la vida para que esa decisión sea la última que se tome. *Cfr.* Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, p. 7.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 8 y 9. Con todo, cabe hacer notar que la Sentencia C-239 de 1997 confirmó la idea de que los tribunales constitucionales deben estar en sintonía con las necesidades y expectativas sociales; esto es, deben ser hijos de su tiempo; por ello, se encuentran llamados a adaptar las cartas constitucionales a las cambiantes condiciones de la sociedad en la cual se desenvuelven. De esta forma, la interpretación es un proceso de renovación de las Constituciones, que busca impedir que las mismas se asuman como instrumentos anquilosados. *Cfr.* Sierra Porto, Humberto Antonio, “Los nuevos derechos en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Rey, Fernando (dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas-Editorial Complutense, 2011, p. 137.

que es una tensión del mismo derecho desde diversos enfoques (aunque no se señale así en la sentencia), porque la prestadora de servicios de salud y los médicos tratantes de la demandante se niegan a practicar la eutanasia tomando como base el derecho a la vida; por su parte, la propia peticionaria reclama que se proteja su derecho a una muerte digna; esto es, su derecho a la vida desde el ámbito negativo.

Por ello, se puede identificar que los derechos en colisión en este asunto son los siguientes:

- El derecho a la vida de la demandante, que se encuentra reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia, el cual señala que el derecho a la vida es inviolable, mismo que es defendido por Coomeva EPS y los médicos tratantes de Julia.
- Por otro lado, se tiene el derecho a una muerte digna que reclama la señora Julia, el cual se desprende del mismo artículo 11 de la Constitución Política de Colombia; además, encuentra su fundamento directo en la sentencia C-239/1997 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, la cual reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de derecho fundamental; asimismo, fijó ciertos criterios para que el legislador regulara ese derecho y estableciera pautas y procedimientos para materializarlo.²²⁶
- Ahora bien, se podrían incluir otros derechos humanos en la colisión referida; esto es, el derecho a la libertad y a la intimidad personal de la demandante, reconocidos en los artículos 13 y 15 de la Constitución Política de Colombia, respectivamente; ello es así porque, como señalan algunos autores, desde la óptica de la ética normativa y de la deliberación moral, como práctica para superar conflictos y generar consensos, se debe asumir la libre aceptación de principios para sustentar actitudes. El principio que sirve como sustento para tal libre aceptación es la autonomía personal.²²⁷

Pues bien, como se puede observar, se trata de un asunto paradigmático, ya que incluye problemas serios dentro del contexto del derecho (moral, filosofía y psicología), por lo que la decisión que se llegue a tomar debe estar

²²⁶ *Ibidem*, p. 3.

²²⁷ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 1 y 2.

precedida por un amplio esquema de justificación, ya que se trata de la vida de una persona; esto es, el bien más valioso que todos tenemos.

3. *Argumentación y sentencia*

Una de las primeras acciones implementadas por la Corte Constitucional de Colombia fue solicitar algunas pruebas técnicas e informes del ministro de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y el presidente de la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente; asimismo, se solicitaron informes académicos de la materia a las facultades de medicina de las universidades Nacional de Colombia, Rosario, Javeriana, de los Andes, de Antioquia y del Valle y al presidente de la Academia Nacional de Medicina de Colombia, todo ello, a fin de contar con mayores elementos probatorios para emitir la decisión.²²⁸

Ahora bien, para representar la argumentación desplegada por los juzgadores, se seguirá el modelo propuesto en la sentencia que se comenta, en la cual se establecieron los siguientes rubros de análisis:²²⁹

- Problema jurídico y temas jurídicos a tratar.
- Carencia actual de objeto por daño consumado. Reiteración de jurisprudencia.
- Precisión terminológica sobre los distintos procedimientos para garantizar el derecho a morir dignamente.
- Fundamento normativo del derecho a morir dignamente en Colombia. Sentencia C-239/1997.
- Derecho fundamental a morir dignamente. Alcance y contenido esencial.
- Derecho comparado. Regulación normativa del derecho a morir dignamente.
- Solución del caso concreto.

A. *Problema jurídico y temas jurídicos a tratar*

Sobre este punto, la Corte señaló que su tarea era determinar si Coomeva EPS desconoció los derechos a la vida digna, a la muerte digna y a la dignidad humana de la señora Julia, al no querer practicarle el proce-

²²⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, *Acción de tutela...*, cit., p. 9.

²²⁹ *Ibidem*, pp. 14, 15, 19, 23, 29 y 34.

dimiento de eutanasia, derivado de que la peticionaria no se hallaba en condiciones de manifestar su consentimiento libre e informado y porque no existía una norma jurídica que permitiera efectuar el procedimiento.²³⁰

Por otro lado, en esta parte del análisis se determinó que la Corte presentaría el marco teórico sobre los procedimientos médicos para provocar la muerte asistida de un paciente; asimismo, se reiteraría la sentencia C-239/1997 sobre el derecho a morir dignamente, resaltando las reglas sobre el modo en que debe expresarse el consentimiento informado y la inexistencia de legislación para materializar el procedimiento de eutanasia.²³¹

B. Carencia actual de objeto por daño consumado. Reiteración de jurisprudencia

La Corte de Colombia se pronunció sobre la carencia actual de objeto por daño consumado, ya que en el trámite de amparo la reclamante falleció, derivado de lo cual efectuó algunas precisiones metodológicas a fin de proteger el ámbito objetivo del derecho.²³²

Para comenzar, se señala que la Corte Constitucional estableció la teoría de la carencia actual de objeto como una alternativa para que los pronunciamientos de la misma no se tornen ineficaces; así, aclaró que dicho fenómeno puede presentarse a partir de la materialización de un hecho superado o de un daño consumado. El hecho superado significa la observancia de las pretensiones del reclamante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor; por su parte, el daño consumado opera cuando la amenaza o afectación del derecho fundamental han generado el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela.²³³

En este sentido, la Corte reiteró que si la consumación del daño ocurre durante el trámite del juicio, resulta indispensable que los jueces constitucionales se pronuncien sobre la vulneración ocurrida y el alcance de los derechos fundamentales afectados. Ello, a fin de adoptar las medidas necesarias para evitar que situaciones semejantes se produzcan en el futuro y para hacer realidad la dimensión objetiva de los derechos que se vulneraron.²³⁴

²³⁰ *Ibidem*, p. 14.

²³¹ *Ibidem*, p. 15.

²³² *Idem*.

²³³ *Ibidem*, p. 16.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

En el caso concreto, para el tribunal constitucional colombiano se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado, que se originó por la violación del derecho de la reclamante a decidir cómo y cuándo morir, y se concretó en su imposibilidad de terminar con el dolor que experimentaba por medio del procedimiento de eutanasia, lo que comportaría que la muerte de la actora se causara en condiciones diferentes a las impuestas por su propia enfermedad, lo que no ocurrió.²³⁵

Bajo este sendero, para la Corte era necesario pronunciarse sobre la afectación de los derechos fundamentales involucrados en el caso en análisis, a fin de evitar que violaciones similares se produzcan en el futuro cercano.²³⁶

C. Precisión terminológica sobre los distintos procedimientos para garantizar el derecho a morir dignamente

En esta parte de la sentencia que se comenta, lo Corte Constitucional se dio a la tarea de presentar algunos conceptos en torno al derecho a morir dignamente, para lo cual señaló que la procedencia etimológica del término “eutanasia” deriva de las palabras griegas “buena muerte”; asimismo, indicó que en dicho procedimiento deben concurrir los siguientes elementos: *a)* el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal; *b)* el sujeto activo, que debe ser un médico, el cual realiza la acción u omisión tendiente a terminar con los dolores del paciente, *c)* debe efectuarse por petición expresa, reiterada e informada del paciente. En este sentido, cuando se materializan en su totalidad dichos elementos, se está en presencia de la eutanasia, que además puede provocarse de diferentes maneras.²³⁷

La anterior idea sobre eutanasia es compatible con el concepto que se ha esbozado en México, en donde se ha entendido que la eutanasia es el acto o método que aplica un médico para producir la muerte, sin que sufra el paciente, y a iniciativa de éste, a fin de terminar con su sufrimiento.²³⁸

Ahora bien, retomando al análisis de la sentencia de la Corte colombiana, se precisa que la misma identificó que existen diversos tipos de eutanasia

²³⁵ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

²³⁶ *Ibidem*, p. 18.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

²³⁸ Álvarez del Río, Asunción y Kraus, Arnoldo, “X. Eutanasia y suicidio asistido”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coords.) *La construcción de la bioética. Textos de bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, vol. I, 2014, p.164.

