

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN EL AMPARO EN REVISIÓN 547/2014.

En sesión de siete de abril de dos mil dieciséis, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió confirmar la sentencia de 15 de noviembre de 2013 dictada por el Juez Segundo de Distrito en Materia Administrativa del entonces Distrito Federal, en la cual se negó el amparo a una sociedad civil en contra de la prohibición de desarrollar y comerciar medicamentos hechos a base de marihuana.¹ El amparo tampoco fue concedido en contra de la negativa de la autorización para desarrollar dichas actividades emitida por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, con sustento en la prohibición normativa referida.

La mayoría de mis compañeros Ministros votó por confirmar la sentencia impugnada y negar el amparo a la sociedad quejosa, toda vez que coincidió con el Juez de Distrito en que la persona moral no es titular de los derechos fundamentales que alegó para impugnar la prohibición administrativa.

A pesar del pleno respeto que me merece el criterio mayoritario, no comparto esta decisión. Desde mi punto de vista, si bien es cierto que una persona moral no puede ser titular de diversos derechos alegados por la sociedad quejosa—como es el caso de los derechos de identidad personal, dignidad humana, derecho a la salud, entre otros—, estimo que en el caso era posible identificar un derecho afectado que sí puede ser ejercido por una persona moral, y que además fue reclamado en la demanda de garantías: la libertad de comercio.

¹ Contendida en los artículos 235 en su último párrafo, 237, 245, fracción I, 247 en su último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud

Lo anterior permitía analizar el problema a través del test de proporcionalidad como un conflicto entre derechos fundamentales: por un lado, el derecho a la salud que constituye la finalidad constitucional de la medida legislativa impugnada; y por otro lado, un derecho fundamental del que sea titular la persona moral que esté siendo afectado por las disposiciones impugnadas.

En este orden de ideas, me permito exponer los términos en los que, desde mi óptica, era posible estudiar el asunto y dar respuesta a la cuestión planteada por la sociedad quejosa.

I. La prohibición de comerciar marihuana con fines medicinales contraviene el derecho a la salud de los enfermos

De manera preliminar, creo que es pertinente apuntar lo siguiente: si bien la quejosa no puede alegar una violación a un derecho del que no es titular, esto no significa que la medida no contravenga el derecho a la salud de los enfermos que podrían obtener de la marihuana un efecto terapéutico. En concreto, me parece que el impedir el acceso a la marihuana con fines medicinales sí viola el derecho a la salud, pero el derecho a la salud de los enfermos, no de las empresas.

En efecto, el derecho a la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de todos los demás derechos,² consistente en el derecho de todas las personas al disfrute

² Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, **Observación general 14**, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párrafo 1.

del más alto nivel posible de salud física y mental, el cual impone al Estado deberes de respeto, cumplimiento y protección.³

Desde esta perspectiva, es innegable que el Estado tiene la obligación de garantizar la disponibilidad de aquellas condiciones necesarias para que las personas alcancen dicho nivel de bienestar. Evidentemente, esto implica que todas las personas, sin distinción, deban tener acceso a las medicinas y tratamientos que les permitan combatir sus afectaciones.

Si, como está demostrado, la marihuana tiene un efecto terapéutico, me parece que la prohibición a su comercialización con estos fines constituye un total despropósito. ¿Cómo se pretende proteger la salud de las personas, a través de una política que les impide acceder a una sustancia que puede ayudarles a combatir su enfermedad o, al menos, a disminuir sus afectaciones?

Desde mi punto de vista, la prohibición absoluta de la marihuana medicinal limita desproporcionadamente el derecho a la salud de muchas personas que de manera cotidiana deben soportar un sufrimiento innecesario, ya sea provocado por un virus sumamente agresivo, por un padecimiento neurológico o, en ocasiones, por una enfermedad terminal. Es en estos casos donde encuentro una clara violación al derecho a la salud.

No cabe duda que la prohibición es una medida que arrebató a todas esas personas cualquier posibilidad de acceder a una solución médica para frenar el deterioro físico y emocional que padecen. Es en este

³ Observación General 14, *op. cit.*, párrafo 4.

sentido que, desde mi punto de vista, la prohibición vulnera el derecho humano a la salud pero de los enfermos.

II. La libertad de comercio

Con todo, la persona que solicitaba evaluar la constitucionalidad de la medida no es una persona enferma, sino una empresa que quiere desarrollar y comercializar medicamentos creados a base de marihuana. Naturalmente, en este caso la persona moral no es titular del derecho a la salud.

Sin embargo, como lo expresé antes, **existe otro derecho que sí fue invocado por la quejosa desde el cual puede redirigirse el estudio de la prohibición** a la investigación, producción y comercialización de medicamentos creados a base de marihuana: **la libertad de industria o comercio.**

En este sentido, considero que del propio acto reclamado y de la demanda de amparo, es posible desprender en causa de pedir que la pretensión de la empresa quejosa es impugnar la prohibición que le impone la Ley General de Salud de **participar en el mercado de los productos de la salud**, particularmente en lo que se refiere a la investigación, producción y comercialización de medicamentos creados a base de marihuana.

