

¿QUÉ ES EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR? ENSAYO SOBRE LA JURISPRUDENCIA QUE DECLARA INCONSTITUCIONAL LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA (CANNABIS)

WHAT IS TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM? ESSAY ON THE JURISPRUDENCE THAT DECLARES UNCONSTITUTIONAL THE ABSOLUTE PROHIBITION OF THE RECREATIONAL CONSUMPTION OF MARIJUANA (CANNABIS)

Rafael Caballero Hernández*

«María teje con sus manos cataratas infinitas de razón.
Aclara la tenue visión, simplifica el dolor del corazón»

(«Las manos de María la loca», *La gusana ciega*)

«Porque siempre queda espacio para nuevas libertades...
Porque las cosas cambian y cuidado que nos vigilan
la policía de lo correcto y las buenas costumbres de hoy»

(«Porque las cosas cambian», Enrique Bunbury)

I

Desde hace algunos años, es común encontrar dentro de la teoría constitucional contemporánea el término «constitucionalismo trans-

* Subdirector de Investigación en el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: rcaballero@derecho.unam.mx

formador». Si bien esta corriente de pensamiento cobra cada día mayor vigor, lo cierto es que en nuestro país es una orientación teórica poco explorada.¹ Sabemos que su desarrollo conceptual ha surgido, principalmente, de la actividad judicial y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Sudáfrica, India y Colombia, aunque también existen importantes sentencias y estudios norteamericanos y latinoamericanos sobre el tema. En palabras del ministro presidente Arturo Zaldívar:

« [...] el constitucionalismo transformador es una corriente del pensamiento jurídico contemporáneo dirigida para detonar un cambio tangible en las condiciones materiales de vida de las personas, con la trayectoria democrática, participativa e igualitaria. Se trata de impulsar un cambio social profundo que permita cerrar una brecha histórica de desigualdad mediante la plena protección de los derechos socioeconómicos, la democracia, la coexistencia pacífica y el desarrollo de oportunidades igualitarias para todas las personas».²

En términos jurídicos, el significado de la palabra «transformación» es altamente debatible y polémico. Justamente debido a su naturaleza polisémica —esto es, el espíritu del propio concepto, lo que pueda entenderse por *transformación*—, no existe una sola definición de constitucionalismo transformador. A pesar del carácter difuso del concepto, existe un cierto grado de consenso respecto de la noción de este tipo de constitucionalismo. En este sentido, esta doctrina considera que una meta principal de la Constitución es ayudar a sanar las heridas del pasado y guiar a la sociedad hacia un mejor futuro. Para el juez constitucional sudafricano Pius Langa, la idea central de esta aproximación es que las sociedades deben *cambiar* en térmi-

¹ Como señala el ministro presidente Arturo Zaldívar: «Desafortunadamente, en México el constitucionalismo transformador había sido ignorado por nuestra doctrina y práctica jurisdiccional hasta hace muy poco tiempo. Esto es particularmente extraño porque la Constitución de 1917 ha sido considerada, con razón, como un ejemplo temprano de esta corriente del constitucionalismo». Zaldívar, Arturo, «Presentación», *Diálogos entre jueces y juezas constitucionales de América Latina: avances y desafíos del constitucionalismo transformador*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. xi.

² *Ibidem*, p. x.

nos de una *igualdad sustantiva*, un cambio cuya materialización exige que cualquier test de constitucionalidad se centre en determinar si la medida adoptada sirve para avanzar —o retardar— el igual disfrute, en la práctica, de los derechos y libertades que, si bien están reconocidos en la Constitución, no han sido alcanzados todavía.³ Se trata de una filosofía constitucional transformadora que da cuenta de la existencia de patrones de ventajas y desventajas sistemáticas basadas en la raza, el género y la situación socioeconómica, que requieren ser encaradas expresamente y superarse si se desea lograr una verdadera igualdad. Transformación significa, entonces, una revolución social y económica: requiere de una completa reconstrucción del Estado y la sociedad.⁴

La noción de transformación juega, así, un papel muy importante en la interpretación de la Constitución. Se piensa que el verdadero poder transformador de los derechos contenidos en la Constitución solo podrá ser alcanzado cuando estos sean interpretados con referencia al contexto sociocultural y económico específico de determinado país, visto de manera integral.⁵ La transformación, en este sentido, no comprende únicamente el cumplimiento de los derechos socio-económicos, sino también la provisión de un mejor y más amplio acceso a la educación y otras oportunidades mediante diversos mecanismos, incluidas las acciones afirmativas.