(activa, pasiva, directa e indirecta), destacando que actualmente no existe consenso sobre cuál de ellas debe realizarse.²³⁹

Por otro lado, se destacó la existencia de conceptos y procedimientos diferentes a la eutanasia, como la distanasia, que supone la prolongación de la vida por cualquier medio, aunque se causen efectos perversos en la salud, en la dignidad en la propia vida del paciente con una enfermedad terminal, así como el suicidio asistido, en el que el sujeto activo y pasivo se confunden, pues la intervención del profesional médico no es directa; aquí el mismo enfermo es quien provoca su muerte. Finalmente, se hizo referencia a la ortotanasia o cuidados paliativos, que son un tratamiento médico que dignifica la vida de quienes irremediamente van a morir, pero que desean que llegue la muerte de forma natural. Este tratamiento es una alternativa intermedia a la eutanasia y la distanasia.²⁴⁰

Con base en lo apuntado sobre las diferentes figuras para garantizar el derecho a morir dignamente, la Corte Constitucional concluyó que si bien existe una diversidad de conceptos y procedimientos en torno al derecho a morir dignamente, que pueden generar confusiones en los jueces y en la opinión pública, la realidad es que la diversidad de prácticas médicas permite que cada paciente tenga la posibilidad de elegir entre alguno de ellos.²⁴¹

*D. Fundamento normativo del derecho a morir dignamente en Colombia.
Sentencia C-239/1997*

Para tomar una decisión en el caso que se analiza, la Corte Constitucional recurrió a criterios emitidos por ella misma en otra época; así, esbozó la sentencia C-239/1997, en la cual sostuvo que la eutanasia y otras prácticas médicas como las apuntadas con anterioridad, bajo determinados parámetros, no son delito; asimismo, reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de derecho fundamental, y fijó ciertos criterios para que el legislador regulara ese derecho.²⁴²

Cabe hacer notar que en la citada sentencia C-239/1997 (que derivó de una demanda de inconstitucionalidad contra una norma jurídica que regulaba el homicidio por piedad), la dignidad humana fue el fundamento para

²³⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, pp. 20 y 21.

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 23.

²⁴² *Ibidem*, p. 23.

despenalizar el homicidio por piedad cuando se materialicen determinadas condiciones, pues para la Corte la vida no podía reducirse a la simple subsistencia, sino que implicaba el vivir en condiciones de dignidad.²⁴³

En este sentido, la Corte reiteró que para excluir el carácter delictivo de la conducta contenida en el homicidio por piedad se deben presentar las siguientes circunstancias: *a)* debe existir el consentimiento libre e informado del sujeto pasivo; *b)* el sujeto activo debe ser un médico, ya que es el único que puede brindarle la información exacta al paciente, y *c)* el paciente debe padecer una enfermedad terminal que le cause sufrimiento. Todavía más: en la sentencia C-239/1997, la Corte exhortó al Congreso de la República para que reglamentara el homicidio por piedad a partir de los criterios establecidos en dicha decisión.²⁴⁴

En resumen, la importancia de la sentencia C-239/1997, que retomó la Corte Constitucional en el asunto que se estudia, radica en que con la misma se despenalizó la eutanasia y se reconoció la existencia de un derecho fundamental a morir dignamente en Colombia.²⁴⁵

E. Derecho fundamental a morir dignamente. Alcance y contenido esencial

Para determinar el alcance y contenido del derecho a morir dignamente, la Corte identificó que la dignidad humana es el patrón para asumir un derecho como fundamental; en el caso que nos ocupa, dicho órgano constitucional argumentó que no existe duda en considerar el derecho a morir dignamente como un derecho fundamental; ello, entre otras razones, porque un derecho fundamental busca garantizar la dignidad humana. Así, se observa una estrecha relación entre el derecho a la muerte digna con la dignidad humana, por lo que, en criterio de los jueces constitucionales, morir dignamente conlleva aspectos que garantizan que después de un ejercicio consciente e informado de toma de decisiones la persona puede elegir terminar con su vida llena de sufrimientos y dolores intensos que le provoca alguna enfermedad terminal.²⁴⁶

Más aún, para la Corte Constitucional, cada persona sabe qué es lo mejor para él o ella, y el Estado no debe asumir posiciones paternalistas que interfieran desproporcionadamente en lo que cada quien percibe como

²⁴³ *Ibidem*, pp. 23, 26 y 27.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 29.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 30, 32 y 33.

indigno. De esta forma, el objetivo del derecho a morir dignamente es impedir que la persona viva una vida dolorosa; esto es, incompatible con su idea de dignidad humana.²⁴⁷

Por todo ello, se concluyó que el derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, aunque relacionado con la vida; igualmente, no es dable considerar a la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía; tampoco es posible asumirlo como parte del derecho a la vida; simplemente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que tiene las características de las demás garantías constitucionales. Es un derecho complejo, porque depende de circunstancias muy especiales para constatarlo, y autónomo, ya que su afectación no es un parámetro de otros derechos.²⁴⁸

Por último, el tribunal constitucional colombiano estimó que la muerte digna se puede entender como un derecho subjetivo, ya que son identificables los sujetos activos, pasivos, así como los obligados y el contenido esencial de la obligación.²⁴⁹

F. Derecho comparado. Regulación normativa del derecho a morir dignamente

En el caso práctico que se comenta, se utilizó como criterio de razonabilidad de la decisión el mismo derecho comparado,²⁵⁰ lo cual se asume como adecuado, pues representa un criterio claro respecto a la corrección de las decisiones judiciales, como lo veremos en otro lugar de la investigación.

En particular, los jueces constitucionales analizaron tres países: Holanda, Estados Unidos y Bélgica, lo cual obedeció a que los mismos son pioneros en la práctica del derecho a morir dignamente; además, porque han producido un gran desarrollo normativo en la materia.²⁵¹

No será nuestro objetivo describir todo el esquema legal y judicial de cada uno de esos países (como sí se hace en la sentencia que se comenta), sino más bien destacaremos la situación general del derecho a morir dignamente establecida en cada orden jurídico nacional.

Empezaremos con Holanda, en donde desde 1973, por decisión judicial, se eximió de responsabilidad penal a los médicos que realizaran la

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 33.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 34.

²⁵⁰ Así se señala expresamente en la sentencia, véase Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, p. 34.

²⁵¹ *Idem*.

eutanasia bajo ciertos parámetros. Posteriormente, en 1981, un tribunal amplió las posibilidades de eutanasia, decretando que el auxilio al suicidio tampoco sería castigado. En 1990, el gobierno de Holanda conformó una comisión presidida por un integrante de la Corte Suprema holandesa a fin de regular legalmente la eutanasia; así, en 1994 se expidió un decreto que reglamentó el procedimiento legal que debían seguir los médicos para inducir la muerte de una persona sin que exista una enfermedad terminal.²⁵²

Por otro lado, se identificó que en Holanda existe la Ley de la Terminación de la Vida o a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, que está vigente desde 2002. Dicha ley buscó despenalizar legalmente la eutanasia bajo ciertos requisitos y regular el procedimiento para que la voluntad del paciente sea lo más libre e informada posible.²⁵³

Por lo que respecta a Estados Unidos, la Corte colombiana identificó que en ese país pocos estados han despenalizado la eutanasia, y sólo algunos la han reglamentado. Por ejemplo, desde 1994 en el estado de Oregón se cuenta con la Ley de la Muerte con Dignidad, que permite que pacientes con una enfermedad terminal puedan solicitar por escrito que se les suministre una medicina para terminar con su vida dignamente; asimismo, la ley autoriza que los médicos prescriban a sus pacientes desahuciados y a quienes se estima que vivan menos seis meses medicamentos para que puedan suicidarse.²⁵⁴

En sentido similar, se cuenta con una decisión judicial surgida en el estado de Florida en el caso *Terri Schiavo*, en el cual los jueces permitieron en 2005 que la paciente fuera desconectada, y, así, ella murió dos semanas después por desnutrición y deshidratación. Dicho asunto posibilitó la eutanasia pasiva y fue un referente en los Estados Unidos.²⁵⁵

De igual manera, en el estado de Texas existe el Código de Salud y Seguridad, que contiene desde 1999 la Ley de Cuidado Fútil. Con esta norma jurídica se permite practicar la eutanasia pasiva; esto es, desconectar los equipos que mantienen artificialmente con vida a los pacientes.²⁵⁶

Por lo que hace a Bélgica, en la decisión que se analiza se señaló que la eutanasia fue despenalizada en 2002 mediante la expedición de una ley en la cual se define a la eutanasia y se señalan las condiciones para que pueda practicarse, como son que el paciente sea mayor de edad, que tenga la ca-

²⁵² *Ibidem*, pp. 34 y 35.