En efecto, en la **solicitud de autorización sanitaria**, clara y expresamente se señala que se requiere autorización para **“comercializar medicamentos a base de Cannabis Sativa”**. Así, se indica que la empresa solicita que se le permita realizar todas las actividades necesarias (sembrar, cultivar, cosechar, adquirir,

transportar) para desarrollar y comercializar medicamentos y tratamientos a base de marihuana. En la respuesta a dicha solicitud, la Cofepris informa a la solicitante que no podía expedir la autorización requerida, pues de acuerdo a la Ley General de Salud quedaba prohibida la realización de cualquier actividad relacionada con la cannabis, incluida su comercialización. Por tanto, es evidente que lo que se duele la quejosa es de la negativa recaída a dicha solicitud, en la que se le niega la autorización para realizar dichos actos de comercio.

Además, cuando la empresa quejosa señala en la demanda de amparo que se le impide la posibilidad de proporcionar medicamentos a los enfermos, lo que realmente está denotando es una **afectación propia** derivada de que se le niega el acceso a la investigación, producción y el comercio de estas sustancias en un mercado regulado.

Así, en distintas partes de su demanda la quejosa enfatiza que la medida limita indebidamente el acceso a la producción y comercialización de un remedio para numerosos padecimientos de salud. En este orden de ideas, **la quejosa subraya que la política prohibicionista restringe desproporcionadamente el acceso a insumos útiles y eficientes en el mercado.** Asimismo, señala que la prohibición absoluta a la libre investigación, desarrollo y comercialización **provoca una pérdida de la oportunidad de investigar y desarrollar medicamentos nuevos y efectivos para tratar padecimientos reales.**

En este sentido, **la quejosa enfatiza que tiene la voluntad y los recursos para conducir investigaciones serias acerca de la marihuana, así como para introducirla en el mercado.** A pesar de

ello, se duele de que con la cantidad hoy permitida no podrían desarrollarse estudios serios sobre el uso terapéutico de la marihuana. De esta forma, a juicio de la quejosa, **la prohibición absoluta termina por distorsionar el mercado, provocando inclusive un mercado negro de la sustancia.**

Por otra parte, la quejosa enfatiza que la prohibición absoluta del Estado constituye una intervención excesiva por parte del Estado, e insiste en que provoca que se remueva del mercado una sustancia útil con base en un riesgo mínimo. Al respecto, la farmacéutica subraya en su demanda de amparo que existen otras medidas estatales que serían más respetuosas de los derechos humanos, entre las que se encuentra principalmente **la regulación del mercado.**

En suma, es muy claro que, a juicio de la quejosa, la concesión del amparo comportaría un beneficio en su esfera jurídica, toda vez que le permitiría investigar, desarrollar y comercializar libremente medicamentos y tratamientos médicos a base de cannabis. Como se observa, a partir de todos estos planteamientos **podemos derivar como causa de pedir la afectación que resiente la parte quejosa a su libertad de industria o comercio,** provocada por la prohibición contenida en las normas impugnadas.

En este sentido, partiendo de la causa de pedir contenida en la demanda de amparo, más allá de que el quejoso haya utilizado la denominación “derecho a la salud” para referirse al derecho cuya violación alegó, considero que **se debió identificar a la libertad de empresa o comercio** —derecho fundamental del que sí pueden ser titulares las personas morales y que se encuentra limitado por la medida legislativa impugnada que pretende proteger el derecho a la

salud— **como el derecho afectado por la medida legislativa impugnada** y realizar un test de proporcionalidad sobre la medida impugnada mediante el que se determine si la restricción al mencionado derecho se encuentra justificada a la luz del principio constitucional que se pretende conseguir, es decir, la protección de la salud de la ciudadanía.

III. La prohibición de comerciar marihuana con fines medicinales frente a la libertad de comercio

De acuerdo con lo anterior, el argumento que sí es susceptible de análisis consiste en determinar si la prohibición a la investigación, producción y comercialización de medicamentos creados a base de marihuana, es contraria a la libertad de industria o comercio contenida en el artículo 5º constitucional.

Así, creo que lo que debemos analizar es, en primer lugar, si la actividad que pretenden los quejosos está protegida por este derecho, es decir, si la norma incide en el *alcance* o contenido *prima facie* de la libertad de industria o comercio⁴ y, si ello es así, determinar si tal intervención resulta justificada a la luz del test de proporcionalidad.

1. La medida legislativa limita el contenido *prima facie* de la libertad de comercio

Para determinar si la medida afecta al menos *prima facie* el derecho en cuestión, es preciso determinar su alcance y contenido. En ese sentido, la libertad de comercio o de empresa se encuentra protegida

⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, p. 45.

por el artículo 5 constitucional, el cual señala en la parte que interesa que:

Artículo 5. **A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.** El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La **libertad de comercio o de empresa** puede entenderse como el derecho de los particulares a participar en la economía de mercado, a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios, con el propósito de obtener un beneficio o ganancia.⁵

Esta libertad implica, por un lado, el derecho a participar en el mercado de bienes y servicios (Artículo 5° constitucional), y por otro, el deber del Estado de procurar la libre concurrencia o sana competencia (Artículo 28 constitucional).

Evidentemente, la prohibición a la investigación, producción y comercialización de medicamentos creados a base de marihuana constituye **un obstáculo jurídico para que la quejosa ejerza su libertad de empresa y comercio, pues le impide introducir al mercado un determinado bien, y le imposibilita la realización de cualquier actividad comercial a partir de dicha sustancia.**

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-263/11. En ese mismo sentido, Díez Picazo, p. 510.