Desde el punto de vista de la función judicial, las cortes (constitucionales) desempeñan un rol crucial para impulsar la transformación social de las sociedades democráticas en términos de justicia social. En efecto:

«Los tribunales desempeñan un papel decisivo en el constitucionalismo transformador [...] las cortes han cumplido un rol crucial llevando a la realidad las promesas liberales e igualitarias de sus constituciones, con un énfasis muy especial en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales [...] A partir

³ Cfr. Langa, Pius, «Transformative Constitutionalism», *Stellenbosch Law Review*, 17, 2006, p. 352.

⁴ *Idem*.

⁵ *Ibidem*, p. 351.

de la interpretación de los derechos sociales, los tribunales impulsan a otros poderes a justificar sus decisiones de política gubernamental con base en un contenido robusto de los DESCAs, lo que además puede detonar un valioso proceso de deliberación interinstitucional y fomentar la responsabilidad política».⁶

Todo ello quiere decir que la justicia constitucional contribuye de manera fundamental a que las demás autoridades estatales interioricen el pleno respeto de los derechos sociales como principio rector del diseño de las políticas públicas. Desde la perspectiva del constitucionalismo transformador, por tanto, la justicia constitucional debe propiciar y garantizar la satisfacción de las necesidades materiales básicas y el respeto a la dignidad de las personas, sobre todo de las más desprotegidas y vulnerables.

El objetivo del presente ensayo es reflexionar sobre el concepto de constitucionalismo transformador. Se utilizará como ejemplo concreto la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Para, finalmente, formular algunas observaciones críticas y una toma de postura al respecto.

II

Es importante resaltar que el tema de la producción, la comercialización, la distribución y el consumo del *cannabis* en México es tan amplio como importante (y, sin duda, urgente), pues tiene que ver con la participación y deliberación ciudadana, con cuestiones legislativas, de seguridad y políticas públicas, así como de interpretación constitucional. En el fondo, como bien explica Alberto Abad Suárez, se trata de la construcción de un nuevo paradigma regulatorio de la marihuana en nuestro país desde otra racionalidad.⁷ Así, el presente

⁶ Zaldívar, Arturo, *op. cit.*, p. XI.

⁷ «Hoy nos encontramos construyendo de forma acelerada un nuevo paradigma regulatorio de la *cannabis* en México [...] Debemos proponer una regulación que respete el ejercicio integral de los derechos humanos en el México global

ensayo se limita a reflexionar sobre el aspecto relativo a la justicia constitucional; podría decirse que esta dimensión es la que tiene mayor relevancia para el Derecho y, que, a su vez, guarda una relación más estrecha con el constitucionalismo transformador. Y es que, en realidad, ya se ha producido una transformación en el modo en que la sociedad aborda el tema de la marihuana, a la que ha contribuido enormemente la discusión en sede judicial.

Como señala Suárez Ávila, el anterior paradigma prohibicionista de las políticas de drogas en México (1871-2015), el de la restricción total, se mostró altamente ineficaz y conflictivo. Éste se configuró principalmente durante el siglo XX y se caracterizó, en gran medida, por una postura internacional fuertemente influenciada por los Estados Unidos de América.⁸ En el ámbito nacional, Suárez Ávila rastrea las primeras preocupaciones sociales por las drogas en el gobierno de Antonio López de Santa Anna, y en el Código Penal de 1871, que «fue el primer ordenamiento que contempló un rubro de delitos contra la salud».⁹ Después de un proceso de gradual endurecimiento de la norma durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX, con la notable excepción del Reglamento Federal de Toxicomanía de 1940:

« [A partir de] los años cuarenta, el Gobierno mexicano se decidió por asumir el tema de las drogas desde una perspectiva criminal. Resultan alarmantes las justificaciones de tales medidas punitivas: retroceso en la madurez sexual, narcisismo y homosexualidad. De

para conseguir una convivencia menos violenta alrededor de los procesos productivos y de consumo de la *cannabis* en el país» (Suárez Ávila, Alberto Abad, *El nuevo paradigma regulatorio de la cannabis en México*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2019, p. 8).

