



Universidad Autónoma de Chiapas
Instituto de Investigaciones Jurídicas
División de Investigación y Posgrado



“La protección del libre desarrollo de la personalidad en el sistema jurídico mexicano.”

**Tesis que para obtener el grado de
Maestría en Derecho**

Presenta

Ligeia Lara Ayanegui H110040

Director de Tesis

Dr. Alejandro Francisco Herrán Aguirre

Co-directora de Tesis

Dra. Ivonne Álvarez Gutiérrez

Ocozocoautla, Chiapas; Junio de 2022.



Ocozocoautla de Espinosa, Chiapas
10 de junio del 2022.

Lic. Ligeia Lara Ayanegui
PRESENTE.

Por este medio y en virtud de haber reunido con satisfacción los **Votos Razonados Aprobatorios** de la Comisión Revisora para el examen de grado de la **Maestría en Derecho**, para la defensa de su tesis titulada: **"La protección del libre desarrollo de la personalidad en el sistema jurídico mexicano"** egresada del programa de Maestría en Derecho, con matrícula H110040 de la séptima generación del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

De conformidad con los lineamientos establecidos en el Reglamento General de Investigación y Posgrado y demás disposiciones normativas vigentes de la Universidad Autónoma de Chiapas, se **AUTORIZA** la impresión de su trabajo de tesis, que deberá entregar atendiendo a lo siguiente:

- Cinco ejemplares para el área de titulación de la Coordinación de Investigación y Posgrado del Instituto de Investigaciones Jurídicas, las cuales serán entregadas a sus sinodales.
- Un ejemplar para la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Una versión DIGITAL para Biblioteca Central de la Universidad Autónoma de Chiapas.
- Una versión DIGITAL para Biblioteca para la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sin otro en particular, hago propicia la ocasión para expresarle las muestras de mi atenta y distinguida consideración

Atentamente

"Por la conciencia de la necesidad de servir"


Dr. Omar David Jiménez-Ojeda
Director del IIJ-UNACH



C.c.p. - Dr. Arturo Sánchez López, Director de Desarrollo Bibliotecario.
C.c.p. - Expediente/Minutario.



Código: FO-113-05-05

Revisión: 0

CARTA DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LA TESIS DE TÍTULO Y/O GRADO.

El (la) suscrito (a) _____ Ligeia Lara Ayanegui _____

Autor (a) de la tesis bajo el título de ____ *“La protección del libre desarrollo de la personalidad en el sistema jurídico mexicano.”* _____

presentada y aprobada en el año _____ 2022 _____ como requisito para obtener el título o grado de MAESTRA EN DERECHO, autorizo a la Dirección del Sistema de Bibliotecas Universidad Autónoma de Chiapas (SIBI-UNACH), a que realice la difusión de la creación intelectual mencionada, con fines académicos para que contribuya a la divulgación del conocimiento científico, tecnológico y de innovación que se produce en la Universidad, mediante la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Consulta del trabajo de título o de grado a través de la Biblioteca Digital de Tesis (BIDITE) del Sistema de Bibliotecas de la Universidad Autónoma de Chiapas (SIBI-UNACH) que incluye tesis de pregrado de todos los programas educativos de la Universidad, así como de los posgrados no registrados ni reconocidos en el Programa Nacional de Posgrados de Calidad del CONACYT.
- En el caso de tratarse de tesis de maestría y/o doctorado de programas educativos que sí se encuentren registrados y reconocidos en el Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), podrán consultarse en el Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma de Chiapas (RIUNACH).

Tuxtla Gutiérrez, Chiapas; a los 23 días del mes de Junio del año 2022.

LIGEIA LARA AYANEGUI
Nombre y firma del Tesista o Tesistas

DEDICATORIA

A mi madre, por enseñarme que siendo valiente puedo cumplir mis sueños.

A mi padre, por su apoyo incondicional.

A Roy, Nina, Natalia y Misifu por su amor y compañía.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo de Maestría fue posible gracias al apoyo recibido por parte de las siguientes personas e instituciones:

A la Universidad Autónoma de Chiapas, por brindarme la oportunidad de desempeñar una profesión que me apasiona.

Al instituto de investigaciones jurídicas por enseñarme que desde nuestra trinchera podemos ayudar a construir una sociedad mejor y más equitativa.

A mi director de tesis, Dr. Alejandro Francisco Herrán Aguirre por la libertad otorgada en este trabajo de investigación, por sus ideas tan singulares que nutrieron mis dudas e intereses profesionales pero sobre todo personales, le agradezco por el apoyo brindado.

A mi codirectora de tesis, Dra. Ivonne Álvarez Gutiérrez por su guía, apoyo, consejos y disponibilidad, le estoy inmensamente agradecida por su humanidad como docente, el respaldo que me brindó en todo momento, por siempre escuchar mis dudas y preocupaciones, gracias por todo.

A mi asesor de tesis, Dr. Nimrod Mihael Champo Sánchez, por las innumerables pláticas sobre mi tema de investigación, las clases de pasillo, los regaños, consejos y discusiones académicas que me motivaron a seguir este camino de continuo estudio y aprendizaje, le estoy profundamente agradecida.

Al Dr. Omar David Jiménez Ojeda por la confianza y la oportunidad de estar aquí, gracias infinitas por creer en mí.

“La protección del Libre desarrollo de la personalidad en el sistema jurídico mexicano”

INTRODUCCIÓN8

1. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN MÉXICO..... 11

1.1. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES 11

1.1.1. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. 16

1.1.2. LA TRANSICIÓN DEL ESTADO DE LEGALIDAD AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN MÉXICO.
22

1.1.3. TEORÍAS SOBRE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS 25

1.2. ANTECEDENTES DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD..... 35

1.2.1. . APROXIMACIONES CONCEPTUALES: 36

1.3. MARCO REGULADORIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. 51

1.3.1. MARCO INTERNACIONAL 51

1.3.2. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN ALEMANIA Y COLOMBIA..... 54

1.3.3. MARCO NACIONAL 58

1.4. EL LDP EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA 59

1.4.1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES 60

2. RECONOCIMIENTO DEL LDP EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO: LA SENTENCIA DE AMPARO EN REVISIÓN 237/2014 72

2.1. ANTECEDENTES DEL CASO 73

2.1.1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA POLÍTICA SOBRE DROGAS EN MÉXICO..... 74

2.2. ANÁLISIS DEL CASO: EL DERECHO AL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA 78

2.2.1. PRIMERA DEMANDA: AMPARO 844/2013 80

2.2.2. SEGUNDA INSTANCIA: AMPARO EN REVISIÓN 237/2014 86

2.2.3. EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL AMPARO INDIRECTO 237/2014..... 115

2.2.4. EL DEBATE PÚBLICO Y EL DIÁLOGO ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO 116

2.2.5. JURISPRUDENCIA POR REITERACIÓN Y LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD
1/2018 118

| | |
|---|-------------------|
| <u>3. LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD</u> | <u>122</u> |
| 3.1. CONTROLES CONSTITUCIONALES: DIFUSO, ABSTRACTO, CONCRETO Y CONCENTRADO | 123 |
| 3.1.1. MEDIOS DE CONTROL CONCENTRADO O ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD | 138 |
| 3.2. EFECTOS DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/2018 | 146 |
| 3.2.1. EL PROCEDIMIENTO DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD 1/2018 | 147 |
| 3.2.2. EFECTOS DE LA DECLARATORIA EN LA ACTUALIDAD | 150 |
| <u>CONCLUSIONES</u> | <u>152</u> |
| <u>FUENTES.....</u> | <u>158</u> |

INTRODUCCIÓN

En México, el Libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental derivado del derecho a la dignidad humana que se ha reconocido en nuestro país a través de la jurisprudencia. Su evolución ha sido rápida e interesante, porque los elementos que lo constituyen han permitido que este otorgue protección a las personas para llevar a cabo actividades de muy diferentes índoles, que no tienen relación alguna, por esta razón se ha requerido de una labor judicial fortalecida para su correcto reconocimiento y aplicación a los casos concretos.

Las reformas de derechos humanos realizadas en 2011 a la Constitución, trajeron consigo una nueva concepción del derecho y de su práctica, y con ello nuevos retos y herramientas para la garantía y protección de estos derechos, se fortalecieron los mecanismos y garantías jurisdiccionales con el fin de hacer efectivos estos derechos.

A través de una fortalecida labor argumentativa y el uso de nuevas metodologías para la resolución de conflictos, se han reconocido nuevos derechos a la luz de otros, como es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por su propio carácter de indeterminable, al tratarse de una libertad residual, el libre desarrollo de la personalidad puede proteger un sin número de acciones que la persona desee realizar en nombre de su autonomía, siempre y cuando sus acciones no perjudiquen a terceros.

Estas singularidades del libre desarrollo de la personalidad implican un reto para quienes recurren a la protección de este derecho y también para quienes lo aplican, cuando no existen precedentes en casos similares que ayuden a orientar al juzgador, pues su aplicación no puede realizarse a través de la subsunción, lo que implica la necesidad de utilizar metodologías jurídicas que auxilien en el proceso de interpretación y argumentación, el cual resulta indispensable para la garantía de este derecho.

Pero ¿Cómo se garantizó este derecho en México?, ¿Cómo decidió el juzgador cuáles acciones sí encuentran protección en el libre desarrollo de la personalidad y cuáles no?

Estas fueron algunas de las interrogantes surgidas al inicio de esta investigación cualitativa y a las cuales dimos respuesta en este trabajo, a través del análisis documental de la doctrina sobre el libre desarrollo de la personalidad y el análisis de caso del consumo lúdico de marihuana en nuestro país, derivado de la sentencia dictada en el amparo en revisión 237/2014 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el cual fue resultado de un litigio estratégico planteado por miembros de una organización civil.

Es por demás relevante indagar y explicar la forma en que son garantizados los derechos fundamentales reconocidos a través de la jurisprudencia, pues su aplicación puede resultar confusa e incluso controversial para los operadores jurídicos, jueces, abogados y legisladores pues como ya mencionamos implica ver más allá de lo establecido por la norma.

Para explicar de qué forma se protegió y garantizó en México este derecho fundamental, primeramente abordamos el libre desarrollo de la personalidad desde su conceptualización jurídica y filosófica, adicionalmente comparamos el contexto actual de este derecho y sus antecedentes en el Estado Constitucional Democrático, así como la relación que guarda con la interpretación jurisprudencial, con lo cual identificamos los elementos y características más relevantes reconocidas a través de la jurisprudencia para una mayor comprensión de la complejidad de este derecho.

A partir del análisis de caso del consumo lúdico de marihuana, identificamos la forma en que fue garantizado este derecho a través de la vía jurisdiccional, para lo cual analizamos este caso de manera procesal desde la solicitud a la autoridad administrativa y la promoción del juicio de amparo indirecto, hasta la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018 de julio de 2021, poniendo el foco de nuestra atención en la metodología empleada para el análisis de constitucionalidad de la medida que contenía serias restricciones al derecho al libre desarrollo de la

personalidad, mismo que fue efectuado por la primera sala de la SCJN a través de un examen de proporcionalidad.

Aclaradas las razones que llevaron a la SCJN a declarar la inconstitucionalidad de la medida contenida en la norma de salud, exploramos los elementos más sobresalientes de la justicia constitucional mexicana, pues gracias a los mecanismos de control constitucional se ha garantizado el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Finalmente, exponemos al lector los efectos de la sentencia analizada, partiendo de la relevancia que tuvo la declaratoria general de inconstitucionalidad, como consecuencia de la sentencia del juicio de amparo indirecto y su posterior recurso de revisión, para lo cual contrastamos la situación actual del acceso al derecho de consumo lúdico de marihuana reconocido por la SCJN en la jurisprudencia.

Podemos sostener que gracias al litigio estratégico llevado a cabo por la sociedad civil organizada se realizó un análisis exhaustivo de los argumentos planteados en la demanda de amparo indirecto, lo que dio paso a una sentencia en la cual se destaca el buen uso de las metodologías y la doctrina jurídica de la mano del conocimiento científico para fundamentar una decisión que fue en su momento muy controvertida y que abrió el debate nacional sobre la política prohibicionista que imperan en México desde hace varias décadas.

Como veremos en las siguientes líneas, sin duda, los medios de control constitucional son la vía indicada para reconocer y proteger los derechos humanos y fundamentales, a pesar de los esfuerzos realizados con las reformas de 2011 al juicio de amparo, de hacer las sentencias más efectivas, en muchas ocasiones los procesos judiciales son largos y tardados, así como fuertemente especializados, lo que obstaculiza el acceso a estos medios de control.

1. Libre Desarrollo de la Personalidad como Derecho Fundamental en México

El libre desarrollo de la personalidad es un derecho que podemos encontrar en los distintos ordenamientos Constitucionales de los Estados actuales, pero su concepción ha evolucionado rápidamente a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando la dignidad y la libertad, se volvieron valores fundamentales para nuestras sociedades, pues después de las atrocidades cometidas contra los derechos humanos durante la segunda guerra mundial, motivó a los países del mundo a repensar los alcances del poder político y las democracias, para lo cual instituyeron en sus constituciones aquellos derechos humanos que consideraron fundamentales para la persona, su vida, su libertad y su desarrollo, además de mecanismos de control para el poder del Estado y así poder garantizar dichos derechos.

La integración de los derechos humanos a los textos constitucionales y de los mecanismos de control de los poderes para la garantía efectiva de estos derechos frente al Estado, han representado un cambio de concepción sobre la función política del derecho en la sociedad.

Por lo que la concepción que se tiene del libre desarrollo de la personalidad en los países depende mucho de este proceso de constitucionalización que se ha llevado a cabo a lo largo del mundo, pues este ha traído consigo una reconcepción de lo que son los derechos humanos y cómo deben garantizarse, pues ya no se discute su existencia, sino la forma en que estos deben ser garantizados y el papel de los diferentes poderes del Estado frente a ellos.

1.1. Derechos Humanos y Derechos fundamentales

La noción que se tiene de los derechos humanos ha evolucionado a la par de la concepción del Estado de derecho, produciéndose una relación causal y simbiótica en el proceso, por esta razón creemos necesario repasar la evolución de los

Derechos humanos, a través de las etapas del desarrollo del Estado de Derecho para poder comprender la noción actual que se tiene de los derechos humanos.¹

Los derechos humanos tienen su fundamento filosófico en el pensamiento de la ilustración, surgen con el fin de defender la dignidad humana frente a la lógica del Estado absolutista que prevalecía desde la edad media. Autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, sostenían la existencia de derechos ulteriores a la creación del Estado, una concepción puramente iusnaturalista.

El origen normativo de estos derechos surge después, este se remonta a la aparición de los textos constitucionales y de su incorporación en ellos, como veremos en párrafos posteriores.

La constitucionalización de los derechos humanos tiene como objetivo la materialización de estos del plano axiológico al plano de la realidad, donde suceden los hechos jurídicos, a través de la institucionalización de estos en una norma fundamental y los mecanismos establecidos en ella. En muchos de los países de tradición jurídica europea, las Constituciones incluyeron principios y valores de tipo de moral, bajo los cuales se fundan los demás derechos, ahora reconocidos como derechos fundamentales.