En ese sentido, considero que la medida establecida por las normas impugnadas **sí afecta, al menos *prima facie*, la libertad de industria o comercio de la quejosa.**

No obstante, como no podría ser de otra manera, estas libertades económicas no son absolutas, en tanto pueden ser limitadas con la finalidad de perseguir algún objetivo constitucionalmente válido. Al respecto, resulta importante identificar los *límites* a este derecho que han sido reconocidos por este Alto Tribunal.

En tal sentido, esta Suprema Corte ha señalado que “la garantía de libre comercio no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que requiere que la actividad que realice el gobernado sea lícita, es decir, que esté permitida por la ley; y, por el otro, que el propio precepto establece que su ejercicio sólo puede limitarse en dos supuestos: por determinación judicial, cuando se lesionen los derechos de tercero, o bien, por resolución gubernativa en los casos específicos que marque la ley, siempre y cuando se ofendan los derechos de la sociedad.”⁶

Como se advierte, la libertad de empresa puede intervenir de distintas maneras: 1) impidiendo la comercialización de determinados bienes o servicios al considerar que estos son ilícitos, o bien, 2) regulando la forma en que deben desarrollarse las actividades comerciales con el objeto de proteger el orden público y los derechos de terceros.

Es importante precisar que **la licitud o ilicitud de las actividades comerciales no puede determinarse de forma caprichosa**. Por el contrario, el impedir el acceso al mercado constituye una de las

⁶ Amparo en revisión 2352/97.

mayores afectaciones a la libertad de empresa por lo que dicha decisión también debe estar sustentada en consideraciones de orden público y/o derechos de terceros.

Como puede observarse, se trata de límites externos al derecho que funcionan como cláusulas que autorizan al legislador a intervenir en la libertad de comercio para perseguir esos fines.⁷

Sin embargo, como ya ha dicho esta Corte, para que sean constitucionales las intervenciones que se realizan al amparo de un límite a un derecho, éstas deben cumplir con ciertas características: deben ser *idóneas* para proteger los derechos de terceros y/o el orden público; y no deben limitar de manera *innecesaria y desproporcionada* el derecho en cuestión. Dicho de otra manera, la medida que se analice tiene que superar un examen de proporcionalidad en sentido amplio.

2. Análisis de proporcionalidad de la medida legislativa

Como indique, para determinar si la medida impugnada es constitucional, es necesario analizarla a la luz del test de proporcionalidad. En tanto no se trata de una afectación al derecho de igualdad o libertad de expresión, las normas deben ser enjuiciadas a la luz de un escrutinio estándar.

A partir de este test considero que la prohibición absoluta al comercio de marihuana, limitado a fines medicinales, es una medida innecesaria pues existen medidas alternativas para alcanzar los objetivos que se

⁷ Sobre esta manera de entender la forma en la que operan los *límites externos* a los derechos, véase Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 222

persiguen y al mismo tiempo afectan en menor proporción el derecho en cuestión. Me explico.

a. La medida persigue una finalidad constitucionalmente válida

En primer lugar advierto que en el caso de la prohibición de la investigación, producción y comercialización de medicamentos creados a base de marihuana, el legislador **tuvo como propósito el eliminar el riesgo de su abuso o uso indebido,⁸ y evitar a través de dicha medida los graves problemas que su consumo representa para la salud y el orden público.**

Tal determinación legislativa se sustentó, por un lado, en la premisa de que la marihuana tiene un nulo o escaso valor terapéutico, y por otro, en la idea de que su consumo con otros fines genera afectaciones a la salud y el orden público. Por tanto, a juicio del legislador resulta preferible “evitar el riesgo” de que la sustancia genere dichos daños frente al beneficio de su mínimo valor medicinal.

Así, parece claro que la prohibición de las actividades necesarias para la comercialización de la **marihuana** con fines medicinales, **tiene como propósitos procurar la salud de los *consumidores de drogas* y proteger a la *sociedad* de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de las drogas.** Como se señaló en el amparo en revisión 237/2014, resuelto recientemente por la Primera Sala de esta Suprema Corte, la protección de la salud y el orden público son *finalidades* constitucionalmente válidas.

⁸ Así se puede advertir del artículo 245 de la Ley General de Salud.

b. Idoneidad de la medida

Ahora bien, ¿tal prohibición es adecuada o constituye un medio idóneo para alcanzar dichos propósitos? Es decir, ¿de algún modo o en algún grado, la investigación, desarrollo y comercialización de marihuana con fines terapéuticos puede generar daños a la salud o al orden público?

Como referí, la medida descansa en dos premisas de carácter empírico: i) que la sustancia no tiene valor terapéutico y ii) que de permitirse su comercialización se puede incurrir en su abuso y uso indebido y, en consecuencia, generarse los daños asociados al consumo de marihuana con fines no medicinales.

Por tanto, para que la prohibición sea idónea para proteger la salud y el orden público, debe corroborarse alguna de dichas premisas: i) que no debe permitirse su uso medicinal pues no lo tiene, o bien, que a pesar de tenerlo, ii) su liberalización podría generar algún daño asociado a su consumo.

i) Valor terapéutico de la sustancia

En efecto, aunque la Ley General de Salud permite la comercialización de otras drogas con fines terapéuticos, excluyó de dicha actividad a aquellas que el legislador ubicó como no medicinales, entre estas la marihuana.