²⁵³ *Ibidem*, p. 36.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 38.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 40.

pacidad legal y de conciencia al momento de realizar su petición, así como que la petición sea voluntaria, meditada y reiterada.²⁵⁷

Por otra parte, la ley belga regula las directivas anticipadas, que implican manifestaciones de la voluntad, que expresan que en caso de presentarse alguna causal para poder practicarse la eutanasia se lleve a cabo la misma; así, dicha manifestación conlleva una petición previa a que se presente la enfermedad.²⁵⁸

Pues bien, con base en el análisis del derecho comparado, la Corte Constitucional llegó a las siguientes conclusiones:

1. El derecho comparado genera criterios de razonabilidad para regular el derecho a morir dignamente.²⁵⁹
2. En la mayoría de casos la dimensión subjetiva del derecho a morir dignamente se presentó mediante decisiones judiciales.²⁶⁰
3. Los jueces han aceptado que existe una relación muy estrecha entre el derecho a la vida, la dignidad humana y la autonomía personal, por lo que decidieron despenalizar la eutanasia como una forma de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales; aunque la despenalización no fue absoluta, pues se fijaron ciertas condiciones para que la provocación de la muerte no sea sancionada como un delito.²⁶¹
4. El proceso de judicialización de la eutanasia propició que en la mayoría de los países se establecieran leyes sobre la materia, a fin de reglamentar el procedimiento de forma más clara y precisa; así, se logró mayor tranquilidad en los médicos y en los pacientes.²⁶²
5. La autonomía de los pacientes opera como el pilar fundamental de las leyes sobre eutanasia, que reconocen la primacía de la autonomía de la voluntad; ello implica que la decisión del paciente prevalece sobre la voluntad de cualquier otro individuo, incluyendo su familia o los médicos tratantes.²⁶³
6. Las leyes sobre el derecho a morir dignamente propician que los médicos identifiquen con exactitud cuándo están cometiendo un

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 40.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 41.

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ *Ibidem*, p. 41.

²⁶² *Ibidem*, pp. 41 y 42.

²⁶³ *Ibidem*, p. 42.

delito y cuándo concurriendo a la satisfacción de un derecho fundamental; asimismo, las normas jurídicas contribuyen a remover barreras para que los derechos de los pacientes se vean efectivamente materializados.²⁶⁴

G. Solución del caso concreto

Sobre la determinación final del caso analizado, en primer lugar, el tribunal constitucional colombiano consideró la teoría de la carencia actual de objeto por daño consumado, que exige que el juez constitucional emita un pronunciamiento de fondo, ya que cuando se presenta el daño, la vulneración del derecho fundamental se ha causado, por lo que se deben adoptar medidas para resarcir el daño o dar instrucciones para que en el futuro no se presenten situaciones similares.²⁶⁵

En el caso que se analiza, la señora Julia falleció en el trámite de la acción de tutela; pero esa circunstancia no es suficiente para que la Corte Constitucional deje de pronunciarse sobre el fondo del asunto, particularmente porque deben establecerse reglas relativas al procedimiento de eutanasia y evitar que ante la ausencia de leyes en la materia se desvanezcan las garantías fundamentales de los pacientes que deciden tomar la decisión de morir dignamente.²⁶⁶

Sobre el sentido de la decisión, la Corte consideró que sí existió una violación a los derechos de la reclamante por parte de Coomeva EPS y de los médicos tratantes. De conformidad con los hechos planteados, la accionante padecía una enfermedad terminal que le causaba intensos dolores, por lo que solicitó varias veces a su médico que le practicara la eutanasia, a fin de terminar con su sufrimiento. En tales circunstancias, el médico y Coomeva EPS se negaron a practicar la eutanasia, aludiendo que no existía una forma para verificar que la señora Julia sufría un dolor insoportable, así como que el legislador no ha habido emitido una norma que definiera con claridad los procedimientos y criterios para realizar la eutanasia.²⁶⁷

Bajo este sendero, la Corte no encontró justificación constitucionalmente válida a la negativa de Coomeva EPS para aplicar la eutanasia a la reclamante. A su juicio, de los hechos del caso se infería que se cumplía con todos los criterios para terminar con la vida del paciente, sin que se mate-

²⁶⁴ *Idem.*

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 42.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 43.

realizara una responsabilidad penal. Más aún, la ausencia de legislación no constituía una razón suficiente para negarse a garantizar el derecho a morir dignamente de la peticionaria, pues el precedente constitucional C-239 de 1997 fijó claramente los criterios para poder hacer efectivo ese derecho.²⁶⁸

Así, advirtió la Corte que en casos como el que se resuelve, la inexistencia de una ley sobre el derecho a morir dignamente se convierte en un obstáculo para su realización, por lo que estimó necesario presentar algunas pautas normativas para facilitar su ejercicio, con objeto de garantizar el goce efectivo del derecho a morir dignamente; ello, sin perjuicio de que el Congreso de la República proceda a su regulación, tomando en cuenta las pautas señaladas por la Corte Constitucional en la decisión que se estudia.²⁶⁹

A todo esto, para los jueces constitucionales, si bien existían ciertos vacíos normativos sobre la eutanasia, fue evidente que se desconoció por parte de los médicos tratantes la decisión tomada por la paciente de poner fin a su vida, lo que representó el imponerle la obligación de vivir en condiciones que la enferma terminal consideró indignas, por lo que se materializó la violación de su derecho a morir dignamente.²⁷⁰

En otro orden de ideas, uno de los puntos más sobresalientes de la decisión que se estudia fue el fijar los criterios o presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir dignamente mientras el Poder Legislativo emite la ley respectiva, los cuales se identifican en los siguientes incisos: *a)* el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores; *b)* el consentimiento libre, informado e inequívoco, y *c)* los criterios que deberán tenerse en cuenta en la práctica de procedimientos que tengan como propósito garantizar el derecho fundamental a la muerte digna.²⁷¹

Sobre el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores, se señaló que este requisito debe verse desde la vertiente objetiva y la subjetiva. La primera implica que la enfermedad debe estar calificada por un especialista como terminal; la vertiente subjetiva se representa en el dolor que causa sufrimiento intenso al paciente, por lo que será la voluntad del enfermo la que establezca qué tan indigno es el sufrimiento causado; así, se cuenta con una prevalencia de la autonomía del paciente.²⁷²

Respecto al consentimiento libre, informado e inequívoco, se determinó que es libre cuando no existen presiones de terceros sobre su decisión;

²⁶⁸ *Idem.*

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 43.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 44.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 44, 45 y 47.

²⁷² *Ibidem*, pp. 44 y 45.

es informado cuando los especialistas médicos brindan al paciente y a su familia toda la información objetiva y necesaria, a fin de que no se tomen decisiones de forma apresurada, y es inequívoco cuando la decisión del paciente de morir es consistente y sostenida, esto es, que no se trate de episodios anímicos.²⁷³

Con el fin de garantizar que el consentimiento del enfermo esté revestido de dichos caracteres, se estableció la creación de un comité científico interdisciplinario de acompañamiento al paciente y su familia, para lo cual se ordenó al Ministerio de Salud establecer una directriz a todos los prestadores del servicio de salud para que conformaran un grupo de expertos interdisciplinarios. Entre las funciones del citado comité se tiene el apoyo psicológico, médico y social al paciente y a su familia; asimismo, vigilar que todo el procedimiento se desarrolle respetando los criterios de la sentencia que se analiza y la imparcialidad de los que intervienen en el proceso de eutanasia.²⁷⁴

En el mismo sentido, para garantizar que el consentimiento del enfermo sea libre, informado e inequívoco, la Corte precisó la necesidad de establecer un procedimiento en el que se blinde la decisión del paciente; en particular, cuando se verifique que una persona padece una enfermedad terminal que le genera dolores intensos, la misma tendrá el derecho de expresar su deseo de morir. Ahora bien, esa voluntad será atendida por el médico, quien convocará al comité interdisciplinario para que comience su tarea de apoyo. De esta manera, una vez expresada la intención de morir del paciente, el profesional médico o el comité deberá, en un plazo que no podrá ser superior a diez días, cuestionar al paciente si su deseo de morir sigue vigente. En caso de que así sea, la eutanasia será programada en el menor tiempo posible, que no podrá ser superior a quince días después de confirmada la decisión del enfermo de morir dignamente.²⁷⁵

Adicionalmente, como dato a resaltar, la Corte determinó que la voluntad de morir del paciente podrá ser expresada por escrito o de manera verbal, asimismo, el consentimiento también puede ser sustituto en el caso de que la persona que sufre la enfermedad terminal se encuentre imposibilitada para manifestar su deseo de morir, a fin de no prolongar su sufrimiento; será la familia quien en sustitución del enfermo podrá dar su consentimiento para practicar la eutanasia.²⁷⁶

²⁷³ *Ibidem*, p. 45.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 46.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 47.