El Estado moderno, desarrollado durante la Edad Media, comprendía ya los elementos esenciales que conocemos del Estado; el territorio, la soberanía y la población. El poder era absoluto y se encontraba concentrado en una sola persona, fue en ese contexto que se desarrolló el feudalismo. Esta concentración del poder y los abusos de este por parte del monarca, derivó en las manifestaciones sociales que enmarcaron el surgimiento de nuevos Estados; en Inglaterra en 1215, con la Carta Magna de Juan sin Tierra, en Estados Unidos en 1776 Con la Declaración de

¹ Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Juicios Orales y derechos humanos*, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, p.36-37

Independencia, y Francia en 1789, con la Declaración de Derechos del Hombre y la creación de su nueva Constitución política en ese mismo año.²

La base filosófica de esta etapa del Estado se encontraba en las ideas de Kant y Humboldt, los cuales sostenían que las acciones y actividades del Estado debían estar sujetas a la Constitución y a las normas que fueran validas acorde a los procedimientos establecidos en estas mismas, y tenía como objetivo garantizar y controlar el funcionamiento de los órganos del poder, que debían observar los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.³

El concepto de Estado de derecho desarrollado durante el liberalismo de la ilustración supuso el sometimiento del Estado a la ley que este mismo impone, en igualdad de condiciones. Esta concepción del Estado liberal se centraba en establecer límites para que el Estado respetara los derechos, libertades civiles y políticos sin interesarse o respetar necesariamente por las condiciones de vida de las personas.

Esta concepción del Estado de derecho perduro por muchos años, hasta que comenzaron a surgir movimientos sociales que exigían mejores condiciones de vida, como consecuencia de la industrialización, las excesivas jornadas laborales sumado a las deplorables condiciones en las que trabajan las personas.

El surgimiento de los Derechos económicos, sociales y culturales, por sus siglas: DESC, dio paso al Estado Social y Democrático de Derecho, enmarcado también por movimientos sociales como la revolución mexicana en 1910 y la revolución rusa de 1917. Surgieron entonces nuevas Constituciones y documentos que contemplaban estos otros derechos, la mexicana de 1917, la Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotada de Rusia, la Constitución de Weimar de 1918, y la Constitución de la Segunda República Española de 1931, posterior a estas Constituciones comenzó una etapa de democratización del Estado como

² Ídem.

³ Ídem.

resultado de la aplicación de políticas económicas neoliberales. En esta etapa se buscaba que las decisiones se tomarán de forma participativa y no solo representativa, este tipo de Estado fue adoptado por Estados como Alemania, Italia, Francia, Portugal, Suiza, Polonia y España, y es conocido como Estado democrático y social de derecho.⁴

Con el desarrollo del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho, el papel del legislador y el jurista toma relevancia para la justiciabilidad de los derechos sociales y de participación política y como consecuencia, el Estado asume un papel esencial en la consolidación de los derecho económicos, sociales y culturales.⁵

A partir de entonces la labor del jurista ha evolucionado en el marco del Estado de Derecho, y las primeras concepciones del rol que desempeñaban estos, fue el sostenido por el Estado legalista de derecho⁶

Del Estado Social Democrático, pasamos el Estado Constitucional de derecho, en donde la principal aspiración se concretiza en los derechos humanos, por lo que al establecerse el reconocimiento y garantía de estos derechos con su constitucionalización lo que se hace es “*juridificar*” la democracia: darle forma

⁴ Ídem.

⁵ Ibídem, p. 33-34.

⁶ Ferrajoli sostuvo que: El estado de Derecho nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente con la afirmación del principio de legalidad, como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y aún antes existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos (s)*, “Pasado y futuro del Estado de Derecho, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídics, 2003, p.16, citado en Óp. Cit. Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Juicios Orales y derechos humanos...*

jurídica y otorgarles de esa manera sustancia y contenido.⁷ La democracia como régimen de gobierno podemos encontrarla instituida en los Estados denominados “democracias constitucionales” y se trata de una forma de organización política que busca la democracia y utiliza a la Constitución para lograr este fin.

De Derechos Humanos a Derechos fundamentales:

Rivera Moya sostiene la importancia de entender que a los Derechos humanos se les reconoce, no se otorgan, y que es obligación de la autoridad jurisdiccional concebir como tal esta característica de preexistencia al Estado, pues de esa forma es que se deben interpretar y aplicar, y sostiene que podemos hablar de la existencia de un *regreso de la moral al derecho*, pero ahora desde un enfoque de protección de los derechos de las personas.

La mayoría de los Estados posmodernos han optado por el modelo de Estado constitucional democrático y en estos, los Derechos Fundamentales se han consolidado gracias y a través de su interpretación, a la luz de los principios constitucionales y los tratados internacionales partiendo de la base de siempre ofrecer el mayor beneficio a las personas.

Las constituciones tienen dos tipos de contenidos: los derechos fundamentales de las personas y de la división del poder. Estos dos elementos integran lo que se suele llamar el “contenido mínimo” de toda Constitución. Con el paso del tiempo se han ido incorporando otro tipo de contenidos, pero siempre articulados en torno a los derechos fundamentales y el control del poder del Estado.⁸

Esta relación que existe entre los derechos fundamentales y la democracia puede resultar en ocasiones paradójica. Para Robert Alexy son *“dos constataciones opuestas: los derechos fundamentales son profundamente democráticos y a la vez,*

⁷ Carbonell, Miguel, coord. *Derechos fundamentales y democracia*, Instituto Nacional Electoral, México, 2020, p. 13.

⁸ Ídem.

son *profundamente antidemocráticos*” porque, aunque exista un conceso mayoritario en contra de algún derecho o libertad ya garantizado en la Constitución, la opinión de la mayoría no podrá transgredirlos.⁹

Para R. Dworkin, los derechos fundamentales y sus garantías, son derechos y garantías contra la mayoría y, las garantías jurisdiccionales Constitucionales como el juicio de amparo o la declaratoria general de inconstitucionalidad, tienen por objeto dirimir conflictos que tienen un trasfondo político, que se soluciona jurídicamente.¹⁰

En las democracias constitucionales como la mexicana, la función jurisdiccional tiene una gran relevancia, esta función del Estado que deriva de la filosofía de la separación de poderes, no solo busca oponer un poder sobre otro, sino multiplicar los lugares a los que los ciudadanos puedan acudir en busca resarcir los agravios y las ofensas que les pueden llegar ocurrir.

La jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría, por esta razón el Poder Judicial de la Federación es el poder al que acuden las personas para lograr dicho desagravio.

1.1.1. La evolución del Estado de derecho y su relación con los derechos humanos.

El sistema jurídico mexicano ha vivido una evolución paulatina tras la transición del Estado de derecho legalista a un Estado constitucional de derecho, impulsado por las reformas realizadas a la Constitución en los últimos 20 años.

⁹ Rivera Moya, Marla Daniela, “De los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho”, *Revista Cijurep Textos Jurídicos y Políticos*, 2015, n.3, pp.35-46,

¹⁰ Aguilera Portales, Rafael Enrique, “Los Derechos Humanos Como Triunfos Políticos En El Estado Constitucional: El Dilema Entre Democracia Comunitaria Y Liberal En Ronald Dworkin” *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 9, enero-diciembre de 2015, pp. 377-408

El Estado constitucional de derecho como modelo de organización jurídico-política, tiene como característica esencial la revaloración de los principios subyacentes a las normas constitucionales desde una base epistemológica. Esta nueva forma de interpretación y aplicación del derecho constitucional y por su extensión del derecho mismo, tiene su origen en el Estado de bienestar europeo, que surgió después de la Segunda Guerra mundial, con influencia principalmente en los textos constitucionales de Alemania, Italia, Francia, Portugal y España, en los cuales encontramos normas sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos, y la integración del control concentrado de constitucionalidad.¹¹

El reconocimiento de estos principios subyacentes al Estado, lo que teóricamente son conocidos como Derechos humanos¹², y su inclusión en los textos constitucionales con la finalidad de otorgarles la garantía necesaria para su protección, dio paso al surgimiento de los derechos fundamentales, los cuales representan una limitación del poder por el mismo poder.

El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por contar con un control de constitucionalidad, la creación de jurisprudencia por parte de tribunales constitucionales y una ciencia de Derecho Público. Para Robert Alexy el Estado Constitucional de Derecho se distingue por seis principios (o valores) fundamentales: el reconocimiento y garantía de la dignidad humana (principios de reserva constitucional); libertad; igualdad; estado de derecho y democrático y social.

13

¹¹ *Op. Cit.* Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Juicios Orales y derechos humanos*, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, p.36-37.

¹² El término derechos humanos desde enfoque un valorativo son como aquellos derechos anteriores al Estado, para Andrés Ibáñez dicho término permanece en un mismo nivel de análisis que la justicia.

¹³ *Op. Cit.* Rivera Moya, Marla Daniela, "De los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho", *Revista Cijurep...*

La transición del Estado legalista o también llamado Estado legislativo, al Estado constitucional de derecho, ha transformado la concepción del derecho, su producción, su interpretación y aplicación, convirtiendo a los derechos fundamentales de fuente constitucional multidimensional, en el eje rector de la vida pública en democracia.¹⁴

Según Joseph Raz, la identidad del sistema jurídico está vinculada a la del Estado, pero esta concepción de relación entre derecho y Estado, en donde el derecho sin el poder coactivo del Estado resulta imposible de pensar, limita al derecho como un fenómeno con capacidad de existir sin el Estado.¹⁵

Resulta elemental disolver esta concepción sobre la relación que existe entre el derecho y los confines estatistas, que se encuentra ligada al Estado de legalidad y el positivismo de la edad moderna¹⁶, para comprender mejor la transformación y actual concepción de los derechos fundamentales en México y otras partes del mundo, pues esta visión del paradigma soberano que aún conservan muchos juristas en nuestro país, limita y muchas veces niega la conexión que existe entre el sistema jurídico nacional y los otros sistemas que reconocen a los derechos humanos, y que han influido en gran parte a los cambios que nuestro sistema jurídico ha vivido en los últimos años.¹⁷

En el Estado Constitucional de Derecho, se distingue entre la vigencia y la validez de la norma, y son precisamente la Constitución y los principios que derivan

¹⁴ Los derechos fundamentales de fuente constitucional multidimensional hace referencia a la falta de consideración de las fronteras geográficas y políticas para la concepción de estos, en: Rivera Moya, Marla Daniela, "De los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho", *Revista Cijurep Textos Jurídicos y Políticos*, 2015, n.3, pp.35-46.

¹⁵ García Castillo, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes*, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p.59- 69.

¹⁶ Explicar brevemente las etapas de la modernidad y positivismo, la pre modernidad y el iusnaturalismo,

¹⁷ *Ibidem* p. 62

de ella, el parámetro de validez de la norma, y no la legitimidad de la autoridad que crea la ley como sucedía anteriormente en el Estado de Derecho legalista, en donde la función del juez se reducía a la mera aplicación de las normas.

Ahora la función principal del juez gira en torno a la defensa de los derechos fundamentales de las personas, aún incluso si dichos derechos son violentados por una norma jurídica, por lo que la actividad jurisdiccional tiene el deber de estudiar la ley antes de su aplicación y de resultar contraria a la Constitución debe declarar su inconstitucionalidad.¹⁸

Además de las características que hemos mencionado anteriormente, para poder considerar que un Estado se encuentra constitucionalizado o en proceso, deben existir en él garantías que permitan la eficacia de los derechos humanos.

Salazar Ugarte señala que existen distintos ordenamientos constitucionales, los cuales están compuesto por el conjunto de normas del sistema jurídico, deben reconocer u otorgar a las personas un conjunto de derechos más o menos amplios (naturales, humanos, fundamentales).

El autor nos indica que estos derechos pueden categorizarse en derechos de libertades, y menciona que Bobbio hace una distinción dentro de estos derechos de libertad a los que denomina como: *cuatro grandes libertades de los modernos*; que corresponden a la libertad personal, de pensamiento, de reunión y asociación.

Si, además, en dicho texto constitucional se incluyen derechos políticos, se entiende que existe un constitucionalismo democrático, y si en este se incluyen derechos sociales, será un constitucionalismo social, finalmente cuando

¹⁸óp. Cit.; Rivera Moya, Marla Daniela, "De los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho"...

encontramos estos tres tipos de derechos en una misma Constitución, podremos considerar que estamos frente a un *Estado social y democrático de derecho*.¹⁹

Existen otras modalidades de constituciones además de las que hemos mencionado anteriormente que se distinguen por su origen, partiendo de las tradiciones jurídicas que más se han extendido a lo largo del mundo, *el common law* y *los que provienen de la tradición civil law*.

Por su forma pueden escritas y no escritas típicamente, como en el caso de Reino Unido, y dependiendo de la forma en que se articula el poder político en los estados democráticos, pueden ser presidencialista o parlamentarista.²⁰

En los ordenamientos jurídicos constitucionales, se pueden identificar distintas tradiciones jurídicas y modelos de constituciones que influyen directamente en la construcción del Derecho y la función de los operadores jurídicos. Desde el punto de vista del diseño constitucional podemos identificar *ordenamientos constitucionales de principios* o cláusulas abstractas, y otros compuestos por reglas.

Los ordenamientos dentro de los Estados constitucionales, constituyen sistemas normativos, el sistema jurídico de un Estado es distinto al político pero guardan relación entre sí. Los sistemas normativos se modifican constantemente con el tiempo de acuerdo con la sociedad a la pertenecen, esto debido a que el Derecho como fenómeno social es dinámico.

¹⁹ Salazar Ugarte, Pedro, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano" en *El constitucionalismo contemporáneo, homenaje a Jorge Carpizo*, Gonzáles Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego, Coords. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, p. 345-387.

²⁰ *Ibíd*em, p.346.

El sistema normativo no es equivalente al concepto de orden jurídico, se distinguen entre sí por su operatividad en el tiempo, pues el sistema normativo de un Estado es diacrónico mientras que el orden jurídico es sincrónico.²¹

Huerta Ochoa nos menciona que los sistemas normativos son sistemas dinámicos, los cuales forma una misma unidad, pero que pueden ir cambiando con el tiempo, mientras los criterios de identificación de las normas no varíen, criterios que son la base e identidad de dichos sistemas:

*“Un sistema dinámico de normas no es un conjunto de normas, sino una secuencia de conjuntos: en cada momento temporal el conjunto de normas que pertenecen al sistema es distinto (donde por “momento temporal” entendemos el momento en que se produce algún acto que incorpora una norma al sistema o elimina una norma del sistema, o ambas cosas a la vez)”*²²

Aclarada la distinción de norma y siguiendo con la reflexión del proceso de constitucionalización de los Estados, el constitucionalismo puede ser abordado desde un enfoque teórico, según concepciones iusnaturalistas o iuspositivistas, aunque en la actualidad existe un acercamiento entre los argumentos que son sostenidos por estas dos teorías, pues el reconocimiento de la tridimensionalidad como característica del Derecho, algo que veremos con mayor profundidad más adelante, permite que este sea abordado desde diferentes aspectos, lo cual ha permitido la evolución de estas dos posturas sobre la naturaleza del Derecho y su aplicación, entre las cuales ahora destacan, el positivismo incluyente y el neo constitucionalismo.²³

²¹ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. P. 29.