No obstante, el legislador partió de una premisa errónea pues la sustancia sí tiene efectos terapéuticos. En el ámbito científico no parece haber mucha discusión sobre este tema.

De acuerdo con la literatura especializada, la marihuana está compuesta de numerosas sustancias químicas, por lo que no puede esperarse que produzca un efecto único.⁹ Por el contrario, debe partirse de que es susceptible de generar consecuencias muy diversas, algunas de las cuales no son deseables.

Sin embargo, no por ello la ciencia ha renunciado a la tarea de evaluar si ese conjunto de efectos puede resultar útil para aminorar el sufrimiento y mejorar la calidad de vida de personas que padecen enfermedades graves, y en algunos casos terminales.¹⁰ Gracias a ello, los estudios señalan actualmente que **la marihuana es una sustancia que tiene un importante potencial terapéutico.**

Es por eso que se han desarrollado numerosas aplicaciones medicinales de esta sustancia, que han demostrado ser efectivas en el tratamiento de varias afectaciones a la salud.¹¹ De esta forma, los estudios validan que la marihuana es útil para tratar síntomas como el dolor crónico y agudo producido por el VIH,¹² o las náuseas y el vómito

⁹ De la Fuente, Juan Ramón, *et al.*, *Marihuana y salud*, pág. 342.

¹⁰ De la Fuente, Juan Ramón, *et al.*, *Marihuana y salud*, pág. 342.

¹¹ De la Fuente, Juan Ramón, *et al.*, *Marihuana y salud*, FCE, México, 2015, pp. 333 y ss.; Backes, Michael, *Cannabis Pharmacy. The Practical Guide to Medical Marijuana*, Black Dog & Leventhal Publishers New York, s.a.e.; Pertwee, Roger G. (ed.), *Handbook of Cannabis*, Oxford University Press, United Kingdom, 2014; Bostwick, Michael J., "Blurred Boundaries: The Therapeutics and Politics of Medical Marijuana", *Mayo Clinic*, vol. 87, núm. 2, 2012, pp. 172-186

¹² Notcutt, W. *et al.*, "Initial Experiences with Medicinal Extracts of Cannabis for Chronic Pain: Results from 34 N of 1 Studies", *Anaesthesia*, vol. 59, núm. 5, 2004, pp. 440-452; Noyes, R. *et al.*, "The Analgesic Properties of Delta-9-Tetrahydrocannabinol and Codeine", *Clinical Pharmacology and Therapeutics*, vol. 18, núm. 1, 1975, pp. 84-89; Backes, Michael, *op. cit.*; F. Grotenhermen y K. Müller Vahl, *op. cit.*, Raft, D., *et al.*, "Effects of Intravenous Tetrahydrocannabinol on Experimental and Surgical Pain: Psychological Correlates of the Analgesic Response", *Clinical Pharmacology and Therapeutics*, vol. 21, núm. 1, 1977, pp. 26-33; Wade, D. T. *et al.*, "A Preliminary Controlled Study to Determine Whether Whole-Plant Cannabis Extracts Can Improve Intractable Neurogenic Symptoms", *Clinical Rehabilitation*, vol. 17, núm. 1, 2003, pp. 21-29; Ware, M.A. *et al.*, "Smoked Cannabis for Chronic Neuropathic Pain: A Randomized

causados por las quimioterapias aplicadas a pacientes con cáncer.¹³ El cáncer y el VIH, vale la pena destacar, son hoy más que nunca importantes obstáculos al ejercicio del derecho a la salud, de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.¹⁴

Adicionalmente, el cannabis ha probado eficacia tratando patologías más complejas como la esclerosis múltiple degenerativa¹⁵ y cuadros como el síndrome de Gilles de la Tourette.¹⁶ Inclusive, los estudios señalan que la marihuana tiene un papel fundamental como tratamiento paliativo en pacientes terminales, permitiéndoles mitigar el sufrimiento innecesario.¹⁷ Por lo demás, existen numerosas líneas de investigación explorando nuevas aplicaciones de la marihuana medicinal en patologías como el cáncer, la diabetes, el glaucoma, la depresión o la isquemia cerebral.¹⁸

Controlled Trial”, *Canadian Medical Association Journal*, vol. 182, núm. 14, 2010, pp. e694-e701

¹³ N. Bartlett y B. Koczwara, “Control of Nausea and Vomiting after Chemotherapy: What is the Evidence”, *Internal Medicine Journal*, vol. 32, núm. 8, 2002, pp. 401-407.

¹⁴ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), párrafo 10.