Sobre los criterios que deberán tenerse en cuenta en la práctica de procedimientos que tengan como propósito garantizar el derecho a la muerte digna, el tribunal constitucional colombiano identificó los siguientes: *a)* prevalencia de la autonomía del paciente, lo que comporta que los profesionales médicos deben analizar los casos atendiendo siempre a la voluntad del enfermo; *b)* celeridad: el derecho a morir dignamente no puede prolongarse en el tiempo, el mismo debe ser ágil, rápido y sin formalidades excesivas; *c)* oportunidad: implica que la voluntad del paciente sea cumplida a tiempo, sin que se mantenga excesivamente su sufrimiento al punto de llegar a su muerte natural en condiciones indignas, y *d)* imparcialidad: los médicos tienen que ser objetivos en la aplicación de los procedimientos de eutanasia, así, no deben exponer sus posiciones personales morales que nieguen el derecho a morir dignamente; con todo, si el médico alude dichas convicciones, no se le puede obligar a realizar el procedimiento de eutanasia, pero el prestador de servicios médicos debe asignar a otro profesional que sí pueda materializarla.²⁷⁷

Con base en todos los hechos, argumentos y criterios señalados, la sentencia de la Corte Constitucional resolvió: *a)* declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en la acción de tutela interpuesta por Julia en contra de Coomeva EPS; *b)* revocar la sentencia del Juzgado Décimo Civil Municipal de la ciudad de Medellín, que resolvió no tutelar los derechos fundamentales hechos valer por Julia, y en su lugar conceder la acción de tutela promovida por ella en contra de Coomeva EPS; *c)* ordenar al Ministerio de Salud que en el término de 30 días, contados a partir de la notificación de la sentencia, emita una directriz y realice todo lo necesario para que los prestadores del servicio de salud integren el comité interdisciplinario del que habla esta decisión, y *d)* exhortar al Poder Legislativo para que regule el derecho a morir dignamente, con base en los parámetros y criterios establecidos en la sentencia.²⁷⁸

Como se puede observar, la sentencia en análisis esboza una idea relevante para la tutela efectiva del derecho a morir dignamente; esto es, que a pesar de que se actualice la carencia de objeto por daño consumado en las acciones de tutela, los jueces constitucionales deben entrar al estudio de fondo de la problemática, con la finalidad de evitar que en casos futuros se vulneren nuevamente los derechos humanos, como es el derecho a morir dignamente.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

Por otro lado, cabe hacer notar que con la decisión judicial emitida la Corte colombiana buscó perfeccionar y desarrollar los criterios y requisitos aplicables a la práctica de la eutanasia para casos futuros, lo cual se aprecia adecuado, pues representa un compromiso real en torno a la vigencia de todos los derechos humanos. Más aún, la Corte no se contentó con rediseñar el esquema para la materialización de la eutanasia, sino que además ordenó y exhortó a los demás poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo) a contribuir con la garantía del derecho a morir dignamente en Colombia. En el apartado siguiente se identificarán los criterios de calificación utilizados por la Corte Constitucional colombiana, lo cual nos ayudará a tomar una postura propia sobre la corrección o no de la decisión tomada por dicho órgano constitucional.

4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

Del análisis de la sentencia T-970/14 se pueden desprender diversos criterios de corrección de la decisión tomada por la Corte Constitucional de Colombia, que si bien no se señalan expresamente en la misma, sí pueden inferirse de la argumentación expuesta por los jueces constitucionales, la cual, como se ha podido apreciar, no se identifica con ninguno de los criterios de calificación de la decisión defendidos por los diversos autores expuestos en la presente investigación.

Veamos pues los parámetros de calificación identificados en la decisión que se comenta, los cuales analizados en su conjunto operan como un mecanismo de corrección del sentido de la sentencia; en concreto, se ubicaron los siguientes:

- a) Criterio terminológico.
- b) Criterio jurisprudencial.
- c) Criterio de la dignidad humana.
- d) Criterio del derecho comparado.

Respecto al criterio terminológico, se precisa que la Corte lo utilizó para aclarar todos los conceptos que se relacionan con el derecho a morir dignamente, como son la eutanasia, la distanasia, el suicidio asistido y la ortotanasia o cuidados paliativos, a fin de tener una idea concreta del alcance del problema a resolver; esto es, la práctica de la eutanasia. Dicho criterio permitió brindar certeza a las partes involucradas y a la misma sociedad sobre el lugar y alcance de la eutanasia en el contexto del derecho a morir

dignamente, además de poner de relieve la necesidad de que existan diversas formas de materializar dicho derecho, lo que se traduce en un mayor campo de elección del paciente con alguna enfermedad terminal.

Un criterio como el señalado no ha sido esbozado en las teorías de la argumentación jurídica; sin embargo, se estima que el mismo es relevante para fiscalizar la sentencia, ya que contribuye a propiciar un entendimiento sobre el problema que se abordará en la decisión desde una óptica objetiva, pues para presentar un término concreto (por ejemplo, eutanasia) se recurre a varias áreas científicas que han abordado el tema. Bajo estas líneas, si bien nos encontramos frente a un criterio simple (terminológico), ello no conlleva su expulsión como parámetro de evaluación de la argumentación jurídica.

El criterio jurisprudencial implica la necesidad de recurrir a precedentes judiciales para tomar una decisión; lo anterior, siempre y cuando no existan razones para apartarse de los mismos. En el caso concreto, la Corte retomó su sentencia 239/1997, en la cual despenalizó la eutanasia, reconoció el derecho a morir dignamente y fijó diversos criterios para que el legislador regulara la materia.

Bajo este sendero, dicha determinación judicial operó como un parámetro de calificación de la argumentación desplegada en su diversa sentencia, ya que no se encontraron razones para abandonar la jurisprudencia previamente fijada, que de hecho fue mejorada y actualizada. Así, es entendible que la propia jurisprudencia fungió como un criterio útil para calificar y evaluar la nueva decisión judicial, circunstancia que debe ser considerada para materializar una red de decisiones congruentes en el complejo fenómeno jurídico, que como señala Ost, se configura como algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y propenso al cambio.²⁷⁹

Sobre el criterio de la dignidad humana, recordemos que la Corte asumió que la misma es el patrón para calificar a un derecho como fundamental, ya que ese derecho busca materializarla; de esta forma, es dable que la misma opere como un parámetro de corrección; así, se puede afirmar que una decisión será adecuada cuando busque garantizar la dignidad en todo momento y bajo cualquier circunstancia, como se hizo en el caso que se comenta.

Este criterio debe entenderse bajo la premisa de que la dignidad humana es una noción pluridimensional, lo que comporta que no tiene una manifestación unívoca, y que para asumir tal consideración se puede recurrir

²⁷⁹ Ost, François, “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez”, trad. de Isabel Lifante Vidal, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, p. 183, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jupiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>, fecha de consulta: 12 de octubre de 2017.

a la hermenéutica diatópica de Santos, que señala que los lugares (*topoi*) de una cultura específica son incompletos.²⁸⁰

Por lo que toca al criterio del derecho comparado, se precisa que el mismo fue ampliamente detallado por la Corte Constitucional colombiana, en particular, la misma corte lo asumió como un criterio de razonabilidad de la toma de decisiones. Con base en dicho parámetro, los jueces constitucionales se dieron a la tarea de investigar y analizar las distintas prácticas legales y jurisprudenciales de algunos países en torno al derecho a morir dignamente, para lo cual recurrieron a tres países: Holanda, Estados Unidos y Bélgica, que no fueron escogidos de forma arbitraria, sino por el contrario, se presentaron las razones para su elección.

En particular, este parámetro de fiscalización de la argumentación indica que un esquema justificatorio será más correcto si el mismo considera la forma en que otros países han abordado la problemática que se intenta resolver, ya que se logran identificar soluciones comprobadas en otros órdenes jurídicos similares al que se intenta aplicar.

Ahora bien, este criterio de corrección es muy utilizado por los tribunales constitucionales de diversos países; en México, por ejemplo, algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contienen referencias al derecho comparado (como lo observamos al estudiar el amparo en revisión 237/2014, referente al uso recreativo de la marihuana); ahora bien, cabe hacer notar que a pesar de ser un parámetro útil para calificar la argumentación, se debe siempre justificar el porqué de la elección de los países a analizar, como se hizo en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana que se comenta; ello, para darle objetividad y un mejor respaldo al criterio del derecho comparado.