El enfoque diacrónico examina la evolución un fenómeno en el tiempo, mientras que el enfoque sincrónico lo hace desde el punto de vista estático, definición del lingüista John Lyons.

²² *Ibidem* p. 23.

²³ *Ídem*.

El Estado Constitucional ofrece seguridad jurídica a las personas, en torno a los derechos humanos incluidos en la constitución, convirtiéndose en derechos fundamentales, que cuentan con toda la fuerza y el respaldo del Derecho y obligan al Estados.

Estos derechos fundamentales son redactados en forma de principios, y se diferencian del modelo de normas que tienen las reglas, porque estas no contienen supuestos de hecho como la consecuencia jurídica, sino son que son normas abiertas, que requieren de una interpretación, ya que el campo de aplicación no esta definido, ya sea por el *perímetro material* que pretenden regular los principios, o porque no sé tiene claridad si estos pueden ser aplicados o no a ciertos casos.

1.1.2. La transición del Estado de legalidad al Estado Constitucional de derecho en México.

En México, este proceso de transición del Estado legalista al Estado Constitucional de derecho comenzó a inicios de siglo con la implementación por parte de la SCJN de criterios hermenéuticos-constitucionales, el primer precedente al respecto data de 2003 con la resolución de casos en materia de igualdad y principio de razonabilidad.²⁴

Serafín Ortiz señala que la reforma realizada al artículo primero de la Constitución de fecha 14 de agosto de 2001, introdujo consigo el principio de reserva del respeto a la dignidad de la persona, el cual quedo establecido en el párrafo tercero de la siguiente forma:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las

²⁴ López Sánchez, Rogelio, "Indeterminación y Contenido Esencial de los Derechos Humanos en la Constitución Mexicana", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2017, n.37, pp.229-263.

*condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*²⁵

El principio de reserva, representa una regla sobre la normación y producción normativa en materias determinadas que no puede ser regulada por normas secundarias, en este caso la propia Constitución, esta figura jurídica tiene su origen en las primeras constituciones de países liberales, como Francia, España e Italia y tenía como objetivo limitar que el gobierno pudiera regular materias como la libertad, la propiedad y derechos similares, los cuales no pueden ser afectados por el Estado sin el consentimiento de los ciudadanos.²⁶

Ortiz nos menciona que con la adición de este párrafo al artículo primero se asentaron al menos diez hipótesis bajo las cuales se busca garantizar el respeto de al principio de la dignidad humana, por lo que cualquier decisión judicial debe observar el respeto a este y a los otros principios y valores constitucionales, lo cual resulta una tarea compleja, pues justificar el uso de estos valores deviene una labor de ponderación, axiológica sistemática, formal y científica.²⁷

Posteriormente en 2006, con la implementación de estándares internacionales para la construcción argumentativa en las resoluciones de los jueces nacionales, a raíz del surgimiento de jurisprudencia sobre el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos humanos, en el caso

²⁵ Diario Oficial de la Federación, de 14 de agosto de 2001, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_151_14ago01_ima.pdf

²⁶ Casarín León, Manlio Fabio, "Creación de normar infra legales para el control de la administración" en , Cisneros Farías, Germán y Coords, *Control de la administración pública*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

²⁷ Ortiz, Serafín, *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, México, Edit. Porrúa, 2014.

Almonacid Arellano y otros vs. Chile, comenzó una intensa reflexión acerca del concepto de “bloque de convencionalidad”²⁸

Con la reforma de 2011 materia de derechos humanos, comenzó en México una serie de transformaciones legislativas necesarias para consolidar y garantizar los derechos humanos en nuestro país, no solo hubo una apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, se fortalecieron también herramientas indispensables para la aplicación de estos derechos, lo que trajo consigo el reconocimiento y uso de teorías, principios y metodologías empleadas en otros modelos de Estados Constitucionales, transformando la concepción del Derecho en nuestro país. Estos cambios han repercutido en todo nuestro sistema jurídico y por ende en la práctica judicial.²⁹

Este cambio de paradigma jurídico, como muchos teóricos lo han denominado, comenzó un proceso de transición de nuestro sistema jurídico, lo que planteó nuevos retos sobre el modelo de justicia de nuestro sistema jurídico mexicano, pues estos cambios y reformas abrieron las compuertas para la concepción y aplicación del derecho desde un enfoque teórico descriptivo, argumentativo y valorativo.³⁰

²⁸ Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio A., *Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo, criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. XIII

²⁹ Cuando nos refiramos al término “derechos humanos” en el ámbito nacional mexicano, estaremos hablando indistintamente de derechos fundamentales, pues en nuestro país se consideran derechos humanos, los que se encuentran establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en esta materia, firmados por el Estado, que deben contar con una **garantía de protección nacional**.

³⁰ Ojeda, Velázquez, Jorge, *El (neo) constitucionalismo: fase superior del iusnaturalismo jurídico*, Neo iusnaturalismo o también llamado neo constitucionalismo, por la importancia que se le dan a los derechos humanos (que tienen su base en el derecho natural) y principios (basados en valores), la norma exige un ejercicio de ponderación en lugar de la tipicidad, fuertemente basado en la constitución y no en determinaciones de derecho ordinario, la labor judicial es argumentativa apoyada de la constitución y requiere de un profundo análisis a través de metodologías específicas y de control difusos de constitucionalidad para su funcionamiento.

Rivera Moya señala que, si bien en nuestra región se ha comenzado con esta transición del Estado de legalidad al Estado constitucional, también es cierto el hecho de que este proceso sigue siendo perfectible, pues las democracias constitucionales en América latina, incluyendo a México, no han logrado consolidarse. Y relaciona fenómenos sociales como la desigualdad, pobreza, inseguridad y violencia como posibles obstáculos de este proceso.³¹

Riccardo Guastini señala que: “Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”³²

Este proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos que comenzó en Europa y se ha replicado exitosamente en Latinoamérica, no solo supone el remplazo o la modificación de las constituciones existentes, sino implica un proceso de transformación que implica la *impregnación* de todas las normas que componen el sistema jurídico nacional, la legislación, la jurisprudencia, la política la relaciones sociales y el conocimiento jurídico.³³

1.1.3. Teorías sobre a concepción del Derecho y su relación con la garantía de los derechos humanos

En la actualidad existe un consenso sobre la existencia de los derechos humanos, los cuales son inalienables a la persona, pre existentes a la creación del Estado, y derivan de la dignidad humana. Y es difícil negar que existe una relación entre los derechos humanos y las valoraciones del tipo moral, relacionadas con el bienestar de las personas.

³¹ óp. Cit.; Rivera Moya, Marla Daniela, “De los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho”....

³² Guastini Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, Edit. Fontamara, México 2003, citando en Vázquez Sánchez, Omar...

³³ Vázquez Sánchez, Omar, *Teorías neoconstitucionalistas* ,México, Edit. Palestra, 2020, p.p.41-44.

Antes de continuar con el análisis de las ideas más influyentes de las últimas décadas en torno al Derecho, quisiéramos hacer una breve mención sobre una característica importante para el estudio de este, nos referimos a la *tridimensionalidad del Derecho*. Pues el Derecho ya no puede ser visto como un conjunto de normas, como se nos enseñó años atrás en nuestro paso por la facultad, pues esta definición ha quedado rebasada el comprender ahora al derecho como un objeto de estudio que puede ser abordado desde diferentes perspectivas.³⁴

El perspectivismo jurídico sostiene que el derecho tiene dimensiones, y no se concreta en la simple lectura de la leyes, en este sentido el jurista mexicano García Máynez desarrolla la Teoría de los tres círculos, la cual tuvo influencia en el pensamiento de Luis Racaséns Siches, quien sostenía que el derecho se nos presenta en diferentes facetas, lo que denomina como la “Triplicidad del derecho”, y de manera más actual, Manuel Atienza es quien ha desarrollado la idea de las tres dimensiones del derecho.³⁵

Estas dimensiones se desprende de tres preguntas: ¿qué es el derecho?, ¿cuál es su función?, y ¿cuál es el fin del derecho?, todas las instituciones de derecho permiten un análisis a partir de estas tres interrogantes y admiten la existencia de la triplicidad de la dimensión de su objeto de estudio.³⁶

Las teorías de derecho responden a distintos cuestionamientos planteados sobre su finalidad, su naturaleza y su función en la sociedad, por lo que podemos encontrar que muchas de ellas tienen propósitos diferentes, relacionados con su objeto de estudio. El objetivo de este apartado es identificar las principales características y elementos que constituyen a estas teorías para así comprender

³⁴ Ortiz Serafín menciona que el perspectivismo jurídico se originó en la Alemania en la década de 1950, en donde destacan autores que pertenecen a esta corriente, como Gustav Radbruch y Arthur Kaufmann.

³⁵ Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Fontamara, México, 1999, pp.22 y ss. Citado en Óp. Cit. Ortiz Ortiz, Serafín *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica...*

³⁶ *Ibíd*em, p. 3.

cuál es su grado de influencia en los sistemas normativos particularmente en nuestro sistema jurídico, al respecto Brian Bix nos dice:

*Distintas teorías del derecho consideran distintos aspectos y propósitos, por lo tanto cada una captura verdades básicas diversas acerca del derecho y por lo tanto, es posible que no haya forma de elegir entre la mejor o la más correcta entre todas las teorías.*³⁷

El derecho es un objeto de estudio que deriva de una simbiosis, a lo que comúnmente se le conoce como Estado de derecho, una relación circular, cuya expresión se puede leer de izquierda a derecha y de derecha a izquierda. De izquierda a derecha el Estado produce al derecho y de derecha a izquierda el derecho regula al Estado.³⁸

Por lo tanto, sostiene Ortiz, el Estado de derecho es creador de la ley, sujeción a la ley, autocontrol, control de poder administrativo, trilogía del poder y garantías. Pues es el Estado el que: “produce derecho y el derecho regula al Estado, de tal forma que el sistema de la política construye al sistema jurídico y el sistema jurídico regula al sistema de la política. Esta simbiosis implica autorreferencia, donde el derecho se refiera a sí mismo”.³⁹

La concepción del Estado de derecho es importante a la hora de plantearse, ¿dónde encontramos el derecho? El derecho como objeto auto referente, en donde el derecho dice de él lo que es y nadie puede decir otra cosa, por lo que se afirma que el derecho en los Estados actuales, está en la Constitución.

En este marco de tridimensionalidad del derecho se adscriben también los derechos humanos y desde el enfoque valorativo, responde a la interrogante cuál

³⁷ Bix, Brian, Teoría del Derecho: tipos y propósitos. *Isonomía* [online]. 2006, n.25, pp.57-68. ISSN 1405-0218.

³⁸ *Ibidem*, p. 4.

³⁹ *Óp. Cit.* Ortiz Ortiz, Serafín *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica...*

es el fin de los derechos humanos? a lo que podríamos responder con los principios que fundamentan al Estado constitucional, la libertad y la igualdad. Mientras que desde el enfoque normativo podemos responder a la interrogante sobre ¿qué son estos? Respondiendo que son aquellos derechos y sus garantías que se encuentran contenidos en las normas internacionales y nacionales que integran al sistema normativo del Estado. Finalmente, su función la podemos abordar desde la perspectiva empírica, entorno a las causas y consecuencias de las figuras y hechos jurídicos.⁴⁰

En las últimas décadas han emergido teorías híbridas que se acercan cada vez más a las teorías tradicionales del derecho, en donde existen puntos comunes de reflexión sobre cómo debería ser el Derecho y se interesan mucho más por comprender y fundamentar la forma en que son garantizados los derechos humanos o más precisamente, los derechos fundamentales.

Dentro de las teorías más conocidas encontramos al positivismo incluyente, el neo constitucionalismo y las teorías de la argumentativas, las cuales reconocen la validez de muchos de los argumentos que son sostenidos por teorías que podrían ser consideradas contrarias, pues el debate sobre los derechos humanos se ha trasladado de su reconocimiento y concepción a; la aplicación y garantía de estos. Para Cáceres Nieto las Teorías Jurídicas son artefactos epistémicos, subproductos de reglas de procesamiento cognitivo de información.⁴¹

En una tradición jurídica que se centra en la aplicación de reglas, se pueden encontrar que cuentan con teorías dogmáticas e interpretativa que fundamentan la actuación de sus operadores, pero no desarrollará teorías argumentativas, pues desde esa concepción del derecho como norma, no son importantes el contexto, o los elementos del discurso argumentativo y las orientaciones axiológicas que

⁴⁰ Idem

⁴¹ Cáceres Nieto, Enrique, "Constructivismo Jurídico, Entropía y Neguentropía en Serna de la Garza, José María, De los Santos Olivo, Isidro, Coords., *El Constitucionalismo contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 63.

comprenden al ordenamiento, como en caso de las teorías normativistas desarrolladas por Hans Kelsen y H. L. A. Hart.⁴²

El debate en torno a las tres preguntas que desarrollamos en párrafos anteriores, sobre la naturaleza, fines y hechos del Derecho aún persiste. En los últimos años esta discusión se ha enfocado en la validez de la norma y el razonamiento lógico de la práctica del Derecho para la garantía de este.

Tradicionalmente la pregunta ¿qué es el derecho? puede ser abordada desde estas tres dimensiones que hemos señalado. Existen tres distintos puntos de vista sobre la respuesta a ese planteamiento, el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el iusrealismo. El primero de ellos en aparecer es el iusnaturalismo, que se enfocó en sostener que existen un “derecho superior”, elaborar el contenido de este y analizar las consecuencias y los alcances de su existencia para la sociedad y las normas positivas que se establecen ella, y más concretamente a bordar la pregunta ¿a qué deben responder los ciudadanos cuando del derecho positivo entre en conflicto con el derecho superior?⁴³

Mientras que para el iuspositivismo, que surge a finales del siglo XIX, surge como respuesta al iusnaturalismo, se basa en la simple afirmación de que el fin del derecho es la descripción adecuada del mismo a través de la norma jurídica, libre de todo juicio moral acerca del contenido de esta o del derecho. En el estado de la edad moderna, hasta las constituciones de estados de derechos de corte social, predominaba el iuspositivismo, en el cual la vigencia y la validez eran conceptos indistintos, ya que la norma no necesita ser justa para ser válida, era válida por su

⁴² Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 37.