¹⁵ F. Correa *et al.*, “Cannabinoid System and Neuroinflammation: Implications for Multiple Sclerosis”, *Neuroimmunomodulation*, vol. 14, núms. 3-4, 2007, pp. 182-187; D.J. Petro, “Marihuana as a Therapeutic Agent for Muscle Spasm of Spasticity”, *Psychosomatics*, vol. 21, núm. 1, 1980, pp. 81-85; C. Vaney *et al.*, “Efficacy, Safety and Tolerability of an Orally Administered Cannabis Extract in the Treatment of Spasticity in Patients with multiple sclerosis: a randomized, double-blind, placebo-controlled, crossover Study”, *Multiple Sclerosis*, vol. 10, núm. 4, 2004, pp. 417-424; Zajicek *et al.*, “Cannabinoids in Multiple Sclerosis (CAMS) Study: Safety and Efficacy Data for 12 months follow-up”, *Journal of Neurology, Neurosurgery and Psychiatry*, vol. 76, núm. 12, 2005, pp. 1664-1669.

¹⁶ De la Fuente, Juan Ramón, *et al.*, *Marihuana y salud*, pág. 342.

¹⁷ A.J. Green y K. de Vries, “Cannabis Use in Palliative Care: An Examination of the Evidence and the Implications for Nurses”, *Journal of Clinical Nursing* 19, (17-18): 2454-2462, 2010, citado en: De la Fuente, Juan Ramón, *et al.*, *Marihuana y salud*, pág. 342

¹⁸ De la Fuente, Juan Ramón, *et al.*, *Marihuana y salud*, pág. 344.

En suma, el grueso de la literatura especializada coincide en la marihuana tiene múltiples aplicaciones terapéuticas. Además, los estudios acreditan que la marihuana es efectiva en el tratamiento de estos padecimientos.

Por tanto, no parece que esté justificada la consideración del legislador consistente en negar su nulo o escaso valor terapéutico. No obstante, como expliqué, el legislador también partió de la idea de que la liberalización de la marihuana, aun con estos acotados propósitos, podría causar su abuso o uso indebido y, en consecuencia, generar los daños asociados a su consumo lúdico.

ii) *Riesgos asociados a la investigación, producción y comercialización de medicamentos creados a base de marihuana*

Evidentemente siempre existe un riesgo de que las sustancias controladas se usen para fines distintos a los que fueron autorizados. Es decir, que se haga un mal uso de los fármacos que requieren prescripción médica, o bien, que se genere un mercado negro paralelo a la comercialización legal del estupefaciente. Sin embargo, dicho riesgo o posibilidad aisladamente considerado, no constituye una justificación suficiente para impedir el comercio, es preciso demostrar a través de evidencia técnica o científica que el abuso o uso indebido de la droga efectivamente genera daños a la salud o el orden público.

Como la Primera Sala de esta Suprema Corte explicó en el amparo en revisión 237/2014, el uso indebido de la marihuana normalmente se asocia con afectaciones a la salud; generación de dependencia;

propensión a utilizar drogas “más duras”; e inducción a la comisión de otros delitos.

Tal y como se concluyó en dicho precedente, a partir de más de 100 fuentes científicas, **si bien la marihuana no es una sustancia inocua, su consumo genera daños a la salud y al orden público menores a los que se pensaba.**

En efecto, se explicó que de acuerdo a diversas fuentes, **la marihuana produce los *mismos daños* respiratorios que cualquier otra sustancia fumada,¹⁹ y que resulta *menos dañina* que otras sustancias como el opio, las anfetaminas, el alcohol o los barbitúricos.²⁰** En este orden de ideas, diversos reportes concluyen que el peligro de la marihuana se ha “sobreexposto”,²¹ y generalmente subrayan que esta sustancia tiene un nivel de toxicidad extremadamente bajo.²² Por lo demás, también existen estudios que señalan que los efectos normalmente considerados “crónicos” son esencialmente *reversibles* después de que se suspende el consumo por un período variable de tiempo.²³

¹⁹ Al respecto, véase Royal College of Physicians of London, *Cannabis and Cannabis-Based Medicines. Potential Benefits and Risks to Health*, Londres, 2005, p. vii; Joy, E Janet, Watson, Stanley, y Benson, John A (eds.), *Marijuana and Medicine: Assessing the Science Base*, Washington, D.C., National Academy Press, 1999, pps. 5-6.

²⁰ Ballotta, Danilo, Bergeron, Henri, y Hughes, Brendan, “Cannabis Control in Europe”, en Sharon Rödnér Sznitman, Börje Olsson, Robin Room (eds.), *A Cannabis Reader: Global Issues and Local Experiences, Perspectives on Cannabis Controversies, Treatment and Regulation in Europe*; Lisboa, EMCDDA, 2008, pps. 107-108; y *Report by the Advisory Committee on Drug Dependence*, *op. cit.*

²¹ Ballotta, Bergeron, y Hughes, *op. cit.*, p. 108.

²² Ashton, *op. cit.*, p. 104.

²³ A manera de ejemplo, véanse Solowij, Nadia, *Cannabis and Cognitive Functioning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pps. 47, 79 y 169; y Pope, Harrison G., Gruber, Amanda J., Hudson, James I., Huestis, Marilyn A. y Yurgelun-Todd, Deborah, “Neuropsychological Performance in Long-term Cannabis Users”, *Archives of General of Psychiatry*, 2001, vol. 58, núm. 10, p. 909.