⁸ Alberto Abad Suárez ofrece una narración pormenorizada del surgimiento y evolución de la postura prohibicionista del uso medicinal y no medicinal de la marihuana, tanto a nivel nacional como internacional, así como del interés de Estados Unidos en establecer dicho paradigma y la presión que ejerció en nuestro país y en las diversas convenciones internacionales sobre el tema. Cfr. *Ibidem*, pp. 11-25.

⁹ «Durante la segunda mitad del siglo XIX, no se diferenciaba entre consumidores de drogas y consumidores de medicamentos, por lo que aún no se manifestaba la eventual estigmatización del usuario de drogas» (*Ibidem*, p. 12).

hecho, de acuerdo con Guáqueta y Thoumi, el *cannabis* fue asociado con los inmigrantes mexicanos. Esto con la intención de que no solo fuese una actividad que se tenía que resolver en hospitales, sino por los ministerios públicos; es decir, más en la cárcel que en centros de rehabilitación. Se arraigó una conciencia intolerante y penalizadora en el ámbito judicial».¹⁰

Ahora bien, entrado ya el siglo XXI, dos eventos marcaron un cambio de rumbo tanto en la percepción como en la regulación del consumo lúdico de marihuana:¹¹

- 1) El 22 de febrero de 2019 fueron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* nueve tesis jurisprudenciales aprobadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativas a la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana, a su ineficiencia y falta de proporcionalidad como medida para proteger la salud y el orden público y a su conflicto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- 2) El 19 de junio de 2017 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal que instruye a la Secretaría de Salud para regular la siembra, cultivo y cosecha para el uso médico y científico de los derivados farmacológicos de la *cannabis*, así como la investigación, producción nacional e importación de los mismos.

Para efectos del presente ensayo, me enfocaré en el primero de dichos eventos. En este sentido, la jurisprudencia sobre el uso recreativo de la marihuana se creó mediante la modalidad de reiteración de criterios, esto es, cinco criterios en el mismo sentido sin interrupción por uno en contrario (artículo 222 de la Ley de Amparo). Las tesis jurisprudenciales fueron el resultado de la acumulación de cinco fallos de amparo en revisión en el mismo sentido que se ve-

¹⁰ *Ibidem*, p. 19.

¹¹ *Ibidem*, p. 7.

nían resolviendo desde noviembre de 2015. El primero de ellos fue el amparo en revisión 237/2014, el 4 de noviembre de 2015 —conocido como el caso SMART—, en el que cuatro personas integrantes de la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, la expedición de una autorización para el consumo personal y la regulación con fines meramente lúdicos o recreativos del estupefaciente *cannabis* y del psicotrópico tetrahidrocannabinol (THC), en conjunto conocidos como marihuana. Asimismo, estas personas solicitaron también una autorización para ejercer los derechos correlativos al autoconsumo de marihuana: la siembra, el cultivo, la cosecha, la preparación, el acondicionamiento, la posesión, el transporte, el empleo, el uso y, en general, todo acto relacionado con el consumo lúdico y personal de dicho estupefaciente, excluyendo expresamente los actos de comercio (distribución, enajenación y transferencia). La Cofepris denegó dichas solicitudes, ya que ambas sustancias están prohibidas en todo el territorio del país. De modo que estas cuatro personas promovieron juicio de amparo indirecto contra dicha resolución. El juez de distrito resolvió negar el amparo; inconformes, los promoventes presentaron recurso de revisión, que fue remitido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda vez que subsistía un problema de constitucionalidad. Finalmente, la Suprema Corte estimó que el sistema de prohibición administrativa de las actividades relacionadas con el uso personal de *cannabis* resultaba inconstitucional por ser violatorio del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A partir de este criterio «transformador», en un periodo de cinco años se resolvieron otros cuatro casos similares en los que se utilizaron los mismos criterios. El segundo de ellos derivó del amparo en revisión 1115/2017, cuando la SCJN amparó al abogado Ulrich Richter en su demanda contra de la expedición y promulgación de los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud. Ulrich también había solicitado a la Cofepris autorización para consumir marihuana de manera recreativa, regular y personal, así como sembrarla, cultivarla, cosecharla, prepararla, poseerla y transportarla sin ningún fin comercial o de distribución. El tercer criterio devino del