⁴³ Brian H. Bix, *La filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p.86.

simple vigencia. La teoría del positivismo jurídico sostiene que una teoría del derecho debe ser descriptiva y moralmente neutral, la cual es posible y valiosa.⁴⁴

Mientras que el iusrealismo, desarrollado principalmente en Estados Unidos durante los años veinte hasta los cuarentas del siglo XIX, está enfocado a la eficacia de la norma, aunque entre los autores de esta corriente existe poco acuerdo entre sus puntos de vistas, valores y metodologías, razón por la cual para muchos, este grupo no constituyen un enfoque en sí, pero para los fines del desarrollo de la concepción del derecho es importante mencionarlo.⁴⁵

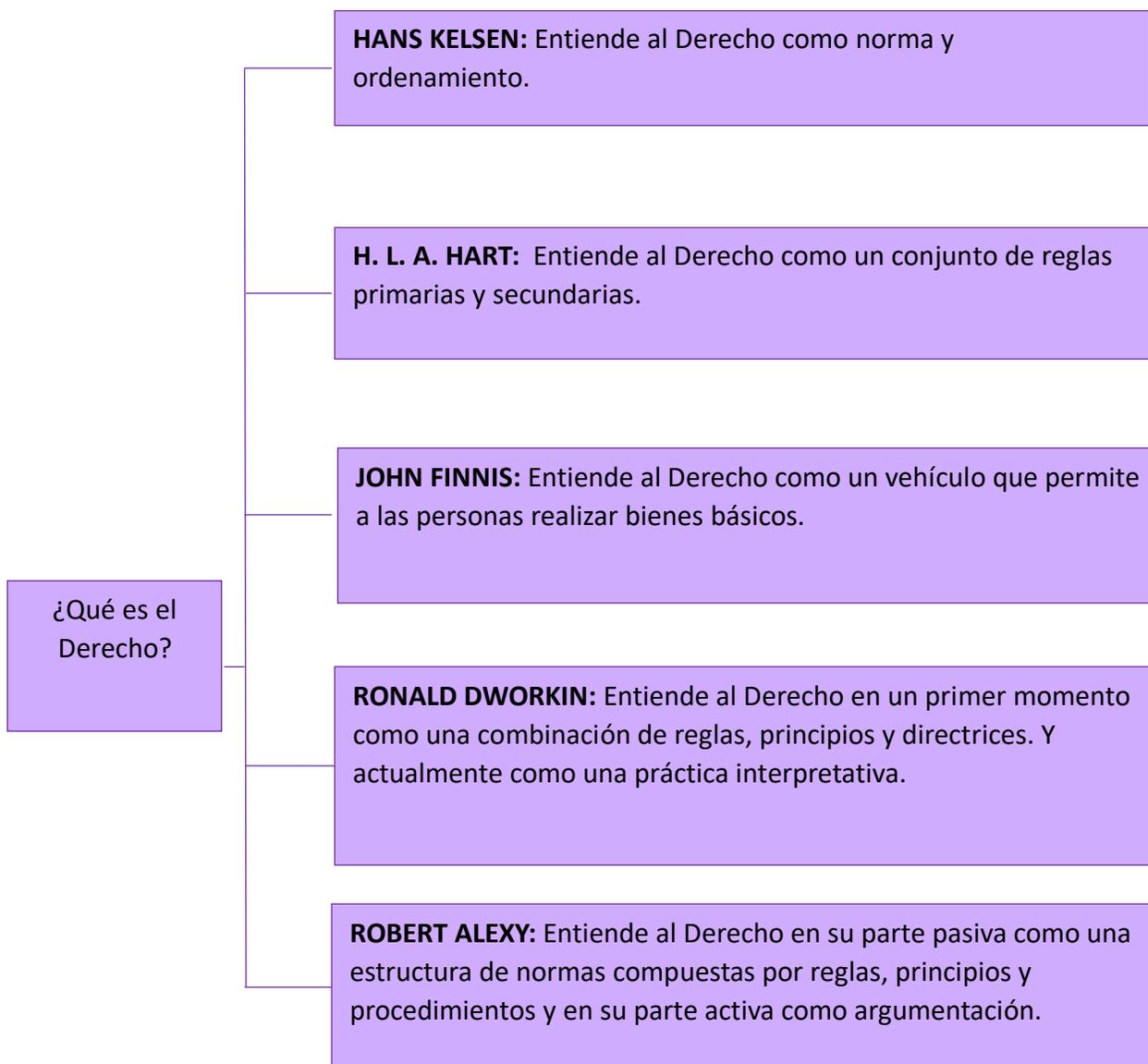
De estas diferentes perspectivas acerca de la naturaleza del derecho se fueron desarrollando las teorías jurídicas, que a su vez influenciaron las tradiciones jurídicas de los Estados. En las últimas décadas han emergido teorías cuya reflexión está centrada en: cómo resolver aquellos *casos difíciles* en donde la realidad rebasa la imaginación humana y a la norma hipotética ⁴⁶

En la siguiente tabla podemos encontrar algunos de los autores que pertenecen a las teorías más significativas de derecho, el análisis de los principales argumentos de estas teorías sobre la concepción que tienen estas del Derecho, nos ayudara a comprender mejor su evolución, y la situación actual sobre del debate entorno a la naturaleza del derecho y cual es su influencia en los derechos humanos y la forma en que estos son garantizados:

⁴⁴ *Ibíd*em, p.43

⁴⁵ *Ibíd*em, p. 223.

⁴⁶ Ortiz Ortiz, Serafín *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, Edit. Porrúa, México, 2014.



Esquema de elaboración propia, basada en la obra: *La argumentación como derecho*, de Jaime Cárdenas Gracia y *La filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, de Brian H. Bix. Ambas obras del año 2010.

Autores como Manuel Atienza considera que teorías como el neoconstitucionalismo responde al derecho más desde el plano empírico, como aquel fenómeno social y jurídico de transformación de las constitucionales que buscan limitar el poder del Estado frente a la persona y en donde los Derechos fundamentales establecen estos límites, pero sostiene también que no existen un punto de acuerdo entre las teorías que muchas veces son denominadas neoconstitucionalistas.

En muchas ocasiones son los mismos autores que desarrollan las teorías los que niegan pertenecer a esta corriente, pues limita la perspectiva de esta, como es el caso de R. Dworkin que en varias ocasiones ha expresado que no se considera neoconstitucionalista como algunos teóricos latinoamericanos lo han catalogado.

De las teorías tradicionales a la nueva teoría de la argumentación e interpretación jurídica:

Las teorías jurídicas contemporáneas han desplazado al positivismo jurídico, a estas no podemos incluirlas dentro de las perspectivas tradicionales del derecho pues estas responden al análisis estructural hacia la perspectiva dinámica del derecho, la vida y práctica del derecho.⁴⁷

En estas teorías se reconocen los juicios valorativos autónomos, y existe una permanente comunicación entre lo jurídico- formal y lo político-moral. Entre lo interno al sistema normativo lo externo, en donde se consideran los elementos de la realidad jurídica como la imagen estructural del derecho.⁴⁸ Es decir, desde estas teorías se busca integrar las dimensiones que tiene el derecho para aproximarse lo mejor posible a él como objeto de estudio.

Algunos de los autores más destacados en el desarrollo de teorías del derecho como argumentación, son Chaim Perelam, Stephen E. Toulmin, Neil MacCormick , Jürgen Habermas y Robert Alexy. La finalidad de este apartado no es explicar a fondo el desarrollo de las Teorías Argumentativas como Teorías de Derechos, si no la relevancia de estas el desarrollo de una concepción integral que se tiene en la actualidad del derecho, y la importancia para la seguridad jurídica a la hora de garantizar derechos humanos.

⁴⁷ Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, de la crisis de positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Edit. Porrúa, México, 2006, P.61.

⁴⁸ Ídem.

La argumentación es la forma que adquiere el discurso justificatorio de los juicios valorativos, de las preposiciones interpretativas y de las decisiones. Por lo tanto, la función de las teorías argumentativas es darle fundamentación y seguridad jurídica a las decisiones jurídicas, como modelos para conducir racionalmente los elementos valorativos que intervienen en el desarrollo de la dinámica jurídica.⁴⁹

Jürgen Habermas, Toulmin y Perelman, parten de un concepto ampliado de razón, consideran que las cuestiones prácticas pueden decidirse de un modo racional, a través del mejor argumento, por lo que el discurso práctico puede ser racionalmente justificado, garantizado o fundado.⁵⁰

Estas teorías de la argumentación tienen relación con las teorías de interpretativas del derecho, una de estas teorías es el Derecho como integridad de Ronald Dworkin, la cual se auto concibe de esta forma.⁵¹

La argumentación jurídica puede darse en los distintos campos del derecho, en el legislativo, el judicial y el doctrinal, desde la doctrina se establecen los criterios para la producción del derecho, su aplicación y la sistematización de los sectores del ordenamiento jurídico.⁵² La teoría jurídica ha centrado su atención al discurso que fundamenta a las decisiones y a las cuestiones de interpretación normativa.⁵³

El derecho contemporáneo se configura a través de un proceso discursivo: el lado pasivo del derecho solo puede constituirse en todo su alcance a través de dicho proceso discursivo, mediante la praxis de su lado activado, esta distinción realizada

⁴⁹ *Ibíd.*, p.63.

⁵⁰ *Óp. Cit.* Ortiz Ortiz, Serafín *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*...p.41.

⁵¹ *Óp. Cit.* Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, de la crisis de positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*... p. 63

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Óp. Cit.* Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, de la crisis de positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*..p. 62.

por Robert Alexy entre el lado pasivo y activo del derecho es propia de una de las teorías de la argumentación más aceptadas y ampliamente usada en la actualidad.⁵⁴

Manuel Atienza, con influencia directa de la Teoría de la argumentación de Alexy, concibe al derecho como argumentación, su teoría abarca dos grandes partes: la primera dirigida a justificar el papel que juega el enfoque argumentativo en la teoría del derecho, debido a la complejidad que este tiene para ser estudiado solo desde una sola perspectiva tradicional del derecho y el segundo en la que describe y prescribe al mismo tiempo cómo son y cómo deberían ser las argumentaciones en las diferentes arenas del quehacer jurídico.⁵⁵

Como veremos más adelante, la concepción actual de las teorías del derecho basadas en la argumentación jurídica, han tomado muchísima relevancia en el campo de la actuación y fundamentación jurídica realizada por los jueces, a raíz de esta se han establecido nuevos debates acerca del papel del juzgador frente al derecho, y si este a través de la práctica y una consideración del derecho que abarca todas sus dimensiones, no solo se limita en reconocer cuando una norma no es válida, sino a través de estas fundamentaciones de la razón práctica, va reconociendo nuevos derechos a la luz de otros ya normativizados.

Para analizar de qué forma este proceso de constitucionalización y la aparición de nuevas teorías del derecho, han respondido a la necesidad de garantizar los derechos humanos hoy en día y profundizar la reflexión sobre esto, analizaremos al derecho al libre desarrollo de la personalidad, como un ejemplo de cómo son garantizados los derechos humanos en los Estados constitucionales actuales y cómo es que el proceso de constitucionalización y las nuevas teorías de derecho tienen influencia en esta garantía.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Lara Chagoyan, Roberto, *Manual mínimo de argumentación jurídica*, edit. Tirant lo blach, México, 2021, p.29.

1.2. Antecedentes del Libre Desarrollo de la Personalidad

El libre desarrollo de la personalidad (LDP) es un derecho que protege a la persona en sí, su singularidad y autonomía para constituirse a sí misma de acuerdo con lo que aspira realmente a ser, a través de su capacidad y libertad de tomar decisiones en torno al modelo de vida que decida tener, dependiendo de las necesidades específicas que pueda desarrollar y la concepción que tenga sobre su vida.

En este apartado analizaremos algunos antecedentes sobre el libre desarrollo de la personalidad, desde los diferentes ámbitos desde los que se ha desarrollado la concepción de este derecho.

Este derecho encuentra su fundamento teórico y constitucional en la dignidad humana, la cual constituye junto al derecho a la vida y la igualdad, el valor más importante en los Estados Constitucionales Democráticos de nuestra actualidad,⁵⁶ pues el libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de las personas sobre sí mismas y todo lo que implica el desarrollo de estas, de ahí la importancia de comprender cómo se protege en México este derecho, curiosidad que dio paso a esta investigación, en la cual en más de una ocasión se han replanteado los objetivos y alcances de esta, pues los tópicos que atraviesan a este derecho y a su garantía en el sistema jurídico mexicano no son pocos, debido a la forma en que se ha desarrollado tanto su concepción como su aplicación a lo largo de estas últimas décadas, algo que no es exclusivo de nuestro país como lo veremos más adelante.

Las actividades a las cuales el libre desarrollo de la personalidad puede brindar protección son ilimitadas, debido a que es considerado un derecho de libertad residual, lo que significa que protege a todas aquellas actividades que no

⁵⁶ Ontiveros Alonso, Miguel, "El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del Estado constitucional)", 2006, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, España, vol. 8, núm. 15, pp. 147-156.

encuentran amparo en la protección de otro derecho específico de libertad, como la libertad de expresión o libertad de tránsito.⁵⁷

Existen derechos subjetivos que conforman la esfera más íntima del derecho individual de las personas, en los cuales el estado no puede intervenir ni imponer ningún tipo de medida, ya sea sobre el deseo, la voluntad, y las acciones que cada persona decida hacer en el ejercicio de estos derechos.

Estos derechos, conocidos como derechos de libertad, deben respetarse, siempre y cuando no afecte a terceros ni altere el orden público, la norma y la moral. En México estos derechos se encuentran establecidos en los primeros artículos de la constitución, como la libertad de asociación, de expresión, de conciencia o religión, solo por mencionar algunos ejemplos.

Uno de estos derechos de libertad, es el libre desarrollo de la personalidad, este derecho es fundamental para el desarrollo las actividades del individuo dentro de su sociedad, a través de su ejercicio, el ser humano puede vivir y experimentar su sociedad teniendo claro los límites entre los cuales puede transitar.

1.2.1. . Aproximaciones conceptuales:

Existen diferentes concepciones sobre lo que se entiende por LDP, dependiendo de la perspectiva desde la que se aborde el tema. Primero que nada, debemos entender que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho que está constituido en sí por varios elementos, y esto lo podemos apreciarlo desde un primer momento, libertad, desarrollo y personalidad. Además de estos, debemos agregar a la autonomía y a la dignidad de la persona, pues como ya mencionamos anteriormente estos constituyen parte de la fundamentación jurídica del LDP.

⁵⁷ Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXII/2016 (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, 25 de noviembre de 2016.

Ya por sí solas estas palabras pueden llegar a ser sumamente ambiguas, por lo que identificar estos elementos claves que componen las diferentes definiciones y concepciones que existen sobre el libre desarrollo de la personalidad nos ayudara a comprender mejor el significado de este derecho.

Comenzaremos por abordar a la libertad, que es el concepto que más se ha desarrollado teóricamente, ya que es considerada el principio más importante bajo el cual esta fundado la sociedad humana.

1.2.1.1. *Libertad, autonomía e individuo*

A lo largo de la historia han existido un sin fin de pensadores sobre la libertad, que han tratado de explicar el papel que juega para la persona y su relación con la sociedad. Autores como Thomas Hobbes, Jhon Locke y Rousseau, los cuales forman parte de la corriente contractualista, consideran que no existe una libertad completa de parte del individuo que vive en sociedad, ya que este debe someter parte de su libertad a la voluntad de la mayoría y las leyes que rigen a la sociedad.

La diferencia entre estos pensadores radica en que ellos plantean, estados naturales diferentes de la persona antes de someterse a este contrato social y la forma en que ceden esta libertad, si lo hacen desde la razón y su propia voluntad o por la existencia de una fuerza externa. Para Hobbes⁵⁸, el ser humano es malo por naturaleza, “el hombre es un lobo para el hombre”, existe en él un estado de necesidad constante, el cual reduce su voluntad de elegir vivir en sociedad a una mera consecuencia del miedo y la necesidad de supervivencia.