También se mostró que **existe un bajo grado de probabilidad de que la marihuana produzca dependencia**, que se ubica alrededor del 9% de quienes la consumen.²⁴ En efecto, de acuerdo con estas investigaciones no sólo pocos usuarios de marihuana desarrollan adicción, sino que además la posibilidad de que el consumo desencadene la dependencia está sujeto a diversos factores preexistentes como son desórdenes conductuales y de personalidad.²⁵

No obstante, no se logró mostrar que el consumo de marihuana influyera en el aumento de la criminalidad, pues aunque el consumo se asocia a consecuencias antisociales o antijurídicas, éstas pueden explicarse por otros factores, como al contexto social del consumidor o al propio sistema punitivo la droga. Con todo, como se señaló en el amparo en revisión 237/2014, los estudios analizados sí permiten concluir que el consumo de marihuana entre los conductores es un factor que aumenta la probabilidad de causar accidentes vehiculares.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, considero que sí existe evidencia para considerar que el consumo de marihuana causa diversas afectaciones en la salud de las personas y en el orden público, aun cuando estos daños puedan calificarse de baja entidad o probabilidad.

En este sentido, la prohibición de la comercialización de marihuana con fines medicinales sí constituye una medida idónea para evitar el riesgo de que se abuse de la sustancia o se use con fines lúdicos y, en consecuencia, se generen los daños a la salud y el orden público a los que me he referido.

²⁴ Caulkins, Hawken, Kilmer y Kleiman, *op. cit.*, p. 66.

²⁵ Joy, Stanley, Watson, y Betson, *op. cit.*, p. 6.

c. Necesidad de la medida

Sin embargo, el impedir la investigación, desarrollo y comercialización de la marihuana con fines medicinales no es una medida *necesaria* para proteger la salud y el orden público, ya que existe una medida alternativa que es más idónea para alcanzar los propósitos que se persiguen, al tiempo de afectar en menor proporción la libertad de industria o comercio. Esta alternativa consisten en regular la comercialización de marihuana para que efectivamente se use con fines médicos, tal y como el legislador ha considerado tratándose de otras sustancias igualmente dañinas, o bien, de la forma en que se ha permitido su comercialización en el derecho comparado.

Con esto no quiero decir que el legislador se encuentre obligado a regular de forma idéntica las actividades relacionadas al uso de marihuana con fines terapéuticos, toda vez que las restricciones al consumo deben ponderarse de acuerdo a las características de cada sustancia.

En relación con la forma en que el legislador ha permitido el **uso terapéutico de otras sustancias** igualmente dañinas, el artículo 237²⁶ prohíbe cualquier actividad productiva, de distribución o de comercio del cannabis, incluyendo sus aplicaciones médicas.²⁷ No

²⁶ **Artículo 237.-** Queda prohibido en el territorio nacional, todo acto de los mencionados en el Artículo 235 de esta Ley, respecto de las siguientes sustancias y vegetales: opio preparado, para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, cannabis sativa, índica y americana o marihuana, papaver somniferum o adormidera, papaver bacteatum y erythroxilon novogratense o coca, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones. Igual prohibición podrá ser establecida por la Secretaría de Salud para otras sustancias señaladas en el Artículo 234 de esta Ley, cuando se considere que puedan ser sustituidas en sus usos terapéuticos por otros elementos que, a su juicio, no originen dependencia.

²⁷ De conformidad con el artículo 238 de la propia Ley: Solamente para fines de investigación científica, la Secretaría de Salud autorizará a los organismos o instituciones que hayan presentado protocolo de investigación autorizado por aquella dependencia, la adquisición de estupefacientes a que se refiere el Artículo 237 de esta Ley. Dichos

obstante, existen otros estupefacientes terapéuticos que también pueden provocar dependencia y que a pesar de ello se encuentran permitidos y regulados para fines médicos. Es el caso de la morfina y la codeína, por ejemplo, que son dos sustancias químicas con un elevado potencial para generar adicción.²⁸ En efecto, en tanto no encuadran en la prohibición expresa prevista en el artículo 237, la morfina y la codeína pueden ser producidas y comercializadas con fines medicinales, siempre que se observe la regulación administrativa que se ha establecido para tal fin.

Así, de conformidad con las disposiciones aplicables, el establecimiento privado o público que desee producir, transportar o comercializar morfina o codeína puede obtener un permiso por parte de la Comisión de Autorización Sanitaria de la COFEPRIS²⁹ en los términos del artículo 44 del Reglamento de Insumos Para la Salud,³⁰ asumiendo la responsabilidad de contar con los documentos que acrediten su tenencia legítima³¹ y con los libros de control autorizados

organismos e instituciones comunicarán a la Secretaría de Salud el resultado de las investigaciones efectuadas y como se utilizaron.

²⁸ Jasinski, D.R., *Assessment of the Abuse Potential of Porphinlike Drugs (Methods Used in Man)*; Drug Addiction I, Volume 45 / 1 de la serie: Handbuch der experimentellen Pharmakologie / Handbook of Experimental Pharmacology pp 197-258, págs. 248 y 249.

²⁹ Reglamento de la comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios. ARTÍCULO 14. Corresponde a la Comisión de Autorización Sanitaria: I. Expedir, prorrogar o revocar las autorizaciones sanitarias relacionadas con las materias a que se refiere el artículo 3, fracción I, del presente Reglamento;

³⁰ ARTÍCULO 44. La obtención, elaboración, fabricación, preparación, mezclado, acondicionamiento, envasado, manipulación, almacenamiento, comercialización, importación, exportación, prescripción médica, suministro, posesión, transporte, empleo, uso, consumo y, en general, todo acto relacionado con estupefacientes y psicotrópicos, con excepción de los que carecen de valor terapéutico y se utilizan corrientemente en la industria, sólo podrá realizarse con fines médicos y científicos, previa autorización de la Secretaría.