Pues bien, tomando como referencia los cuatro criterios utilizados por la Corte constitucional en el caso estudiado, se puede afirmar que la decisión emitida es adecuada, ya que logró establecer elementos objetivos para la práctica del derecho a morir dignamente para casos futuros, además de fijar obligaciones específicas para los poderes Ejecutivo y Legislativo, a fin de que contribuyan a hacer realidad la garantía de dicho derecho; todo ello, sustentado con la acreditación de los parámetros terminológicos, jurisprudenciales, de dignidad humana y de derecho comparado descritos en este apartado de la investigación.

²⁸⁰ Santos, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, Bogotá, ILSA, núm. 28, julio de 2002, p. 70, disponible en <http://191.98.188.189/Fulltext/12436.pdf>, fecha de consulta: 12 de octubre de 2017.

De esta manera, se afirma que la decisión es correcta al menos bajo los anteriores parámetros de fiscalización, lo cual representa un pequeño avance para el desarrollo de la toma de decisiones judiciales en el ámbito americano.

V. ANÁLISIS DEL CASO “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA” ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (SENTENCIA 145/2015)

1. *Descripción del caso*

Con el objetivo de facilitar la comprensión del caso “objección de conciencia”, se precisa que los antecedentes del mismo se van a presentar en dos partes; por un lado, se identificarán los hechos, recursos y juicios interpuestos por el quejoso y, por el otro, las alegaciones emitidas por las autoridades notificadas en el recurso de amparo. Analicemos pues los orígenes del caso en comento.

A. *Hechos, recursos y juicios interpuestos por el quejoso*

- a) Joaquín Herrera Dávila es cotitular de una farmacia en la ciudad de Sevilla, y fue multado por 3,300 euros, mediante resolución del 15 de octubre de 2008 del delegado provincial de salud en Sevilla de la Junta de Andalucía, en virtud de que la farmacia carecía de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel (conocido como píldora del día después). Se resalta que en la inspección del 4 de febrero de 2008, efectuada por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía, Herrera Dávila manifestó que no disponía de la existencia de tales productos y medicamentos por razones de objeción de conciencia, señalando que se encontraba inscrito como objetor de conciencia en el registro de farmacéuticos objetores ante el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla. Con todo, los hechos fueron calificados por la autoridad inspectora como infracción grave a las leyes y decretos que regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las farmacias.²⁸¹

²⁸¹ Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo 412/2012, promovido por Joaquín Herrera Dávila, sentencia 145/2015 del 25 de junio de 2015, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182, 31 de julio de 2015, sec. TC, pp. 66654- 66655, disponible en <https://www.>

- b) Contra la citada determinación, Joaquín Herrera Dávila interpuso un recurso ante la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, en el que invocó su derecho a la objeción de conciencia como justificación para no contar con los preservativos ni medicamentos con el principio activo levonorgestrel.²⁸²
- c) El recurso fue desestimado por resolución de 16 del julio de 2010; en ella se considera que el farmacéutico no puede incumplir su obligación de contar en su farmacia con los referidos productos y medicamentos invocando la objeción de conciencia. Una de las razones para sustentar la decisión fue la sentencia del 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la que a su vez cita la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2 de octubre de 2001 (*caso Pichon y Sajous vs. Francia*), en la cual se rechazó una demanda formulada por farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos; argumentó en ese asunto el Tribunal Europeo que la objeción de conciencia no tiene cabida en la libertad religiosa.²⁸³
- d) En contra de la citada resolución, Herrera Dávila presentó un recurso contencioso administrativo, en el que señaló que su actuación se encontraba protegida por la objeción de conciencia, que forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica, ya que los medicamentos con el principio activo levonorgestrel tienen efectos abortivos; respecto a los preservativos, argumentó que su decisión de no tenerlos no causó perjuicio alguno, al estar garantizada la distribución de los mismos por otras farmacias, por lo que solicitaba que se anulara la sanción impuesta o, en su caso, que los hechos se calificaran como una infracción no grave.²⁸⁴
- e) El recurso administrativo del demandante fue desestimado por el Juzgado de lo Contencioso administrativo de Sevilla, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2011, al estimar que la resolución atacada era conforme a derecho. En concreto, el juzgador consideró que el problema fue resuelto por la sentencia del 23 de noviembre

boe.es/boe/dias/2015/07/31/pdfs/BOE-A-2015-8639.pdf, fecha de consulta: 17 de octubre de 2017.

²⁸² *Ibidem*, p. 66655.

²⁸³ *Ibidem*, p. 66655.

²⁸⁴ *Idem*.

de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (que refiere la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Pichon y Sajous vs. Francia*), de la que deriva la obligación de los farmacéuticos de distribuir los medicamentos, circunstancia que no se contrapone con el ejercicio de los derechos de libertad de conciencia, pensamiento, religión o convicción.²⁸⁵

- f) Joaquín Herrera Dávila promovió un incidente de nulidad contra la citada sentencia; en el mismo incidente argumentó la lesión del derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa, así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El incidente de nulidad fue inadmitido a trámite el 22 de diciembre de 2011, por entender el juzgador que la sentencia atacada era congruente y adecuada.²⁸⁶
- g) Mediante escrito registrado el 25 de enero de 2012 en el Tribunal Constitucional de España, Herrera Dávila interpuso un recurso de amparo contra las resoluciones administrativas y judiciales referidas anteriormente. En el recurso señaló que las resoluciones impugnadas violaron su derecho a la objeción de conciencia, que forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución española, pues fue sancionado por actuar en la prestación de servicios farmacéuticos siguiendo sus convicciones éticas. Todavía más, refirió que profesa un gran respeto a la vida, por lo que ante la obligación de distribución de los productos objeto de la controversia se ubicó en un dilema: actuar fuera de la legalidad al ejercer su derecho a la objeción de conciencia, o bien actuar en contra de su conciencia, violando sus creencias, al distribuir en razón de su oficio tales productos, que consideraba inmorales. Por otro lado, alude que la sentencia impugnada afectó su derecho a la tutela judicial efectiva, por ser arbitraria e irrazonable, pues la remisión que hizo a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Pichon y Sajous vs. Francia* implicó no dar respuesta a la cuestión, ya que aquella resolución se refería a productos anticonceptivos, mientras que en el caso en análisis se trataba de medicamentos con efectos abortivos.²⁸⁷

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 66655 y 66656.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 66656.

²⁸⁷ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66654 y 66656. Resulta interesante la posición del dilema que asume el quejoso en su demanda respecto a actuar fuera de la ley en el ejercicio de la objeción de conciencia o actuar en contra de sus creencias y valores al

- h) Finalmente, a través de la providencia del 9 de septiembre de 2013, el Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y requerir al Juzgado de lo Contencioso Administrativo demandado, a fin de emplazar a todos los que hubieren sido parte en el juicio para que comparezcan al recurso de amparo.²⁸⁸

B. Alegaciones emitidas por las autoridades notificadas en el recurso de amparo

- a) El abogado de la Junta de Andalucía presentó su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional el 25 de noviembre de 2013, en el cual solicitó la inadmisión del amparo y su desestimación. Lo anterior, por no justificar la especial trascendencia constitucional del caso, pues al decir del abogado, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la cuestión planteada por el quejoso. Por otro lado, refirió que el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer determina su derecho a las prestaciones farmacéuticas

distribuir los productos que considera inmorales. Nosotros diríamos que se trata de un verdadero dilema constitucional, ya que como lo asume Zucca, sea cual fuera el modo en que se observe el dilema, necesariamente se va a perder algo valioso. Para dicho autor, un dilema constitucional involucra dos elementos; por un lado, una elección entre dos bienes diferentes protegidos por los derechos fundamentales (por ejemplo, derecho de libertad ideológica versus principio de legalidad); por el otro, una pérdida fundamental de un bien protegido por un derecho fundamental, sin que sea relevante lo que implique tal decisión. Por ello, se asume como tesis básica que los conflictos de derechos fundamentales pueden implicar dilemas constitucionales. El problema es que en estos casos no se cuenta con parámetros para la argumentación; esto es, no se tiene una guía sobre qué se debe hacer, por lo que se ha asumido que estos casos no pueden ser resueltos de forma racional. *Cfr.* Zucca, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, trad. de David Martínez Zorrilla, en Zucca, Lorenzo *et al.*, *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 11. Ahora bien, para tener una radiografía más completa del tema de los dilemas constitucionales, debemos asumir la existencia previa de los dilemas (morales) que se conectan irremediablemente con la idea de la tragedia de valores. El caso más representativo se tuvo con la famosa tragedia de Antígona ideada por el poeta griego Sófocles hace muchos siglos. Una representación actual de la Antígona de nuestro tiempo se tiene en Aicha, un personaje creado por Ost, para el cual aquí como en Atenas hace 25 siglos, la causa de Antígona termina por ganar (con el precio de su vida), aunque falta mucho para que ese desenlace trágico termine la discusión; así, debemos comprender que la libertad, la igualdad y la dignidad no son definitivas, sino que se deben reinventar en cada momento, pues lo más arcaico alcanza a lo más moderno, y lo más diferente es también una posibilidad de lo mismo; entonces hoy Antígona se llama Aicha. *Cfr.* Ost, François, *El velo de Antígona*, trad. de Pauline Capdevielle y Eva Marina Valencia Leñero, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. XV.