Mientras que, para John Locke, “nacemos libres y ningún poder de la tierra puede someternos, como no sea nuestro propio consentimiento”. Si bien también basaba su filosofía política sobre la existencia del estado, en la libertad natural y el

⁵⁸ Thomas Hobbes, en el *Leviatán, o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, justifica la existencia de un Estado absoluto, fundado principalmente en la idea de que existe un estado continuo de conflicto entre las voluntades de los hombres y sus necesidades, en donde es necesario la existencia de una auto imposición de límites de las voluntades y debe ser aceptado por todos.

consentimiento del ser humano, afirmaba que la soberanía nacional reside en el pueblo, pues para él, el individuo en sociedad está expresando su libertad a través de la voluntad de la existencia de un pacto social.⁵⁹

Para este filósofo, la libertad de la persona, a través de su consentimiento, *es la fuerza moral que anima y da forma concreta e histórica a la sociedad civil o política y al régimen o gobierno.*⁶⁰ Desde la perspectiva de Locke, los individuos ceden algunos de sus derechos ,mientras que conservan otros, que son exigibles ante la autoridad del estado (monarca) por lo que éste, se encuentra obligado a reconocer estos derechos y respetar los límites que estos generan, es un pacto provisional por parte del individuo con las leyes de la sociedad y puede retirarse del pacto en el cualquier momento. Locke fue dentro de los filósofos políticos contractualistas, el que más relevancia dio a la figura de la persona dentro la relación del poder del estado y sus límites.

Dentro de este grupo políticos contractualistas, encontramos a Jean-Jacques Rousseau, quien planteó la idea del hombre libre en su estado natural, que somete su voluntad a un pacto social de manera consciente en busca del bien común.

Rousseau considera que todos los seres humanos somos igualmente libres desde el momento en que nacemos y esta libertad natural a través de nuestra voluntad es cedida, pero conservando derechos como la vida y la autonomía a las mayorías (el Estado democrático) para así poder conseguir una paz civil (propiedad y seguridad) a través de las normas. Para Rousseau, el ser humano, es un ser benigno que en su estado salvaje es feliz, y si somete su libertad natural.

⁵⁹ John Locke, es considerado el padre del liberalismo, los pilares de su filosofía política son; la vida, libertad, y la propiedad, reconoce que son necesarios los límites del Estado ante la figura del individuo dentro de la sociedad, pero la concepción de renuncia a la libertad para él se da forma voluntaria.

⁶⁰ Godoy Arcaya, Óscar, *libertad y consentimiento en el pensamiento político de John Locke*, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, Revista De Ciencia Política / Volumen Xxiv / No 2 / 2004 / 159 – 182.

Todos estos filósofos políticos, coinciden en la perspectiva desde donde abordan a la libertad, al considerarla como un pilar fundamental de cualquier sociedad (incluso para aquellas de carácter absolutista) para explicar el poder político.

Con la llegada del liberalismo en el siglo XIX, se comienza a hablar de libertad del individuo dentro de la sociedad, introducen a la reflexión la idea de la igualdad formal, es decir aquella igualdad establecida en las leyes, la cual establece que todas las personas tienen los mismos derechos.

Alexis de Tocqueville, es considerado un *liberalista a la defensiva*, que, si bien reconoce la existencia de la relación entre la libertad y la igualdad, su pensamiento se centra en cómo salvar a la libertad frente al predominio de la igualdad y considera que la primera debe prevalecer siempre ante la segunda.⁶¹ En las ideas de este autor podemos ver de cerca los argumentos del debate que se iba desarrollando en Europa entre socialistas y liberales.

Grondona señala que el pensamiento de Tocqueville se debe al contexto que se vivía en Francia, en donde el liberalismo, impulsor de la revolución de 1789 y del derrocamiento de la monarquía, era constantemente amenazado por un nuevo movimiento, en donde se desplazaba a la libertad como aquel valor-eje. Esto debido a la burguesía, ahora se incorporaba al sistema político del Estado, cuyo método principal fue a pelar a la colectividad, lo que para Tocqueville significó el inicio de la democracia.⁶²

Para este francés, la igualdad es el eje rector de la democracia, y en ese momento le parecía algo incontenible, que, si bien podía retomar la idea de libertad,

⁶¹ Grondona, Mariano, *Los pensadores de la libertad*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1986, p.84.

⁶² *Ibidem* p. 86.

también podría tomar la figura de una democracia despótica, una reflexión que bien podría ser aplicable para nuestros días.⁶³

Finalmente, podemos sostener que el pensamiento de Toqueville reconoce que una sociedad igualitaria si contribuye a la libertad del individuo, la oposición entre ambos conceptos se da desde el punto de vista de que la libertad solo puede ser posible en la diversidad de condiciones, de situaciones y capacidades. Esta concepción sobre la libertad se resiste a la idea que el autor tiene sobre el espíritu despótico de la democracia de su época, en el cual la mayoría cree tener el derecho de hacer lo que quiera por pensar que la mitad más uno representa al todo.

Siguiendo con la línea de tiempo, abordaremos algunas claves de la filosofía política de John Stuart Mill, en torno a su idea sobre la libertad y los límites, este autor es considerado de los principales precursores de la concepción de la libertad individual, este filósofo utilitarista que además fue economista, postulaba a la libertad como una condición del progreso humano.

Para Stuart Mill, no sólo el poder político puede oprimir al individuo, sino la sociedad también puede oprimir la libertad de las personas con sus concepciones y condiciones sobre lo que consideran moralmente bueno o justo y por esta razón sostenía, a diferencia de Bentham y su padre que las garantías frente al Estado debían mantenerse aunque se alcanzará el ideal del pueblo frente al rey. Mill sostenía que no todo el pueblo estaba representado en el gobierno porque la mayoría no son todos, y esta minoría de la sociedad no representada necesita al igual que el resto, derechos frente al poder, porque para él la opresión podía provenir de dos tiranías: la del rey y la de opinión de la mayoría.⁶⁴

⁶³ Ibídem p. 87.

⁶⁴ Ibídem p. 94.

Para este autor lo que pelagra es la libertad del individuo en la sociedad por la tiranía de las mayorías, él considera que existe un carácter coercitivo de las mayorías sobre las minorías. De esta hipótesis es que logra distinguir dos dimensiones de la libertad:

- La libertad de pensamiento, (dentro de estas; la libertad de expresión, religión) y la
- Libertad de acción.

Actualmente en la doctrina y la jurisprudencia podemos encontrar definidas estas dos dimensiones, como: dimensión interna y externa del derecho de libertad.

La libertad de pensamiento, como lo es actualmente la dimensión interna, es para Mill ilimitada, lo que significa que, por ningún motivo, el Estado puede interferir con ella. Mientras que la libertad de acción, o dimensión externa encuentra sus límites principalmente frente a otras libertades individuales (incluso la propia).

Mill considera que libertad de opinión es un medio para el progreso de la sociedad, pues sostiene que las diferentes opiniones y expresiones de las personas, se incorporan a la historia de la sociedad permitiendo el pluralismo de ideas y debate de estas. Sostiene que el derecho de opinar es una libertad absoluta que solo puede ser limitada cuando se convierte en una instigación.

Stuart Mill fue uno de los principales exponentes del utilitarismo por lo que es importante destacar su postura acerca de la felicidad, pues para él la libertad no es más que un medio para un fin, y este fin último es la felicidad, y la felicidad para Mill consistía en la realización de los propios deseos.⁶⁵

Mill sostiene que el individuo no debe rendir cuentas de sus actos a la sociedad, siempre que estos no afecten los intereses de ninguna otra persona. Para este autor la libertad es el autogobierno, el control sobre sí mismo, pero si este es

⁶⁵ Mill, Stuart, *Sobre la libertad*, edición editorial alianza, 2019.

ejercido sobre el otro ya no es libertad sino poder, por lo que el Estado puede incidir y regular sobre el poder pero no sobre la libertad y solo puede frenar a un individuo en la medida en que éste quiera afectar a otro.⁶⁶

Siguiendo con esta línea argumentativa, podemos considerar a Jhon Rawls como un filósofo político, cuya influencia principal deviene de Hobbes, Kant, John Stuart Mill y Aristóteles. Su obra más trascendente y ampliamente conocida, es la Teoría de la Justicia, en la cual el autor nos menciona que su intención es construir una concepción moral practicable y sistemática que enfrente las ideas de la Teoría utilitarista, cuyos mayores exponentes fueron Hume, Adam Smith, Bentam y Mill, en busca una sociedad mejor.

Para Rawls la justicia ocupa el mismo lugar que la verdad en la ciencia. Cuando se piensa se busca la verdad; cuando se organiza una sociedad se busca la justicia. Entiende a la justicia posible entre los seres humanos y no el ideal absoluto de justicia, *justicia como equidad*.⁶⁷

Rawls retoma la idea del contrato social y busca replantearla, partiendo de la naturaleza original del ser humano antes de su vida en sociedad y la propiedad privada, y nos dice que la justicia sería el valor que buscarían estos seres libres y racionales, que aún no saben cuáles serían los intereses que cada uno tendría al vivir en sociedad, pues buscarán una sociedad que dé ganancias al ganador, pero que garantice contra las perdidas al perdedor, y lo que pactarían, según el autor serían dos principios: el principio de libertad y el principio de igualdad, o sea, las condiciones de la igualdad y la desigualdad entre ellos, la forma en cómo graduar esa mezcla de igualdad y desigualdad que es la justicia, pues la igualdad implica proporción, así si uno recibe más porque hizo más se está siendo justo.⁶⁸

⁶⁶ Op. Cit, Grondona, Mariano, *Los pensadores de la libertad*. P.94.

⁶⁷ *Ibíd.* P. 140.

⁶⁸ *Ibíd.* P.141

Este *velo de ignorancia* de los pactantes difiere del contractualismo de Locke y se acerca a la idea del espectador imparcial de Rousseau, al despojar a los pactantes de todo cuando entran en sociedad, la diferencia entre ambas situaciones es que Rousseau busca el bien común, mientras que Rawls el interés de la persona como individuo, pues la idea del bien común como ya sabemos está fuertemente relacionada al socialismo, incluso al totalitarismo.⁶⁹

En el principio de libertad, al cual Rawls denomina: *el derecho a igual libertad*, se reconoce la mayor cantidad de libertad compatible con la libertad de los demás. La libertad y la igualdad, serían principios de la justicia, por lo que la libertad ya no parte del derecho natural sino del contrato social. Si alguno de estos dos principios entra en conflicto, primero es la libertad advierte Rawls, pues solo a través de ella se puede obtener el segundo. Para Rawls la libertad es un principio que deviene de la justicia, el más importante de ella, pero no es el valor más importante para la sociedad.

Karl Popper sostiene, que la verdad es compatible con la democracia cuando es una sola, pero ninguna persona o grupo la posee totalmente, y la única manera de progresar en el camino de la verdad es el debate. El debate para este autor no sólo es un principio político sino también científico, en las sociedades donde existe debate hay progreso, porque agregan diferentes perspectivas sobre la verdad, para eso es necesaria la libertad de poder criticar y discutir.⁷⁰

En una sociedad libre, afirma Popper, toda opinión que se emita puede ser sometida a experimentación pues para él incluso en las físicas no hay verdades definitivas y por lo tanto incluso en estas debe existir la libertad de un debate democrático. Para Popper las personas que asumen su vida en libertad, deben ser maduros, pues para él la libertad es un riesgo, una carga, enojosa y peligrosa.⁷¹

⁶⁹ *Ibidem*. P.149.

⁷⁰ *Ibidem*. P. 123.

⁷¹ *Ibidem*. P. 124.

El autor nos señala que existen dos parejas de conceptos en contraste, el individualismo-colectivismo y el egoísmo-altruismo. Se tiende a creer que el colectivismo es altruista y el individualismo es egoísta, pero tanto el individuo como el colectivo pueden ser egoístas o altruistas. El nacionalismo, el racismo, el clasismo son egoísmos colectivos, donde una *unidad grupal se reserva la supremacía*.⁷²

Finalmente, uno de los pensadores contemporáneos sobre la libertad más sobresalientes es Isaiah Berlin, de acuerdo con el autor, la libertad es el ámbito que tiene el individuo para actuar y hacer lo que mejor le parezca sin ser obstaculizados por otros, mientras que la libertad positiva para este autor se desprende del deseo del *individuo de ser su propio dueño*.⁷³

En la actualidad podemos considerar que la libertad positiva representa la capacidad de cada persona de decidir autónomamente lo que considere mejor para sí misma siempre que no perjudique derechos de terceros, aunque estas decisiones se consideraren dañinas para la propia persona. Para Berlín, la concepción negativa de la libertad es equivalente a la no interferencia, y la posibilidad de actuar como mejor nos lo parezca sin que nadie se interponga u obstaculice nuestros actos.⁷⁴

Esta concepción negativa que tiene la libertad genérica, es la base que ha servido para el desarrollo actual del Libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de distintos Tribunales constitucionales del mundo, principalmente sobre la no intervención del Estado a las libertades de las personas en su ámbito personal.

Autonomía:

⁷² *Ibíd.* P. 125.

⁷³ Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, 1988, Alianza.

⁷⁴ Carbonell Sánchez, Miguel, *La libertad. Dilemas, retos y tensiones*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2008.

La autonomía, como la libertad es un concepto que tiene distintas acepciones, pues su relación con la dimensión interna de la persona, sus pensamientos y las acciones que desarrollo en torno a estos tienen de fondo esta concepción.⁷⁵

La Real Academia Española describe a la autonomía de la voluntad como aquella capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala.⁷⁶

Para Norberto Bobbio la autonomía se refiere al “poder de no obedecer otras nomas que las que me he impuesto a mi mismo”.⁷⁷ Para Bernal Pulido ser libre no significa no tener leyes, sino darse leyes a uno mismo.⁷⁸

Algo similar afirma Kant, Para él la autonomía, vista como voluntad humana es aquella que auto-legisla. Lo que significa que esta no puede ser sometida a una ley exterior, sino que esta debe darse a sí misma la ley moral.⁷⁹ Para este autor la autonomía debe ser universal, está fundada en la universalidad del deber, hasta el punto de que la norma es moral sólo si se extiende universalmente hasta la humanidad entera.

Autodeterminación:

⁷⁵ Palazzani, Laura, *La persona fra la bioética e el diritto*, Turín, Giappicheli, 1996, pp. 163, 181 Y 210. Citando en Ballesteros, Jesús, *¿Derechos? ¿Humanos?* Universidad de Navarra, 2003 p.35

⁷⁶ Real Academia Española, www.rae.es.

⁷⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 113, citando en Bernal Pulido, Carlos, “El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio”, *Isonomía [online]*, 2008, n.29, pp.97-120.

⁷⁸ Óp. Cit. Bernal Pulido, Carlos, “El concepto de libertad en la teoría política...”

⁷⁹ Kant, I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (Edición Bilingüe), Ariel, Barcelona, 1999, citado en Moreno Carlos, “El concepto de autonomía en la fundamentación de la metafísica de las costumbres de I. Kan”, *CUADRANTEPHI*, No. 17, Colombia, 2008.