³¹ ARTÍCULO 45. La guarda y custodia de materia prima o medicamentos que sean o contengan estupefacientes o psicotrópicos, es responsabilidad de quien los posea, mismo que deberá contar con los documentos oficiales que comprueben su tenencia legítima, los que deberá conservar durante un plazo de tres años.

por la Secretaría.³² En ellos debe de llevar un registro puntual del nombre de la materia prima, del lote, la procedencia, la cantidad a utilizar y el balance, el uso y destino que se dará a la misma y por último un resumen del proceso.³³ Para efectos de control, la Secretaría de Salud está facultada para verificar mediante órdenes de visita las operaciones y los datos declarados por el establecimiento público o privado que obtenga, elabore, fabrique, prepare y comercialice el estupefaciente.³⁴

Asimismo, en el **derecho comparado** existen diversos ejemplos de las medidas que se han tomado –sea administrativa o judicialmente– para regular el uso de la cannabis con fines medicinales. Algunas de estas medidas consisten en: i) el registro de personas que tengan ciertas enfermedades que requieran el uso de la cannabis con fines medicinales³⁵; ii) la necesidad de contar con una receta médica para acceder a los medicamentos en las farmacias³⁶; iii) el control estatal de la calidad de la cannabis para la producción de medicamentos³⁷; iv) el

³² ARTÍCULO 46. Los Establecimientos públicos y privados que se destinen al proceso, importen, exporten o utilicen estupefacientes o psicotrópicos para uso humano contarán con libros de control autorizados por la Secretaría y con sistema de seguridad para su guarda y custodia.

³³ ARTÍCULO 47. La fabricación de los lotes de materia prima o medicamentos estupefacientes o psicotrópicos, destinados a obtener registro sanitario, para comercializar o para fines científicos, será registrada en el libro de control autorizado por la Secretaría y firmado por el responsable del laboratorio o institución solicitante, el que incluirá, según sea el caso, los siguientes datos: I. El nombre de la materia prima; II. El número de lote; III. La procedencia; IV. La cantidad a utilizar y balance; V. El uso y destino que se dará a la misma, y VI. El resumen del proceso. [...].

³⁴ ARTÍCULO 47. [...]La Secretaría podrá verificar a través de una orden de visita, las operaciones y datos declarados, los cuales quedarán asentados en el libro de control correspondiente, con excepción de lo señalado en la fracción VI de este artículo.

³⁵ Tal es el caso de entidades como Alaska, Colorado, Hawaii, Maine, Michigan, Montana, Nuevo México, Nevada, Oregon, Rhode Island, Vermont y Washington, ver ROOM, Robien, *et al.*, *Políticas sobre el cannabis*, Fondo de Cultura Económica. Traducción de: Cannabis policy: moving beyond stalemate, p. 154.

³⁶ Dicho modelo se presenta en Holanda, ver REIMAN, Armanda, *Cannabis Distribution*, en Handbook of Cannabis, editorial Oxford, 2014. pp. 339-355

³⁷ En Uruguay, artículo 9 del Reglamento de la Ley N° 19172 que establece el marco jurídico aplicable dirigido al control y regulación por parte del Estado, de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y uso de la Marihuana y sus derivados.

control de las áreas de cultivo de cannabis, los procesos de producción, la fabricación, la exportación y la importación de la misma³⁸; v) el registro de productores de cannabis³⁹; vii) la creación de programas estatales para regular la cannabis medicinal⁴⁰; viii) la determinación de una lista de enfermedades para acceder a la marihuana medicinal⁴¹; x) la delimitación de los lugares en que se pueda producir y consumir la cannabis con fines medicinales⁴²; xii) la determinación de puntos de venta⁴³; xiii) la creación de clubes de consumo de marihuana medicinal⁴⁴, entre otros.

De los ejemplos anteriormente detallados pueden desprenderse una serie de elementos que podrían constituir una medida alternativa a la prohibición absoluta al comercio de la marihuana con fines medicinales. En síntesis, creo que esta medida consiste en un mercado regulado. Esto es, en medidas o regulaciones que, por un lado, minimicen el riesgo de que la sustancia se use con propósitos no terapéuticos y, que por otro, reduzcan los daños asociados a su uso consumo lúdico: desarrollo de dependencia a la sustancia, inducción al

³⁸ Artículo 2 de la Ley N° 19.172 Marihuana y sus derivados del Estado de Uruguay, Decreto 2467 de 2015 firmado el 22 de diciembre de 2015 por el Presidente de la República de Colombia.

³⁹ Artículos 2 del Reglamento de la Ley N° 19172 que establece el marco jurídico aplicable dirigido al control y regulación por parte del Estado, de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y uso de la Marihuana y sus derivados

⁴⁰ Dicho modelo se encuentra previsto en Canadá mediante el “Programa de Acceso a la Marihuana Medicinal, ver ROOM, Robien, *et. al.*, *op. cit.*, p. 154.