²⁸⁸ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66657.

establecidas por el orden jurídico. Ese derecho conlleva el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo, así como a los medicamentos anticonceptivos aprobados en España. Por lo cual, si una mujer necesita el medicamento con el principio activo levonorgestrel prevalece su derecho a acceder al mismo sobre la objeción de conciencia del farmacéutico a distribuirlo.²⁸⁹

- b) El ministerio fiscal presentó ante el Tribunal Constitucional su escrito de alegaciones el 4 de diciembre de 2013, en el cual solicitó la inadmisión del amparo por extemporáneo y su desestimación. A juicio del ministerio fiscal, el reclamante prolongó innecesariamente el plazo de caducidad del recurso de amparo mediante la presentación del incidente de nulidad de actuaciones notoriamente improcedente, situación que determina lo extemporáneo del recurso del amparo; asimismo, indicó la fiscalía que la Constitución española sólo contempla el derecho de objeción de conciencia respecto a la prestación del servicio militar. Todavía más, a juicio de la fiscalía, la afectación del derecho de libertad ideológica del quejoso, que conlleva la normativa aplicable a las farmacias, debía ser estimada como legítima, pues buscaba proteger el derecho a la salud de las personas (que forma parte del derecho a la propia integridad física), que prevalece sobre el derecho del reclamante. En concreto, la protección de la salud y la libre autodeterminación de las personas, que busca proteger la obligación de tener en las farmacias el medicamento objeto de conflicto, es proporcional con el derecho del quejoso a conducirse de acuerdo con sus convicciones y creencias particulares. Así, la sanción decretada al demandante no supuso una afectación de su derecho de libertad ideológica.²⁹⁰

2. *Derechos humanos en colisión*

El caso “objeción de conciencia” que se analiza involucra una tensión de derechos humanos que podemos considerar como inusual, así como de relevancia académica, que debe ser asumida como de posible realización en países como México. Es de relevancia académica principalmente por tres razones; en primer lugar, ya que materializa la garantía de una dimensión novedosa del derecho humano a la protección de la salud, a saber: el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer; en segundo lugar, porque

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 66657 y 66658.

²⁹⁰ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66658, 66659 y 66660.

pone de relieve la conexión que puede existir entre el derecho de objeción de conciencia y el derecho de libertad ideológica, y en tercer lugar, porque expone los diversos escenarios en los cuales se puede ejercer el derecho de objeción de conciencia, esto es, desde el ámbito de la práctica del aborto hasta el contexto de la distribución farmacéutica de medicamentos sobre salud reproductiva.²⁹¹

Ahora bien, con base en lo señalado, se comprende que los derechos humanos en colisión en el presente asunto son básicamente los siguientes:

- El derecho de objeción de conciencia que forma parte del derecho de libertad ideológica de Joaquín Herrera Dávila y de todas las personas (por interpretación del Tribunal Constitucional de España establecida en la sentencia que se comenta), que se encuentra reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución española.
- Por otro lado, se tiene, aunque el Tribunal Constitucional español no lo mencione expresamente en la sentencia, el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que es una dimensión del derecho a la protección de la salud y del derecho a la integridad física garantizados, respectivamente, en los artículos 43.1 y 15 de la Constitución española. Para mayor claridad, se precisa que los derechos sexuales de las mujeres, en el ámbito internacional, han sido asumidos en términos negativos; esto es, como el derecho a una sexualidad libre de coacciones, discriminación y violencia. Por otro lado, los derechos reproductivos incluyen el derecho de toda persona a determinar libremente el número y espaciamiento de los hijos, así como el derecho de disponer de servicios de planificación familiar.²⁹²

En efecto, en el asunto en estudio, el derecho de objeción de conciencia del quejoso se encuentra en tensión con el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, derechos que son asumidos como dimensiones

²⁹¹ Cabe indicar que en nuestro país los derechos reproductivos están reconocidos en el artículo 4o. de la Constitución de la República; por su parte, los derechos sexuales no están contemplados como tales en dicha norma fundamental, pero sí en los instrumentos internacionales adoptados por México; por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, de la cual México es parte desde 1981. Cfr. Ávalos Capín, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. II, México, Konrad Adenauer Stiftung, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 2268-2271.

²⁹² Ávalos Capín, Jimena, *op. cit.*, p. 2268.

del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la protección de la salud, respectivamente, por lo cual se observa que se trata de un asunto de gran calado, ya que debe decidirse por la vía constitucional cuál de tales derechos debe ceder frente al otro derecho, aunque sea de forma temporal y concreta.

Así, se observa que nos encontramos frente a un caso paradigmático, pues cualquier afectación a uno de los derechos comportará un escenario complejo para la parte afectada; por ejemplo, para las concepciones ideológicas arraigadas del farmacéutico, o para los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, que, por cierto, han luchado constantemente por sus derechos y por erradicar la violencia que aún viven en las sociedades actuales; por ello, si bien los derechos no caen del cielo, debemos reconocer que los de las mujeres han sido un producto de largas luchas históricas, por lo cual es necesario mantener el discurso y la firmeza en dicha batalla a fin de lograr la consolidación de los derechos femeninos,²⁹³ entre los que se encuentran los sexuales y reproductivos, que serán objeto de la argumentación en la sentencia que se comenta. Veamos pues la estructura argumentativa esbozada por el Tribunal Constitucional español.

3. *Argumentación y sentencia*

Para comenzar, se señala que los jueces constitucionales españoles dividieron en dos partes la presentación de su esquema argumentativo; por un lado, esbozaron respuestas a las objeciones formuladas por el abogado de la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal respecto de la inadmisión y desestimación del recurso de amparo, por el otro, examinaron las vulneraciones expuestas por el reclamante.²⁹⁴

Bajo este sendero, el Tribunal Constitucional precisó que el recurso, tal como lo indicó el fiscal, es un recurso de amparo mixto; así, junto al reclamo principal (vulneración del derecho a la objeción de conciencia vin-

²⁹³ Nieto Castillo, Santiago, *Los derechos en los tiempos del género (de mujeres, feminismo y derecho)*, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2017, p. 233. Sobre esto, se debe considerar que la igualdad efectiva de las mujeres exige superar las barreras que tienen para el libre ejercicio de su autonomía tanto en el ámbito privado como en el público. Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, “Los derechos humanos: la utopía de los excluidos”, en Ramiro Avilés, Miguel Ángel y Cuenca Gómez, Patricia (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Madrid, Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 32.

²⁹⁴ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66661.

culado a la libertad ideológica) vertido contra la resolución administrativa sancionadora, el quejoso presentó un reclamo específico contra la sentencia que confirma tal resolución, por afectación de su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española. Por ello, no puede asumirse que el incidente de nulidad de actuaciones sea manifiestamente improcedente, toda vez que el quejoso no se limitó a reiterar en el incidente la afectación de su derecho de libertad ideológica, sino que presentó una nueva queja contra la sentencia por vulneración de su derecho a la tutela efectiva, por lo que estaba obligado a promover el incidente de nulidad, a fin de cumplir con el requisito de agotamiento de los recursos judiciales previos.²⁹⁵

En este sentido, para los jueces constitucionales no existieron razones para considerar el incidente de nulidad como improcedente, con la consecuencia de asumir la extemporaneidad del propio recurso de amparo del quejoso. Ello, sólo ocurriría si el Tribunal Constitucional hubiera identificado que el recurrente ha actuado con el deseo de prolongar inadecuadamente la vía judicial previa, o cuando la improcedencia del incidente de nulidad fuera clara e inequívoca, circunstancias que no advirtieron los jueces constitucionales, por lo que rechazaron el argumento de inadmisión del fiscal.²⁹⁶

Por otro lado, sobre los motivos de inadmisión del amparo expuestos por el abogado de la Junta de Andalucía, referentes a que el demandante no justificó la especial trascendencia constitucional del caso en cuestión, en opinión de los jueces constitucionales tal argumento debe ser desechado, ya que en la demanda de amparo se incluyó un apartado sobre la relevancia constitucional del caso, en el cual el demandante señaló que se trata de una cuestión novedosa, pues no existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre si en el ejercicio de su profesión los farmacéuticos pueden invocar el derecho de objeción de conciencia a fin de negarse a distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos.²⁹⁷

Ciertamente, el demandante de amparo cumplió la carga de justificar la especial trascendencia constitucional de su reclamación; todavía más, para los jueces constitucionales sí se materializó el requisito de la especial trascendencia constitucional, pues la cuestión a resolver en el recurso de amparo implica tomar una postura sobre la admisibilidad de la objeción de conciencia de los farmacéuticos respecto de la tenencia y distribución de medicamentos con posibles efectos abortivos, lo cual contribuye a aclarar

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 66661 y 66662.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 66662.