Tanto la libertad, como la autonomía están íntimamente ligadas al concepto de autodeterminación, también conocido como libre determinación, el cual se refiere a la capacidad que tiene la persona de tomar sus propias decisiones, identidades, formas de pensar para a través de estos definir nuestra personalidad sin la interferencia de personas o fuerzas externas.⁸⁰

Este concepto se encuentra estrechamente ligado a las colectividades, y en la actualidad podemos ver como este término se ha desarrollado mucho entorno a los pueblos indígenas, como la proyección política del axioma de la autonomía personal.⁸¹

La autodeterminación es empleada en la esfera pública para cuestiones políticas, y existe cierto debate en torno al papel que juega, frente a la autonomía personal. Generalmente se prioriza a la autonomía frente al poder político del colectivo, a menos que sea de forma democrática.⁸²

1.2.1.2. Dimensión interna y externa

Robert Alexy señala que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho general de la personalidad y un derecho exhaustivo de libertad general, porque protege acciones, situaciones y posiciones jurídicas de la persona.⁸³

Retomando lo señalado por Alexy, los alcances que tiene el Derecho del Libre desarrollo de la personalidad, a partir de lo que ha establecido el Tribunal

⁸⁰ Díaz-Polanco, Héctor. "Autodeterminación, autonomía y liberalismo. Autonomía Indígenas". *Diversidad de culturas, igualdad de derechos*, 1998, p. 3-10.

⁸¹ Martínez Muñoz, Juan Antonio, "Autodeterminación" *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Madrid, 2007, Vol. 8, p.325-64.

⁸² Ídem.

⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 333-334. Citado en Alvarado Tapia, Katherine del Pilar, "El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España." *IUS. Revista de investigación de la facultad de derecho*, Núm. 10-1, 2021 p. 1-30.

Constitucional Federal Alemán, en la construcción de este derecho a través de su jurisprudencia, el autor identifica la complejidad que representan los alcances de este derecho debido a la protección que brinda de “hacer” y “ser”, y señala que: ⁸⁴

La tesis según la cual el artículo 2 de la LF, contiene "un derecho fundamental independiente que garantiza la libertad general de la acción humana" tiene consecuencias de gran alcance. La libertad general de acción es la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera (...). Esto significa dos cosas. Por una parte, a cada cual le está permitido prima facie -es decir, en caso de que no intervengan restricciones- hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva). Por otra, cada cual tiene prima facie, -es decir, en la medida que no intervengan restricciones- un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, que no intervenga en ellas (norma de derechos). De esta manera, el supuesto de hecho del artículo 2 es ampliado considerablemente. Abarca todas las acciones de los titulares del derecho fundamental (norma permisiva) y todas las intervenciones del Estado en las acciones de los titulares de derecho fundamental (norma de derechos) (...). Pero, según el Tribunal Constitucional Federal, el derecho general de libertad puede extenderse -más allá de la protección de acciones- a la protección de situaciones y posiciones jurídicas del titular de derecho fundamental. Protege entonces no solo su "hacer" sino también su "ser" factico y jurídico. Solo a través de una tal extensión, el derecho general de libertad se ha convertido en un derecho exhaustivo de libertad general frente a intervenciones".

La complejidad a la que se refiere el autor, es lo que doctrinal y jurisprudencialmente se ha denominado como: dimensión interna y externa del libre desarrollo de la personalidad. Desde la perspectiva interna, el derecho protege la privacidad y la autonomía de la persona, frente a cualquier interferencia externa que pueda limitar su capacidad de tomar decisiones.

En cuanto a la dimensión externa, al ser una libertad genérica de acción, como lo menciona Alexy, este derecho permite a las personas realizar cualquier acción que consideren necesaria para el pleno desarrollo de su personalidad,

⁸⁴ Ídem. Bernal Pulido, Carlos, “El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio”, *Isonomía [online]*, 2008, n.29, pp.97-120.

encontrando como único límite la libertad y dignidad de las otras personas y el orden público.

Al respecto la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en México la ha descrito de la siguiente manera:

La libertad "indefinida" que es tutelada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad complementa las otras libertades más específicas, tales como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar la "esfera personal" que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas. En este sentido, este derecho es especialmente importante frente a las nuevas amenazas a la libertad individual que se presentan en la actualidad. Ahora bien, la doctrina especializada señala que el libre desarrollo de la personalidad tiene una dimensión externa y una interna. Desde el punto de vista externo, el derecho da cobertura a una genérica "libertad de acción" que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una "esfera de privacidad" del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal. Al respecto, si bien en un plano conceptual puede trazarse esta distinción entre los aspectos externos e internos, resulta complicado adscribir los casos de ejercicio de este derecho a una sola de estas dimensiones. Ello es así, porque las acciones que realizan los individuos en el ejercicio de su autonomía personal suponen la decisión de llevar a cabo esa acción, al tiempo que las decisiones sobre aspectos que en principio sólo incumben al individuo normalmente requieren de ciertas acciones para materializarlas. En todo caso, parece que se trata de una cuestión de énfasis. Así, mientras que hay situaciones en las que el aspecto más relevante de la autonomía personal se aprecia en la acción realizada, existen otras situaciones en las que el ejercicio de la autonomía se observa más claramente a través de la decisión adoptada por la persona.⁸⁵

⁸⁵ "DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA." *Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, Febrero 2019.

En esta jurisprudencia la Corte señala que, la distinción hecha desde la doctrina sobre la dimensión interna y externa de este derecho, es complicada de distinguir en la práctica, pues en su ejercicio, las acciones realizadas por las personas suponen el uso de ambas dimensiones, pues se presume que para llevar a cabo una determinada acción previamente debe existir la decisión de realizarla. Y en sentido contrario, cuando la persona desde el ámbito de su esfera de autonomía y privacidad decide sobre sí misma, esto supone la necesidad de realizar acciones.

Si bien, como lo señala la Corte, la distinción de las dimensiones de este derecho no son de fácil aplicación en la práctica, si nos ayuda mucho en la comprensión de los alcances que tiene su protección.

1.2.1.2. Obligaciones del Estado frente al Libre Desarrollo de la Personalidad, libertad negativa.

En párrafos anteriores mencionamos de manera muy breve la existencia de un concepto negativo sobre la libertad, el cual representa la no interferencia de las decisiones y acciones de las personas, Berlín sostiene que:

Normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfiere en mi actividad...la libertad política es, simplemente, el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran⁸⁶

Carlos Bernal Pulido sostiene que el libre desarrollo de la personalidad es una libertad negativa, porque niega el poder externo, dentro del ámbito que esta protege, al respecto el autor sostiene que:

⁸⁶ Berlin, "Dos conceptos de libertad", en Id., Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid, 1996, Citando en Óp.cit. Bernal Pulido, Carlos, "El concepto de libertad en la teoría política....

La libertad negativa, tiene un contenido universal, que comprende a todas las opciones humanas que puedan ser emprendida, es decir, todas las conductas posibles. Por ende, el número de esas conductas es infinito y se extiende desde asuntos tan triviales como beber un vaso de agua hasta asuntos tan complejos como crear una red de servidores de internet. Así mismo, el objeto de la libertad evoluciona con los tiempos, se recrea, cambia, y por ello se escurre de las previsiones de todo poder constituyente, por más visionario y garantista que este puede ser. De todo esto se sigue que, además de las libertades constitucionales específicas, la libertad negativa tiene un plus o un contenido adicional. Este plus o contenido adicional constituye el ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dentro de él aparece una amalgama de conductas humanas, algunas de las cuales hasta antes de la Constitución política de 1991 eran irrelevantes para el derecho. Dentro de este ámbito se enmarcan asuntos tan heterogéneos como la posibilidad de contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer soltero, ser madre, elegir el propio nombre, escoger la opción sexual, definir la apariencia o la clase de educación que se quiera tener o el procedimiento médico que se está dispuesto a aceptar cuando se está enfermo. Todas estas posibilidades que conforman aquella parte de la libertad no comprendida en las libertades constitucionales específicas se incluyen entonces dentro del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad(...)⁸⁷

Estas infinitas configuraciones que tiene el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tal como lo señala Bernal Pulido, son lo que ocupa gran parte de la labor de los jueces constitucionales de hoy en día, cuando resuelven asuntos relacionados con este derecho, en donde muchos de los casos resueltos han dado pauta al surgimiento de nuevos espacios y actividades que son reconocidas como parte de esta esfera personal del individuo, como por ejemplo en el caso del

⁸⁷ Bernal Pulido, Carlos, "El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio", *Isonomía [online]*, 2008, n.29, pp.97-120.

consumo lúdico de marihuana, en donde la jurisprudencia mexicana no solo reconoció esta actividad como un derecho protegido por el libre desarrollo de la personalidad, sino en el proceso de su argumentación también reconoció que todas las actividades recreativas y de esparcimiento que las personas realizan en su tiempo libre, forma parte de esta esfera personal de autonomía absoluta.

La libertad en su aspecto negativo es el ejercicio de la autonomía de la persona en su ámbito más íntimo y privada, en el cual no se permiten interferencias de ningún tipo, esto representa especialmente para el Estado una frontera la cual no puede penetrar, por lo que habrá que determinar qué es lo que corresponde a este ámbito de la vida privada y no a lo público o político.

1.3. Marco regulatorio del Libre desarrollo de la personalidad.

Este derecho se encuentra reconocido por diferentes sistemas jurídicos alrededor del mundo y en instrumentos internacionales.

Las definiciones que encontramos en las distintas Constituciones que consagran este derecho, comparten elementos similares que nos pueden ayudar a comprender las principales características del LDP.

1.3.1. Marco Internacional

En el marco del derecho internacional, el libre desarrollo de la personalidad es reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los artículos 22, 26 y 29, desde diferentes perspectivas. Lo podemos encontrar mencionado como un derecho humano, pero también como uno de los fines que debe perseguir la educación, en la Declaración se establecen algunas concepciones sobre los límites del Libre Desarrollo de la Personalidad, al fijar una relación entre los deberes de la persona con su sociedad y la capacidad de poder ejercer este derecho.

Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida

cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

De la lectura del artículo 22 de la Declaración, podemos dar cuenta de la importancia en la que se sitúa al derecho, al colocarlo a la par de la dignidad humana. Queremos hacer énfasis en esto, no por la simple posición en el texto, sino porque es justamente la dignidad el fundamento del cual parte el libre desarrollo de la personalidad, además de consagrar los derechos sociales, económicos y culturales, tan importantes para la dignidad de la persona.⁸⁸

Mientras que en el art. 26.2: de la Declaración, se advierte que el Libre desarrollo de la personalidad es mencionado de manera forma diferente, ya no como un derecho sino como uno de los objetos de la educación:

Artículo 26.2: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.”

De este artículo, se distingue la importancia de la educación para la persona, al considerarla como una parte fundamental de la esencia interna del individuo, que conforma parte de su personalidad, por lo el LDP está vinculado a los conocimientos adquiridos y vivencias asimiladas de los individuos.⁸⁹

⁸⁸ García López, Ma. Elisa, “Explorando el libre desarrollo de la personalidad” en: Herrán Aguirre, Alejandro F., Tomando la identidad Trans en serio: sobre derechos, debates en redes y libertad, Tirant lo blanch, México 2021, p. 132.

⁸⁹ Del Pino Padron, María Candelaria. “El derecho humano a la educación proyección: en el libre desarrollo de la personalidad”. *Rev. Fac. Der., Montevideo*, n. 44, 2018, p. 276-306.

Mientras de la lectura del breve artículo 29.1 pareciera no decirse mucho, algunos autores consideran que este que en él se reivindica el deber del individuo hacia la comunidad.⁹⁰

Artículo 29.1: toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

Estos deberes ante la comunidad son importantes para el cumplimiento de los derechos humanos; y podemos interpretar que esta obligación demanda de la persona el activismo dentro de ella y lo invita a convertirse en un ciudadano en un sentido pleno, potencializando su capacidad retórica ante los derechos humanos, algo que creemos podemos observar en casos donde el activismo de la sociedad civil organizada a través de los mecanismos que el Estado le otorga puede contribuir en la construcción del Derecho.⁹¹

Si bien en estos artículos de la Declaración no son extensivos sobre lo que es este derecho en sí, como la mayoría de los documentos en donde se consagran derechos humanos, si nos brindan información acerca de su naturaleza y su fundamentación.

La Declaración Internacional de los Derechos humanos, constituyen un criterio obligatorio de interpretación muy significativo para comprender el sentido exacto de este y otros derechos humanos contenidos en ella, señalado así por la propia SCJN, cuando comenzó la construcción de este derecho considerado de configuración legal.⁹²

⁹⁰ Straehle, Edgar, "Por Una Repolitización De Los Derechos Humanos: Reflexiones En Torno Al Artículo 29.1." Foro Interno. Anuario de Teoría Política, no. 16, 2016, 67–80.

⁹¹ Ídem.

⁹² Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio A., *Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo, criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Editorial Porrúa, México, 2011.

1.3.2. El Libre Desarrollo de la Personalidad en Alemania y Colombia.

El Libre Desarrollo de la personalidad es reconocido por varios Estados Constitucionales como derecho un fundamental a través de su texto constitucional o norma fundamental.

Constituciones como la ley fundamental alemana de 1949 en su artículo 2.1, la española de 1978 en su artículo 10.1, la Constitución de la República Italiana de 1947 en el artículo 3º, y en el caso de Latinoamérica, la Constitución de Colombiana de 1991 en su artículo 16º, todas ellas, consideradas Constituciones extendidas por incluir un largo catálogo de derechos en ellas.

Estas constituciones contienen conceptos con elementos similares sobre el derecho al LDP, en este apartado analizaremos los conceptos de este derecho que se encuentran en la Constitución alemana y la colombiana, la primera es elegida por ser el país donde más ha desarrollado este derecho, esto gracias a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Alemán, y a la Constitución Colombiana por ser la primera en Latinoamérica en incluir al LDP en su texto.

Alemania:

Cuando hablamos del LDP, Alemania es siempre un referente dentro del derecho comparado, por ser el primer países en establecerlo como un derecho constitucional como un derecho fundamental autónomo, pero sobre todo por el desarrollo jurisprudencial y la amplia protección que otorga este derecho a las personas.⁹³

Como ya mencionamos al comienzo de esta sección, esto ha sido gracias al control constitucional realizado en aquel país, a cargo del Tribunal Constitucional Federal Alemán. A través de su jurisprudencia, ha reconocido nuevos derechos a la luz del libre desarrollo de la personalidad, muchos de ellos derivados de nuevos

⁹³Instituto de Estudios Legislativos, Libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de los derechos, México, 2015.

contextos surgidos por el dinamismo que caracteriza al derecho. La evolución de la sociedad y la creación de nuevas tecnologías, que representan nuevas formas que pueden llegar a amenazar las libertades de las personas, como los liberales han sostenido siempre, porque es algo constante, pues es cambio es algo que caracteriza a todas las sociedades humanas.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949, incluyó el derecho al Libre Desarrollo desde su promulgación en su artículo segundo:

Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

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

A través de la jurisprudencia, en Alemania se han establecido los criterios bajo los cuales el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda amparo y protección a ciertas áreas o actividades de la vida de las personas, a través de los casos que se han resuelto, algunos de los más relevantes son enlistados a continuación:⁹⁴

- Derecho a viajar, 1957.
- Derecho a la propia imagen y derecho de expresión, 1973 y 1998.
- Derecho a la protección de la palabra hablada, 1999.
- Derecho a ser escuchado en juicio, 2002.
- Derecho a la autodeterminación de la información, 1983.
- Derecho a no ser obligado a pertenecer a corporaciones innecesarias, 1974
- Derecho al consumo de cannabis, 1994.