amparo en revisión 623/2017; y el cuarto y quinto de los amparos en revisión 547/2018 y 548/2018, respectivamente. En todos ellos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo recreativo de marihuana. Estos cinco criterios sirvieron para integrar nueve diferentes jurisprudencias, cuyos rubros son los siguientes:

Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. No es una medida necesaria para proteger la salud y el orden público. 1a./J.25/2019 (10a.). Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. No es una medida proporcional para proteger la salud y el orden público. 1a./J.9/2019 (10a.). Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas. 1a./J.7/2019 (10a.). Inconstitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de marihuana prevista por la ley general de salud. 1a./J.10/2019 (10a.). Derechos de terceros y orden público. Constituyen límites externos del derecho al libre desarrollo de la personalidad. 1a./J.6/2019 (10a.). Derecho a la protección de la salud. Dimensiones individual y social. 1a./J.8/2019 (10a.). Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Su dimensión externa e interna. 1a./L.4/2019 (10a.). Derecho al libre desarrollo de la personalidad. La prohibición para el autoconsumo de marihuana contenida en la Ley General de Salud incide *prima facie* en el contenido de dicho derecho fundamental. 1a./J.3/2019 (10a.). Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Brinda protección a un área residual de libertad que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas. 1a./J.4/2019 (10a.).¹²

A grandes rasgos, el itinerario argumentativo que siguió la Suprema Corte consistió, en primer término, en reconocer que la Constitución contempla el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que brinda protección a un *área residual de libertad* que no se encuen-

¹² Nuevamente, para un análisis pormenorizado de la metodología argumentativa de la Suprema Corte, véase Suárez Ávila, Alberto Abad, *op. cit.*, pp. 28-34. Asimismo, cfr. Flores, Imer y Márquez Gómez, Daniel, «Tercera llamada, tercera... hacia un modelo de regulación de los diversos usos del *cannabis* en México», en I. Flores (ed.), 4 20. *Momento de regular el cannabis y revisar la política de drogas en México y en el mundo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2020, pp. 209-213.

tra cubierta por las otras libertades públicas; de tal modo que la protección que otorga este derecho no solo comprende las decisiones para garantizar la autonomía de las personas (en el caso concreto, consumir marihuana de manera recreativa), sino también las acciones necesarias para materializar esa decisión. En segundo lugar, la Suprema Corte realizó un test de proporcionalidad para dilucidar si la prohibición contemplada en la Ley General de Salud es una medida que obedece a un límite constitucional válido, y si esta es idónea, necesaria y proporcional. La Corte llegó a la conclusión de que, si bien la protección de la salud y medidas prohibicionistas tienen fines constitucionales, «la prohibición del consumo de marihuana, por la mera autodegradación moral que implica, no persigue un fin legítimo, por lo que debe descartarse como justificación constitucionalmente permitida para limitar un derecho».¹³ Veamos lo que establece la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 10/2019 (10ª.):

«[...] las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos —sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar— del estupefaciente “*cannabis*” (sativa, índica y americana o marihuana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico “THC” [tetrahidrocannabinol] [...] en conjunto conocido como “marihuana”, son inconstitucionales, toda vez que provocan una afectación innecesaria y desproporcionada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la medida no es necesaria debido a que existen medios alternativos a la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana que son igualmente idóneos para proteger la salud y el orden público, pero que afectan en menor grado al derecho fundamental en cuestión; asimismo, la ley ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida».