²⁹⁷ *Idem*, p. 66662.

diversas cuestiones en torno a la doctrina constitucional sobre la naturaleza del derecho de objeción de conciencia.²⁹⁸

Una vez presentadas las respuestas del Tribunal Constitucional a los argumentos hechos valer por la Junta de Andalucía y la fiscalía sobre la improcedencia del amparo, corresponde esbozar el esquema argumentativo respecto a las vulneraciones señaladas por el reclamante; esto es, sintetizar el estudio constitucional que los jueces realizaron sobre el fondo del asunto.²⁹⁹

Inicialmente, el Tribunal Constitucional recuerda que el quejoso ha invocado en apoyo de su amparo la doctrina establecida en su sentencia 53/1985, que le permitió al reclamante asumir que las resoluciones impugnadas han afectado su derecho a la objeción de conciencia, toda vez que fue sancionado siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida, las que se oponen a la distribución del medicamento con el principio activo levonorgestrel derivado de sus posibles efectos abortivos.³⁰⁰

Pues bien, para los jueces constitucionales lo que se debe ponderar en el caso en análisis es el derecho de objeción de conciencia (como manifestación del derecho a la libertad ideológica), con la obligación legal de tener un mínimo de medicamentos con el principio activo levonorgestrel, a fin de que pueda ser distribuido a quienes lo soliciten.³⁰¹ Nosotros diríamos que del deber legal de tener el citado medicamento para su posterior distribución se desprendería que el otro derecho en tensión es el de salud sexual y reproductiva de las mujeres, aunque no lo hayan señalado expresamente los jueces constitucionales en la sentencia en estudio.

A todo esto, indicaron los jueces constitucionales que en su diversa sentencia 53/1985 no calificaron como inconstitucional una norma jurídica sobre el aborto, porque no incluía el derecho de objeción de conciencia, ya que tal derecho existe y es oponible con independencia de que lo regule una ley en concreto; asimismo, señalaron en dicha determinación que la objeción de conciencia forma parte del derecho a la libertad ideológica y religiosa, además de que la Constitución es directamente aplicable, más aún si se trata de derechos fundamentales.³⁰²

En este orden de ideas, para el Tribunal Constitucional era indispensable establecer si la doctrina defendida en su sentencia 53/1985 era aplicable

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 66662 y 66663.

²⁹⁹ Para la redacción de este párrafo se utilizaron las ideas plasmadas por los jueces constitucionales españoles, véase Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66663.

³⁰⁰ *Idem*. p. 66663.

³⁰¹ *Idem*.

³⁰² *Idem*. p. 66663.

al caso que se analiza. Para resolver dicha cuestión, debían estudiar si los motivos invocados para no distribuir la medicina con el principio activo levonorgestrel comporta suficiente semejanza con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia de los médicos para practicar el aborto; todo ello, a fin de asumir si la aceptación de dicha objeción resulta extensible a la oposición del farmacéutico de tener y distribuir el citado medicamento por sus convicciones sobre el derecho a la vida.³⁰³

Sobre esto, los jueces señalaron que no desconocían la falta de unanimidad científica en torno a los posibles efectos abortivos del medicamento en cuestión; sin embargo, la existencia en el debate de posiciones que asumen tal circunstancia los llevó a identificar la presencia de una duda razonable sobre la producción de tales efectos, por lo que sin desconocer las divergencias entre la participación de los médicos en el aborto y la distribución farmacéutica del medicamento citado, los jueces reconocieron que la base del conflicto en ambos supuestos cubre una misma finalidad, esto es, defender una concepción sobre el derecho a la vida. Por esta razón, el Tribunal Constitucional español determinó que los criterios definitorios de la objeción de conciencia analizada en la sentencia 53/1985 también se presentan en la objeción de conciencia de los farmacéuticos para no distribuir un medicamento con posibles efectos abortivos.³⁰⁴

Un vez identificadas las semejanzas entre los supuestos abordados en la sentencia que se comenta y la diversa 53/1985, los jueces constitucionales se dieron a la tarea de atender las tensiones que se presentaban entre los diversos bienes jurídicos tutelados, para lo cual identificaron la obligación a cargo de los farmacéuticos de contar con las medicinas que el sistema público sanitario les exige para su distribución a los consumidores, lo que garantiza, en el caso concreto, el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que conlleva a su vez el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo, así como a los medicamentos anti-conceptivos autorizados en España.³⁰⁵

Por otra parte, destaca el Tribunal Constitucional que la imposición de la sanción al quejoso no se generó de su negativa de vender el medicamento a alguien que lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento de su obligación de contar con el mínimo de existencias prescrito en las normas jurídicas. Aún más, para los jueces de las actuaciones no se acreditó algún riesgo de que la distribución del medicamento se viera afectada, pues la farmacia del deman-

³⁰³ *Idem.*

³⁰⁴ *Ibidem.* pp. 66663 y 66664.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 66664.

dante se ubicaba en el centro de la ciudad de Sevilla, derivado de lo cual se induce la disponibilidad de otras farmacias cercanas; así, en opinión del Tribunal Constitucional, el derecho de las mujeres a acceder a los medicamentos anticonceptivos no fue comprometido por la actuación del quejoso.³⁰⁶

Asimismo, cabe indicar que los jueces constitucionales esbozaron en su argumentación, que el quejoso estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla (al cual pertenecía), que en sus estatutos reconoció el derecho de los farmacéuticos colegiados a la objeción de conciencia, estatutos que fueron aprobados el 30 de diciembre de 2005 por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Bajo este escenario, afirmaron los jueces que el reclamante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar su derecho de objeción de conciencia, el cual fue reconocido y no objetado estatutariamente por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.³⁰⁷

Por todo ello, el Tribunal Constitucional identificó que la sanción impuesta al quejoso (por no tener en existencia la medicina con posibles efectos abortivos) violó su derecho a la libertad ideológica, reconocido por el artículo 16.1 de la Constitución española.³⁰⁸

En otro sentido, sobre la sanción impuesta al quejoso por no disponer de preservativos en su farmacia, los jueces constitucionales argumentaron que tal renuencia a disponer de los preservativos no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que deriva de la libertad ideológica reconocida en la Constitución española. Así, el otorgamiento de amparo al demandante, por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia, cubre exclusivamente la negación de disponer del medicamento con posibles efectos abortivos, por lo que la declaración de la nulidad de las resoluciones atacadas por el quejoso tiene como efecto que la Junta de Andalucía establezca la sanción que corresponda al demandante por negarse a disponer y distribuir preservativos en su farmacia.³⁰⁹

Con base en toda la argumentación descrita, el Tribunal Constitucional español resolvió lo siguiente: *a)* declarar que ha sido violado el derecho de objeción de conciencia, relacionado con el derecho a la libertad ideológica del quejoso; *b)* restablecer en su derecho al quejoso y, por lo tanto, anular las resoluciones de la Junta de Andalucía, así como la sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo de Sevilla y la providencia del mismo juzgado que inadmite el incidente de nulidad promovido contra la misma

³⁰⁶ *Idem.* p. 66664.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 66664 y 66665.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 66665.

³⁰⁹ *Idem.*

sentencia, y c) retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior a la resolución de la Junta de Andalucía, a fin de que emita una nueva sanción que castigue el incumplimiento del quejoso a la obligación de disponer de preservativos en su farmacia.³¹⁰

4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

Como se pudo observar, en el caso “objeción de conciencia” no se despliega un esquema amplio de criterios de corrección de la decisión; sin embargo, sí se identifican dos parámetros que resultan sustanciales para el sentido de la decisión, los cuales se repasarán en este apartado de la investigación.³¹¹

Antes de ello, cabe recordar que el resultado de la ponderación entre el derecho de objeción de conciencia (que deriva del derecho de libertad ideológica) y el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres tuvo un resultado interesante, ya que si bien se determinó que el derecho a la objeción de conciencia fue vulnerado por la autoridad, decretándose su restablecimiento en la sentencia, ello no fue a costa de la afectación temporal de los derechos que jugaban en sentido contrario (salud sexual y reproductiva); así, los jueces constitucionales determinaron que los derechos sexuales y reproductivos no fueron afectados por la inexistencia del medicamento con efectos abortivos en la farmacia del quejoso, ya que existían otras agencias farmacéuticas que cubrían las necesidades de las personas que demandarán tales medicamentos, todo lo cual cobra relevancia en la teoría de la ponderación de derechos, que implica, en la mayoría de los casos, la preferencia de algún derecho en detrimento de otro, lo cual no se presentó en el asunto en análisis.³¹² Veamos pues el esquema de calificación asumido por los jue-

³¹⁰ *Ibidem*, p. 66666.