⁹⁴ Jürgen Schwabe, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.

La capacidad que tienen los jueces constitucionales en Alemania de reconocer nuevos derechos a través de la interpretación de su Constitución se deriva de su modelo constitucional, el cual sigue el modelo europeo continental, en el cual se realiza un control concentrado o abstracto de la constitución sobre las normas del sistema jurídico.

La jurisprudencia alemana, reconoce al LPD como una libertad “general”, que se contrapone a una libertad referida a una acción específica, la cual se traduce en una libertad de acción la cual no se encuentra circunscrita a una actuación determinada, como por ejemplo la libertad de expresión o de trabajo, sino la establece como una acción o actuación en general de la persona.⁹⁵

El LDP es entendido por el Tribunal Federal Alemán como la facultad que toda persona tiene de hacer o no hacer lo que quiera y la particularidad del bien jurídico protegido de este derecho radica precisamente en la indeterminación de la “acción” garantizada.⁹⁶

Este derecho fundamental al LDP ha permitido a los jueces alemanes el reconocimiento progresivo de nuevos derechos fundamentales, por lo que Alvarado Tapia sostiene que el LDP constituye una verdadera cláusula de los derechos no enumerados, el muestra sus límites con base al principio de legalidad y proporcionalidad.

Colombia:

En Latinoamérica, Colombia ha sido el país que mejor y mayor desarrollo ha tenido sobre este Derecho. En este proceso de constitucionalización de los derechos humanos del cual ya hemos hablado, este país estableció su nueva Constitución en

⁹⁵ *Óp. Cit.* Alvarado Tapia, Katherine del Pilar, “El Libre Desarrollo De La Personalidad. Análisis Comparativo De Su Reconocimiento Constitucional En Alemania Y España”...

⁹⁶ *Ídem.*

1991, siguiendo el modelo de los Estados Constitucionales Europeos, incluyó en su artículo 16 al libre desarrollo de la personalidad de la siguiente manera:

Artículo 16: Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.⁹⁷

La corte constitucional a través de su jurisprudencia ha denominado al derecho al libre desarrollo de la personalidad como la expresión máxima de los derechos fundamentales, pues según la Corte Colombia, este derecho protege la autonomía y de ella se deriva la propia persona, ella debe darle sentido a su existencia y en armonía con él un rumbo.⁹⁸

Algo muy interesante que sostiene la corte colombiana, es que: los fines de la comunidad política no puede pasar por encima de los fines que la propia persona elige, porque el libre desarrollo de la personalidad parte de una consideración de tipo axiológico: el principio de la dignidad humana y el carácter liberal de su constitución.⁹⁹

Según con lo expuesto por Maldonado, existen sentencias paradigmáticas que como consecuencia han contribuido a la disolución del bien común, la despenalización del consumo personal de narcóticos, la despenalización de la eutanasia o del homicidio por piedad y la despenalización del aborto. Ya que detrás del reconocimiento del derecho de estas acciones, se niega un bien de carácter objetivo y verdadero, como lo es por ejemplo la salud.¹⁰⁰

⁹⁷ Constitución Política de la República de Colombia.

<http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>

• ⁹⁸ Ordoñez Maldonado, Alejandro, "Personalísimo, libre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común" *Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, Núm. 509-510, 2012, p.p.764.

⁹⁹ *Ibidem*, p.766.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.774.

Como veremos más adelante, si bien Colombia le lleva a México casi 20 años en este proceso de construcción jurisprudencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, nuestro país ha seguido el ejemplo de Colombia en cuanto a la interpretación que hace de su Constitución, pues no solo se han reconocido nuevos derechos que antes no podían ser exigidos ni garantizados, sino incluso el mismo derecho ha sido creado a través de la jurisprudencia.

1.3.3. Marco Nacional

En México el libre desarrollo de la personalidad es un derecho que se ha reconocido recientemente, no por la legislación sino a través de su jurisprudencia.

En las normas nacionales el único referente que tenemos acerca de este derecho es el artículo 19 de la Constitución, el cual en torno a las razones que ameritan de prisión preventiva:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos

*graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.*¹⁰¹

Resulta interesante como encontramos situado a este derecho la Constitución mexicana, sin una definición precisa, o relacionado con algún otro elemento común en otras Constituciones, como la dignidad, la libertad o la autonomía.

Debido a esta ausencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció por primera vez sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad como parte de la dignidad humana, establecida en el artículo 1 de la Constitución mexicana.

1.4. El LDP en la jurisprudencia mexicana

Para comprender el papel que juega en México el derecho al libre desarrollo de la personalidad, su contenido, alcance y su evolución es necesario acudir a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con las reformas hechas a la Constitución desde el 2001, principalmente con la de 2011, los Derechos Humanos tuvieron una apertura al Derecho internacional de los Derechos Humanos. Como ya vimos en párrafos anteriores, en este proceso se han incorporado y fortalecido, principios, valores, mecanismo de control constitucional y adoptado herramientas de tradiciones jurídicas distintas a la nuestra, que han ayudado en el reconcomiendo de “nuevos derechos”, los cuales son reconocidos a luz de los principios y valores que se encuentran en la Constitución.¹⁰²

En este sentido, la labor interpretativa de la SCJN como Tribunal Constitucional e interprete último de la Constitución toma cada vez más relevancia,

¹⁰¹ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación.

¹⁰² Óp. Cit. Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio A., *Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo....*

pues a través de la interpretación y la argumentación se han reconocido nuevos derechos, que no se encuentran establecidos en una norma legislativa. Pero para poder fundamentar el reconocimiento de estos “nuevos derechos” se requieren de herramientas y metodologías interpretativas y argumentativas que auxilien a los jueces a interpretar y argumentar sus razones.

1.4.1. Antecedentes jurisprudenciales

En México al libre desarrollo de la personalidad lo podemos considerar un derecho fundamental de creación jurisprudencial, en ella se han establecido los límites y el contenido de este derecho. Como mencionamos en párrafos anteriores, esta labor realizada por la Corte es fundamental para la garantía de este derecho, ya que como Carlos Bernal Pulido señala el número de conductas que protege es infinito.

Si bien el primer precedente que podemos encontrar sobre el libre desarrollo de la personalidad en el Semanario Judicial de la Federación, es una Tesis en materia penal de un Tribunal Colegiado de Circuito, relacionada con la inconstitucionalidad del Código Penal de Aguascalientes, que consideraba como delito la vagancia y la mal vivencia, en la cual se reconoció el libre arbitrio de las personas entorno a su profesión, se trata de un precedente *conceptual*, ya que los propios ministros de la SCJN han sostenido que el caso paradigmático que comenzó la construcción de este derecho fue el amparo en revisión 6/2008, el cual abordaremos con mayor profundidad.¹⁰³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que el fundamento del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la dignidad humana, contenida en el artículo primero de la Constitución, bajo la premisa de que este derecho es la consecución del proyecto de vida que para sí tiene cada ser humano, como ente

¹⁰³ VAGANCIA Y MALVIVENCIA. EL ARTÍCULO 190 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES, AL PREVER EL NO DEDICARSE EL SUJETO ACTIVO A UN TRABAJO HONESTO, TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Octubre 2002.

autónomo, pues la persona tiene derecho a elegir de forma libre y autónoma, el proyecto de vida que el permita lograr las metas y objetivos que considera importantes para su desarrollo.

Al igual que las Cortes Constitucionales de los países que hemos analizado, la nuestra, la mexicana, ha establecido criterios para delimitar los contornos y el contenido de este derecho, a través del análisis de casos difíciles analizados.¹⁰⁴

En la siguiente tabla se encuentran enlistados aquellos derechos, situaciones jurídicas y actividades reconocidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

| Derecho protegido | Precedente | Resolución |
|--|--|--|
| 1. Derecho a la privacidad. 2. Derecho a la igualdad y no discriminación. 3. Derecho a la Identidad de género. | Amparo Directo 6/2008. | Se vulnera al derecho a la privacidad, al obligar a la persona que realiza un cambio de acta registral a evidenciar frente a terceros una condición que corresponde al fuero interno de la persona, por lo que se deben reservar la publicidad de los datos marginales y las constancias que revelen su condición de transexual. |
| 4. Derecho a la igualdad y no discriminación. | Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. | Ni la familia ni el matrimonio son conceptos inmutables, sino que deben responder a la transformación de la sociedad y, por tanto, todas las expresiones de familia están protegidas por la Constitución. |
| 5. Derecho a la disolución del vínculo matrimonial. | Amparo Directo en Revisión 3979/2014. | El divorcio se puede realizar sin condicionarlo a alguna causal, pues basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno. |
| 6. Derecho a consumir marihuana con fines lúdicos. | Amparo en Revisión 237/2014. | El derecho al libre desarrollo de la permite que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, lo que no |

¹⁰⁴ DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. *Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Diciembre 2009.

| | | |
|--|---|---|
| | | significa que tal derecho no puede ser limitado argumentando el derecho a la salud o el orden público. |
| 7. Derecho al libre desarrollo de la personalidad de niñas, niños y adolescentes | Acción de Inconstitucionalidad 22/2016. | No se debe dispensar a menores de edad para contraer matrimonio, ya que existen otras normas convencionales que, al regular el derecho al matrimonio, no autorizan los matrimonios infantiles o precoces, ni prevén dispensas. Esto porque vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad, al constituir precisamente una protección temporal para que aquéllos puedan disfrutar, en esa etapa de sus vidas, de los derechos propios de la niñez y de la adolescencia, y tengan oportunidad de desarrollarse de forma plena. |
| 8. Derecho de acceso a la información | Amparo en Revisión 800/2017. | Que los menores reciban información adecuada, pertinente y oportuna sobre cuestiones relacionadas con la sexualidad, en virtud de que los adolescentes corren el riesgo de sufrir el contagio y las consecuencias de enfermedades de transmisión sexual, así como los efectos que puede ocasionar un embarazo precoz, no están encaminados a establecer, desarrollar o regular cuestiones atinentes a la sexualidad de los menores de edad, ni mucho menos, atentan contra la creación de un entorno seguro y propicio de los niños, ni impiden el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a los valores que estimen propicios para su desarrollo, sino que reconocen y protegen el derecho de los menores a la igualdad ante ley en su vertiente de no discriminación. |
| 9. Derecho a la igualdad. | Amparo en Revisión 553/2018. | En torno a la técnica de maternidad subrogada, un matrimonio homosexual de varones solicitaron que se les reconociera su derecho de filiación. Se determinó que la falta de vínculo biológico no es suficiente para negar una filiación legal entre ambas |

| | | |
|--|---|--|
| | | partes. Se debe permitir el reconocimiento de hijos de parejas homoparentales que utilicen técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada), pues ellas tienen derecho a la paternidad. |
| 10. Derecho a decidir de forma libre y autónoma el proyecto de vida. | Amparo Directo en Revisión 3937/2020. | El imponer, desde un inicio, la comunidad de bienes como único régimen patrimonial en el concubinato, impide a sus integrantes elegir libremente a qué régimen se quieren someter, por lo que supone una medida desproporcional frente al derecho de libre desarrollo de la personalidad, conforme al cual toda persona tiene derecho a decidir de forma libre y autónoma su proyecto de vida, esto es, la manera en que logrará sus metas y objetivos. |
| 11. Espectros que comprende el Derecho a la salud. | Amparo Directo en Revisión 670/2021. | El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino a la posibilidad de disfrutar el nivel más alto posible de salud física y mental, lo cual depende, entre otras cuestiones, de recibir una información correcta y oportuna. Además, el derecho a la salud se encuentra relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues conlleva tomar decisiones sin controles injustificados o impedimentos, de manera que la conjunción de estos derechos implica la libertad que tiene toda persona de controlar su salud y su cuerpo, de forma que no debe padecer injerencias. |
| 12. Derecho a la Gestación subrogada | Acción de Inconstitucionalidad 16/2016. | Es injustificado impedir que las mujeres tengan la posibilidad de expresar su consentimiento para que sus gametos pudieran ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación; por exigir el consentimiento del cónyuge o concubino para la firma del contrato de gestación. Por perpetuar el estereotipo que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de |

| | | |
|--|--|---|
| | | forma autónoma; por no atender el interés superior de la niñez; y por discriminar a las personas con base en su orientación sexual y su estado civil. |
|--|--|---|

Fuente: Elaboración propia con base a la jurisprudencia sobre el derecho al LDP del Seminario Judicial de la Federación.

Como ya mencionamos, los derechos enlistados en la tabla anterior han sido reconocidos a la luz del derecho del libre desarrollo de la personalidad, a través de los casos analizados por la SCJN, dichos precedentes constituyen criterios de observancia obligatoria para todos los operadores jurídicos, con alcances generales incluso para los otros poderes del Estado.

No se incluyeron aquellos otros precedentes que, si bien constituyen modalidades diferentes de las mencionadas expresiones, estas incluían actividades que ya se encuentran reconocidas por este derecho, como en el caso de la *Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018*, en la cual la actividad amparada por el derecho es la del consumo lúdico de Marihuana, reconocido en 2015 en la sentencia del amparo indirecto en revisión 237/2014.

1.4.1.1. . *Primer antecedente: libertad de género y reasignación sexual*

La SCJN se pronunció por primera vez sobre el Libre Desarrollo de la personalidad como derecho fundamental en enero de 2009, en la ponencia del ministro Sergio Valls, a raíz de la sentencia del Amparo Directo Civil 6/2018, resuelta por el pleno de la corte, en donde reconoció el derecho a la privacidad y la libertad de género y reasignación sexual, el caso estaba relacionado con el cambio registral de nombre y sexo de una persona transexual, y en consecuencia la expedición de una nueva acta de nacimiento al haber realizado el procedimiento médico de reasignación sexual, esto con la finalidad adecuar los datos de identidad pública a su realidad personal y social.

Si bien en el juicio civil la autoridad judicial concedió la rectificación del nombre y sexo, esto no implicó la expedición de una nueva acta, sino únicamente la anotación marginal en el acta de nacimiento original. Razón por la cual se promovió un amparo directo en contra de la sentencia, en donde la agraviada denunció que la autoridad administrativa vulneraba sus derechos fundamentales de igualdad, no discriminación, privacidad, salud y dignidad humana,

De este amparo conoció la SCJN al ejercer su facultad de atracción y de la cual resolvió conceder el amparo para que le fuera expedida un acta nueva de nacimiento con su nueva identidad, con la anotación marginal en el acta original, pero con la restricción de que solo se podrá acceder al acta primigenia a través de orden judicial para preservar la privacidad de la persona.¹⁰⁵

Los primeros argumentos de la sentencia fueron en torno al párrafo primero de la Constitución, el cual establece una prohibición expresa a anular o menoscabar los derechos y libertades fundamentales de las personas y a no discriminarla bajo ningún motivo, el artículo 4º constitucional, que señala que toda persona tiene derecho a la salud. Y además hizo uso de instrumentos internacionales suscritos por México.