⁴¹ Entre otras entidades, Arizona (*Ballot Proposition 203*, aprobada el 2 de noviembre de 2010); Colorado (*Ballot Amendment 20*, aprobada el 7 de noviembre de 2000); Connecticut (*Public Act No. 12-55*); distrito de Columbia (*Amendment Act B18-622*); Delaware (*Senate Bill 17*); Hawái (*Senate Bill 862*); Illinois (*House Bill 1*); New Hampshire (*House Bill 573-FN*); Nueva Jersey (*Senate Bill 119*); Nueva York (*Assembly Bill 6357*); Vermont (*Senate Bill 76*).

⁴² Es el caso de entidades como Colorado, Nuevo México y Maine, ver Reiman, Amanda, *Cannabis Distribution*, en *Handbook of Cannabis*, *op. cit.* En cuanto al cultivo, ver Decreto 2467 de 2015 firmado el 22 de diciembre de 2015 por el Presidente de la República de Colombia.

⁴³ Entidades como Colorado, Nuevo México y Maine, ver REIMAN, Amanda, *Cannabis Distribution*, en *Handbook of Cannabis op. cit.*

⁴⁴ Dicha situación se presenta en España, ver ROOM, Robien, *et. al.*, *op. cit.*, p. 152

consumo de otras drogas más dañinas, así como accidentes vehiculares cometidos bajo el influjo de la sustancia, entre otros.

El “mercado regulado” es una medida idónea para prevenir los *daños a la salud y al orden público* que origina el consumo de marihuana. De hecho, puede decirse que resulta más eficaz una política que busca impedir *directamente* que ocurran esas afectaciones a la salud o atacar los factores sociales que causan el consumo de marihuana, que una medida que combate dicha problemática *indirectamente*, a través de sacar la sustancia del mercado.⁴⁵

En efecto, resultan más efectivos los controles administrativos al acceso a los medicamentos, que la prohibición de su comercio. Al regular la forma en que los enfermos pueden acceder a la sustancia, se evitará que éstos acudan al mercado ilegal y pongan en riesgo su salud e incluso integridad física.

En esta lógica, puede decirse que la medida alternativa cumpliría con el objeto de proteger la salud personal de enfermos y adictos, ya que éstos podrían acceder a la sustancia que necesitan para mitigar las afectaciones a su salud de forma lícita. Por tanto, el acceso contralado a la sustancia tiende en un grado muy alto a proteger uno de los objetivos que busca el limitar su comercio, este es, el derecho a la salud.

Así, la regulación de la investigación, desarrollo y comercio de la marihuana con fines medicinales es una medida idónea para evitar los daños a la salud y al orden público, al tiempo que resulta una medida

⁴⁵ Hamilton, Olavo, *Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas*, Mossoró, Hamilton & Hamilton, 2014, p. 158.

más efectiva para alcanzar dichos propósitos que una prohibición absoluta.

Por otro lado, evidentemente, un mercado regulado es una medida que restringe en menor medida la libertad de industria o comercio, pues mientras la prohibición absoluta impide la realización de cualquier actividad económica relacionada con la marihuana, así se limite a fines medicinales, la medida alternativa sólo prohíbe “una subclase más específica” de esos actos (actos de comercio y consumo en circunstancias muy específicas).⁴⁶ En este orden de ideas, puede decirse que la medida legislativa impugnada impide el ejercicio del derecho *en cualquier circunstancia* cuando para alcanzar los fines que pretende podría limitarse a desalentar ciertas conductas o a establecer prohibiciones en *supuestos más específicos*, como exigir una prescripción médica e impedir consumirla en lugares públicos o al manejar vehículos automotores.

En ese sentido, creo que la prohibición que ahora analizamos es altamente suprainclusiva. Como se sabe, una norma es *suprainclusiva* cuando comprende o regula circunstancias que no encuentran fundamento en la justificación de dicha norma.⁴⁷ En este caso, como ya se explicó, la medida opta por realizar una *prohibición absoluta* de la investigación, desarrollo y comercialización de marihuana a pesar de que es posible limitar y regular los supuestos que sí encuentran justificación en la protección de la salud y el orden público.

⁴⁶ En sentido similar, véase lo expuesto en Nino, *op. cit.*, p. 444.

⁴⁷ Schauer, Frederick, *Playing by The Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 31-34.

Así, a mi juicio, la prohibición de investigar, desarrollar y comerciar marihuana con fines medicinales, *constituye una medida innecesaria* toda vez que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público y que intervienen el derecho fundamental en un *grado menor*. Por estas razones considero que la medida analizada es inconstitucional al no superar esta grada del test de proporcionalidad.

En suma, a diferencia de la mayoría de mis compañeros Ministros, no coincido en que la quejosa no era titular de ninguno de los derechos que alegó en su demanda de amparo. Por el contrario, me parece que en este asunto era preciso conceder el amparo, al advertirse como causa de pedir la vulneración que resiente la sociedad quejosa en su libertad de comercio, causada por la prohibición de desarrollar y vender medicamentos basados en marihuana. Así, como vimos, era viable analizar la cuestión planteada a través de un escrutinio de constitucionalidad sobre la medida impugnada, con objeto de determinar si la restricción al derecho se encuentra justificada. Por estas razones, me veo en la necesidad de votar en contra de la decisión mayoritaria.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

AMIO/MOCS