³¹¹ Se conoce que la sentencia en comento ha sido criticada por mostrar una argumentación débil, lo que se corresponde con los escasos criterios de evaluación utilizados; todavía más, para algunos autores la sentencia parte de dos premisas erróneas; por un lado, la objeción de conciencia no forma parte de la libertad ideológica; por el otro, la objeción de conciencia no se puede defender sin que exista una regulación legal previa. Véase Navarro-Michel, Mónica, “¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, 2015, núm. 35, p. 135, disponible en <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14287/17549>, fecha de consulta: el 24 de octubre de 2017.

³¹² Cabe recordar que la idea de ponderación evoca una balanza en la que las distintas normas, diríamos nosotros derechos, son pesadas, y la decisión judicial dependerá del peso que tenga cada uno de los principios en las circunstancias del caso concreto a resolver; en

ces constitucionales españoles en el caso que se comenta; así, se tiene que los parámetros de calificación de la decisión esbozados en la sentencia de estudio fueron únicamente el jurisprudencial y el de la duda razonable.

Sobre el criterio jurisprudencial, como se sabe, el Tribunal Constitucional español sustentó el sentido de su decisión tomando en consideración su diversa sentencia 53/1985, en la cual se atacaba como inconstitucional una norma jurídica sobre el aborto que no establecía expresamente la figura de objeción de conciencia. En dicha decisión, como se ha señalado, se determinó que la objeción de conciencia forma parte del derecho a la libertad ideológica. Tal sentencia fue considerada para asumir que el derecho de objeción de conciencia de los médicos para la práctica del aborto esbozada en la misma sentencia también es aplicable a los farmacéuticos en el contexto de la obligación de tener y distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos.

Por ello, se observa que los jueces constitucionales recurrieron a la jurisprudencia emitida para sustentar su decisión; en concreto, a la que señalaba que el derecho a la objeción de conciencia deriva del derecho a la libertad ideológica, que mediante una interpretación extensiva es aplicable no sólo a los médicos sino además a los dueños de farmacias, quienes en su ejercicio profesional pueden oponerse a la obligación de tener y distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos, todo lo cual propicia una lógica en la red de decisiones del Tribunal Constitucional español, lo que, paralelamente, genera seguridad jurídica en la sociedad, ya que las decisiones constitucionales se conectan y relacionan de forma consistente; ello, hasta en tanto no existan razones para asumir otro criterio.

Respecto al criterio de la duda razonable, se señala que el mismo fue utilizado para analizar las posibles semejanzas y diferencias entre el derecho de objeción de conciencia de los médicos para practicar el aborto, con el posible derecho de objeción de conciencia de los farmacéuticos para tener y distribuir medicamentos con determinados efectos abortivos.

De esta manera, los jueces constitucionales españoles identificaron que en el ámbito científico no existe un acuerdo concreto sobre los posibles efectos abortivos de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel (medicamento que se le exigía tener al quejoso en su farmacia); así, como se sabe, asumieron que en el debate científico se dan posiciones que plantean que dicho medicamento sí comporta efectos abortivos, por lo que se

otros términos, prevalecerá la solución generada por aquel derecho de mayor peso, ya que se habrá inclinado la balanza a su favor. *Cfr.* Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 153.

presenta una duda razonable en torno a tales efectos, que los jueces deben considerar para la toma de decisiones constitucionales.

Bajo este sendero, como se recordará, para el Tribunal Constitucional fue posible afirmar que la práctica del aborto y la negación de distribución del medicamento con el principio activo levonorgestrel en farmacias defienden una idea sobre la vida humana, por lo que ante la citada duda razonable debe considerarse que existe un derecho de objeción de conciencia aplicable a los farmacéuticos ante la obligación que les imponen las normas jurídicas de tener cantidades mínimas en existencia de medicinas con el principio activo levonorgestrel, pues no está comprobado científicamente que no generen efectos abortivos; en otras palabras, la duda razonable sobre cuáles son efectivamente los efectos de tal medicamento activa la necesidad de su ubicación en el seno del derecho a la objeción de conciencia a favor de las personas que por sus convicciones éticas defienden el derecho a la vida en todas sus formas y etapas de desarrollo.

Pues bien, tomando en consideración los criterios utilizados para la evaluación de la argumentación, se puede afirmar que la decisión emitida por el Tribunal Constitucional español fue la más correcta y adecuada, ya que para decretar la violación del derecho de objeción de conciencia que deriva del derecho a la libertad ideológica a favor del quejoso se utilizaron dos criterios para fiscalizar la decisión, que si bien son limitados, comportan una naturaleza fundamental para calificar la corrección de la decisión, ya que implícitamente abordan principios de consistencia constitucional y de prueba científica, esenciales para la toma de decisiones en casos paradigmáticos.

Para terminar, se asume que para evaluar la corrección de las decisiones se pueden aludir al menos a dos criterios o parámetros, siempre y cuando sean fundamentales y contundentes, aunque, en nuestra opinión, se deben buscar más criterios para respaldar el sentido de las decisiones constitucionales que se lleguen a emitir; ello, a fin de eliminar, paradójicamente, cualquier duda razonable que sobre la misma se pueda esbozar por la parte afectada temporalmente en sus derechos y la misma sociedad.

VI. NOTAS SOBRE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN ENCONTRADOS EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE MÉXICO, COLOMBIA Y ESPAÑA

Como idea general, se destaca que el estudio de los tres casos de justicia constitucional de México, Colombia y España ha sido productivo para los fines de nuestra investigación por dos cuestiones; en primer lugar, porque

nos ha permitido identificar algunas tendencias en torno a los parámetros de calificación de la corrección de las decisiones constitucionales; en segundo lugar, porque hemos podido evidenciar uno de los problemas planteados al inicio del presente trabajo; esto es, que no se está justificando la elección de las teorías de la argumentación utilizadas en las sentencias (por ejemplo, en el caso de la aplicación de la teoría de Robert Alexy). Volveremos sobre este punto en la parte propositiva de la investigación; por ahora basta con identificar dicha situación.

De esta forma, cabe englobar las tendencias encontradas sobre la corrección de las decisiones en los siguientes criterios:

- Finalidades constitucionales válidas.
- Idoneidad.
- Necesidad.
- Proporcionalidad en sentido estricto.
- Terminológico.
- Jurisprudencial.
- Dignidad humana.
- Derecho comparado.
- De la duda razonable.

Como se puede observar, los criterios esbozados por los jueces en los casos estudiados son limitados; sin embargo, derivado de su ubicación, se tiene ahora una evidencia clara sobre el tipo de parámetros que algunos tribunales constitucionales están aplicando para calificar su decisión.

Dichos criterios deben ser ampliados, perfeccionados y regionalizados; así, estimamos que no es suficiente con identificarlos, sino que debemos incrementarlos y mejorarlos para que puedan ser aplicados de forma ordenada en la justicia constitucional mexicana, que nos demanda un esquema de justificación más complejo.

De modo que hemos podido corroborar que sí existen algunos parámetros viables para evaluar la argumentación jurídica, que si bien no son perfectos, sí generan un borrador útil para mejorar el proceso de toma de decisiones, que involucren posibles afectaciones a los derechos humanos. La gran tarea que se tiene ahora es establecer un esquema más sofisticado en torno a la evaluación de la argumentación jurídica; ello contribuirá a lograr un avance en el desarrollo de una teoría de la decisión judicial de alcance nacional.

Para lograr tal cometido, se necesita continuar con el análisis de casos judiciales en el seno internacional; ello nos permitirá ampliar la muestra

práctica de nuestra investigación; adicionalmente, ayudará a que se pueda presentar una postura final sobre los criterios de evaluación de la argumentación en nuestro país. Dicha postura propositiva será asumida en la parte final del presente trabajo; esto es, una vez que se hayan ubicado algunos parámetros de la justicia internacional sobre la fiscalización de las decisiones. Pues bien, veamos a dónde nos conduce el estudio de casos prácticos en la justicia internacional a efectuarse en el siguiente capítulo.