Finalmente, es muy importante resaltar que uno de los efectos de esta jurisprudencia —que se convierte en la interpretación obligato-

¹³ Suárez Ávila, Alberto Abad, *op. cit.*, p. 31.

ria de la norma para todo el poder judicial mexicano— es continuar con el proceso de *declaratoria general de inconstitucionalidad* (artículo 107, fracción II de la CPEUM), que representa la posibilidad de que la Suprema Corte pueda expulsar del ordenamiento jurídico nacional las normas que considere contrarias a la Constitución. Esto sucedió el 31 de enero de 2019 mediante el expediente 1/2018, que «se admitió a trámite y se ordenó enviar al Congreso de la Unión las resoluciones dictadas en los amparos en los que se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, párrafo último, 237, 245, fracción 1, 247, párrafo último, y 248 de la Ley General de Salud, para su modificación o derogación. La notificación del expediente de inconstitucionalidad al Congreso fue el 13 de febrero de 2019».¹⁴

III

Considero que las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación estudiadas en este ensayo, así como la jurisprudencia derivada de las mismas, pueden constituir un ejemplo de un constitucionalismo transformador. Desde mi perspectiva, estas jurisprudencias marcan un cambio en el ordenamiento jurídico mexicano considerando el entorno socio-político y económico del momento y la necesidad de adecuarlo a la nueva realidad e idiosincrasia del México actual (es decir, a su cultura); de este modo, se otorga a las personas una verdadera representación de sus intereses, pasatiempos y cosmovisiones, tomando como base el derecho al libre desarrollo de la personalidad —que no está exento de polémica y críticas, pero que ha servido para encauzar este nuevo paradigma—.

¿Teníamos una deuda pendiente con la marihuana? Me parece que sí. Se trata de una planta (estupefaciente o sustancia) que fue históricamente estigmatizada, y cuyas propiedades y verdaderos alcances apenas estamos indagando a plenitud. Me refiero no sólo a su aspecto medicinal, sino también a su dimensión cultural y antropológica. Existía una falta de protección (y respeto) hacia las diversas

¹⁴ *Ibidem*, pp. 33-34.

cosmovisiones de las personas que la consumen de manera lúdica, recreativa e incluso espiritual. Además, si hoy hablamos de una despenalización en su autoconsumo se debe, sin duda, al gran empuje de la sociedad: su presencia cada vez mayor en la vida de un amplio sector de la sociedad. Por ello, el reconocimiento jurídico de su autoconsumo lúdico me parece *transformador*, pues rompe con la inercia de más de un siglo de paradigma prohibicionista (y de injerencia ideológica externa, sobre todo estadounidense). Se trata de una visión que, si bien supone una ruptura con las regulaciones internacionales, reconoce una demanda social nacional. Como bien explica Alberto Abad Suárez, nos coloca en el camino de la construcción de un nuevo paradigma, del debate sobre su regulación legislativa, el problemático aspecto comercial y de salud pública, y el análisis de la experiencia comparada. Todo esto, a la larga, generará un cambio radical en nuestra relación con el *cannabis* y otros estupefacientes similares. Es todo un reto, sin duda, pero debemos afrontarlo.

Hoy podemos felicitarnos porque muchas personas que se encontraban en estado de vulnerabilidad sólo por su afición (legítima) al consumo recreativo de marihuana ya no lo estarán. Me refiero a las miles de personas que fueron violentadas bajo el amparo de la Ley de Narcomenudeo, que como ha sido ampliamente documentado, fomentaba la detención de consumidores pacíficos en la búsqueda de «chivos expiatorios», en el marco de una estrategia fallida. Desde este punto de vista, la jurisprudencia en comento también es transformadora porque permite proteger a un sector de la población que, hasta ahora, era vulnerable. Espero que podamos avanzar hacia un consumo lúdico y recreativo consciente, razonable y pacífico.