De la declaración universal de los derechos humanos analizó y utilizó para argumentar las violaciones incurridas por la autoridad los artículos: 1º, 2º, 3º, 6º, 7º, 12º, y 25º, además de otros contenidos en la Convención Americana sobre derechos humanos (pacto San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos

¹⁰⁵ Tesis aislada del Tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P. LXVI/2009, Núm. de Registro: 165822, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXX, Diciembre de 2009, del Amparo directo 6/2008 de 6 de enero de 2009. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. Sentencia disponible que dio origen al criterio en:

<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190>

Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Todos ellos, sostuvo la Corte en la sentencia, reconocen el derecho a la libertad, a la igualdad a la no discriminación, entre otros, por razón de sexo, al reconocimiento de su personalidad jurídica y que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, teniendo derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Y reconoció la *superioridad de la dignidad humana*, prohibiéndose cualquier conducta que la viole.¹⁰⁶

Además del uso de la doctrina se destaca que la corte sostuvo; que de la dignidad humana, se desprende la teoría de los derechos de la personalidad, en el cual se encuentran, derechos como, el de la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al estado civil, y el propio derecho a la dignidad de la persona y que de acuerdo con esta, el individuo tiene derecho a elegir, en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él son relevantes.

El libre desarrollo de la personalidad comprende entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo, de procrear hijos y cuántos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal, su profesión o actividad laboral; y por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma.¹⁰⁷

Se realizó también un análisis comparativo entre resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos humanos, y la legislación de Alemania, Italia, España, Argentina, Colombia, entre otros.

¹⁰⁶ Sentencia del Amparo Directo 06/2008.

¹⁰⁷ Ídem.

Finalmente, la SCJN concluyó que cada individuo vive su identidad de género y desarrolla su personalidad a partir de ésta, por lo que la reasignación sexual que esta decida constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, por lo que limitar y obstaculizar esta decisión es contrario a sus derechos fundamentales.

Y sobre el derecho a la salud de la persona señalo que este, incluye el bienestar general, y este bienestar es integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona. Por lo que cuando de la reasignación del sexo trate, es necesario que le sea expedida documentos de identidad nuevos para garantizar el estado de bienestar pleno que este derecho a la salud implica.

Por lo que concedió el amparó a la quejosa, y se ordenó a la autoridad la emisión de nuevos documentos de identidad.

De esta sentencia se establecieron once criterios jurisprudenciales los cuales únicamente enlistaremos los rubros para destacar los temas en los cuales la sentencia previamente analizada estableció un precedente:

- *Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende.*
- *Derecho a la salud. No se limita al aspecto físico, sino que se traduce en la obtención de un determinado bienestar general.*
- *Derecho a la salud. Tratándose de la reasignación del sexo de una persona transexual, es necesaria la expedición de nuevos documentos de identidad, a fin de lograr el estado de bienestar general pleno que aquel derecho implica.*
- *Derechos a la intimidad, propia imagen, identidad personal y sexual. Constituyen derechos de defensa y garantía esencial para la condición humana.*
- *Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales.*
- *Reasignación sexual. Es una decisión que forma parte de los derechos al libre desarrollo de la personalidad.*

- *Reasignación sexual. La expedición de una nueva acta de nacimiento por ese motivo, no se traduce en la inexistencia de los hechos o actos acontecidos bajo la identidad anterior ni en la extinción de los derechos y obligaciones del interesado.*
- *Reasignación sexual. La nota marginal en el acta de nacimiento de la sentencia que otorgó la demanda de rectificación del nombre y sexo, con la consiguiente publicidad de datos, viola los derechos fundamentales del interesado.*
- Reasignación sexual. La sentencia que niega la expedición de una nueva acta de nacimiento en la que se rectifiquen los datos relativos al nombre y sexo de una persona transexual, es inconstitucional (legislación civil del distrito federal, vigente antes de la reforma publicada en la gaceta oficial del distrito federal el 10 de octubre de 2008).
- Reasignación sexual. No existe razonabilidad para limitar los derechos fundamentales de una persona transexual, impidiéndole la adecuación de sus documentos de identidad, bajo el pretexto de preservar derechos de terceros o el orden público.
- Reasignación sexual. Preeminencia del sexo psicosocial frente al morfológico para respetar a plenitud los derechos de identidad sexual y de género de una persona transexual.

1.4.1.2. . *La inconstitucionalidad del divorcio sin expresión de causa.*

Otro caso que quisiéramos mencionar, de manera más breve que el anterior, es lo resuelto en el amparo directo en revisión 3979/2014, respecto a la inconstitucionalidad del divorcio sin expresión de causa, resuelto por la primera sala de la SCJN, en la ponencia del ministro Arturo Zaldívar.

En este caso, uno de los cónyuges demandó por la vía civil ordinaria, la disolución de su vínculo matrimonial y la disociación del régimen patrimonial de la

sociedad legal por considerar que se actualizaban diversas causales de divorcio previstas por el artículo 404 del Código Civil del Estado de Jalisco.¹⁰⁸

El juzgado negó la disolución tanto del matrimonio como de la sociedad conyugal y el pago de las costas. Ante esta situación, tanto el demandante como la parte demandada promovieron recursos de apelación de los que conoció la Tercera Sala del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, el cual modificó la sentencia combatida pero únicamente concedió el pago de las costas a una de las partes, dejando firme todo lo demás de la sentencia apelada.

Sobre la sentencia de este Tribunal, se promovió un juicio de amparo, el cual les fue negado por un Tribunal colegiado en materia Civil del tercer circuito. Ante esto, el demandante ahora quejoso, interpuso el recurso de revisión, del cual conoció la primera sala de la SCJN.

La corte realizó un análisis de constitucionalidad al artículo del Código Civil de Jalisco, a través de un *test* de proporcionalidad, después de establecer que el libre desarrollo de la personalidad protege la elección de las personas respecto a sus planes de vida, por lo cual la norma civil violentaba *facie* este derecho.

La norma señalada no superó el escrutinio realizado por la Corte por considerarlo una medida legislativa limitadora señaló, que el divorcio sin causa no atenta contra la sociedad ni la familia como habían sostenido las instancias anteriores y transgrede su derecho al libre desarrollo de la personalidad por impedirle realizar sus planes y proyecto de vida.

Por lo que declaró que el artículo 404, del Código Civil del Estado de Jalisco vulnera los derechos fundamentales, al obligar a los cónyuges a permanecer en matrimonio por no poder acreditar algunas de las causas establecida en dicho

¹⁰⁸ Sentencia del amparo directo en revisión 3979/2014, dictada el 25 de febrero de 2015, para consulta en:

<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=169956>

artículo, y revocó la sentencia recurrida y amparo a los quejosos, teniendo como efecto que la Sala responsable decrete el divorcio sin que exista un cónyuge culpable.

1.4.1.3. La inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana

Finalmente para concluir con el análisis de los precedentes seleccionados, tenemos que la sentencia del Amparo en revisión 237/2014, el cual fue el primero de una serie de amparos promovidos para combatir la inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones de la Ley General de Salud que prohibía a los quejosos fumar marihuana de forma recreativa.

No queda duda que la petición de los cuatro recurrentes miembros de una sociedad civil, a que les fuera permitido el consumo de cannabis con fines únicamente lúdico, causó un gran debate dentro de nuestra sociedad, por las creencias asociadas a su consumo y prejuicio hacia las personas consumidoras, a las cuales se les asociaba con actividades y costumbre negativas.

El amparo se promovió en contra de la negativa de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, encargado de la expedición de autorizaciones para el consumo de drogas y estupefacientes, el cual les fue negado.

Ante esta negativa, los quejosos promovieron un Recurso de Revisión, del cual conoció la Primera Sala de SCJN. La Corte analizó la constitucionalidad de la medida al considerar que esta norma incidía prima facie en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a través de un examen de proporcionalidad, el cual no fue superado por la medida impugnada por considerarla innecesaria y desproporcional, dos de los aspectos que son analizados por dicho examen.

Los alcances de esta sentencia se desarrollarán de tal forma que a este caso se sumaron cuatro más, actualizando el supuesto para establecerse jurisprudencia

por reiteración, declarando la inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones, en un primer momento solo de manera *inter partes*, pero con la declaratoria general de inconstitucionalidad que se realizó posteriormente, estos efectos se establecieron como *erga omnes*, expulsando el sistema de prohibiciones contenida en la norma de salud, obligando a la autoridad administrativa a expedir las autorizaciones pues ya no existe se encontraba limitada por la norma.

El debate generado en torno a los argumentos dados por la corte en esta sentencia genero un hecho sin precedentes en el país, debate que continua hoy en día, pues esta sentencia no se ha cumplido en su totalidad, ya que aún sigue pendiente una regulación legislativa para el consumo de cannabis en México.

A nuestro parecer, este es el precedente más controversial de todos los que hemos descrito, por los argumentos dados en la sentencia de la Corte, ya que se reconoció el derecho al consumo lúdico de marihuana, razón por la cual en el siguiente capítulo, retomaremos la sentencia 237/2014 resuelta el 4 de noviembre de 2015, para analizar de qué forma la SCJN realizó su labor interpretativa y argumentativa para reconocer este derecho a la luz del libre desarrollo de la personalidad, debido alcance que tuvieron los efectos reconocidos en la sentencia y todo el proceso que transcurrió desde la solicitud a la autoridad administrativa hasta la declaratoria general de inconstitucionalidad (DGI).

2. Reconocimiento del LDP en el sistema jurídico mexicano: la sentencia de amparo en revisión 237/2014

*“La vida del Derecho no fue la lógica, sino la experiencia”
Juez Holmes.*

Ya vimos que en México el libre desarrollo de la personalidad (LPD) es un derecho fundamental reconocido en la jurisprudencia, construido a través de la interpretación y argumentación realizada por la SCJN en los casos resueltos por esta.

En este capítulo veremos de manera puntual cómo la Corte lleva a cabo el reconocimiento de actividades relacionadas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como fue el caso de la prohibición absoluta al consumo lúdico de marihuana, en donde advirtió la existencia de una posible violación del LPD por parte de la Ley General de Salud (LGS), retomamos este caso debido a la relevancia del asunto y la metodología empleada para establecer si realmente la norma transgredía este derecho fundamental que consagra la autonomía de las personas.

Para esto, analizamos el proceso que se recorrió para el reconociendo del derecho al consumo lúdico de marihuana, desde la promoción del juicio de amparo por miembros de la sociedad civil organizada hasta la declaratoria general de inconstitucionalidad aprobada por el pleno de la SCJN en junio de 2021. Nos enfocaremos en responder a la pregunta: ¿Cómo se protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el sistema jurídico mexicano desde el ámbito el jurisdiccional?

Adicionalmente, analizamos los argumentos ofrecidos por la Primera Sala de la SCJN y la metodología empleada por ella para realizar su labor interpretativa, con la intención de demostrar la relación que existe entre el sistema normativo (lado pasivo) que reconoce al Libre desarrollo de la personalidad como derecho

fundamental y el sistema de procedimientos argumentativos y de decisión empleados (lado activo) que integran actualmente al sistema jurídico mexicano.¹⁰⁹

2.1. Antecedentes del caso

En México el consumo de cannabis para fines recreativos hasta el momento de la redacción de este trabajo aún no cuenta con un marco regulatorio y el tema aún esta pendiente para ser legislado, esto como consecuencia de la declaración general de inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones que impedía a las personas de manera absoluta el consumo de marihuana.

La declaratoria general de inconstitucionalidad sobre las prohibiciones contenidas en los artículos 235 y 247, último párrafo, 237, 245 fracción I y 248, contenidos en la Ley General de Salud que prohibían el consumo de cannabis y todas las actividades relacionadas a su realización, entre las que destacan la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo y manejo de la planta y derivados de ella, fue aprobada por el pleno de la SCJN con una mayoría calificada de ocho votos a favor. Los efectos de esta declaratoria son *erga omnes* y conllevan a la expulsión de los artículos contenidos en la Ley General de salud del ordenamiento jurídico nacional.

Esta declaratoria de inconstitucionalidad surge como resultado de una serie sentencias de amparos resueltas en un mismo sentido, que fueron promovidos por la sociedad civil organizada, la primera sentencia emitida por la Primera Sala de la SCJN fue en 2015, en el amparo en revisión 237/2014, en donde la SCJN determinó que la prohibición absoluta del consumo de cannabis con fines lúdicos era inconstitucional, conclusión a la que llego después de realizar un análisis sobre la constitucionalidad de la medida legislativa, en la cual la corte aplicó el examen de

¹⁰⁹ Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. de la crisis del Positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2012, p.62.

proporcionalidad¹¹⁰ y consideró que existían alternativas igualmente idóneas para proteger el derecho a la salud y el orden público, la cuales eran finalidades que dicha ley perseguía. Estas alternativas identificadas, eran mucho menos restrictivas y afectaban en menor grado al derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual como ya mencionamos anteriormente tiene como finalidad proteger a la autonomía del individuo y representa además la esfera más íntima y personal de la libertad.

Dentro del análisis ponderativo realizado por la SCJN fueron estimados como desproporcionales en sentido estricto los artículos ya mencionados de la Ley general de salud, pues la protección a la salud y orden público eran mínimos frente a la intensa intervención a la libertad de las personas de elegir libremente que hacer en sus ratos de esparcimiento.

La SCJN informó desde 2015 al Congreso de la Unión como la autoridad emisora correspondiente, tal como lo establece la fracción II del art. 107 de la Constitución, sobre la inconstitucionalidad de los artículos contenidos en la norma de Salud que prohibían el autoconsumo de cannabis.

Finalmente, y después de haberse vencido tres prórrogas otorgadas por la SCJN, el pleno de la corte ordenó a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) la inaplicación de los artículos de la Ley de salud que le impedían otorgar las autorizaciones para consumo de cannabis para fines lúdicos.

2.1.1. Situación actual de la política sobre drogas en México

La cannabis o marihuana¹¹¹ como comúnmente se le conoce, es una planta psicoactiva compuesta por más de 500 sustancias químicas, de las cuales muchas

¹¹⁰ La proporcionalidad como principio es un criterio jurídico utilizado alrededor del mundo para la aplicación judicial de los derechos fundamentales, según Carlos Bernal Pulido en su obra *El Principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, 4ª edición, Colombia, 2014, p. 31.

¹¹¹ Para fines del presente trabajo, se utilizará indistintamente los términos cannabis o marihuana para referirnos a la planta que contiene la sustancia prohibida por la norma de salud.

de estas han sido usadas en distintos tipos de fármaco y han demostrado tener un impacto positivo en la salud para muchas personas. ¹¹²Dentro de estas sustancias, una de ellas, el Tetrahidrocannabinol¹¹³, es la responsable de generar un efecto psicotrópico que distorsiona la percepción de quien consume la planta.

En México, así como en el 96% del total de los países (186) del mundo es Parte de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y mantiene una política de prohibicionismo total de drogas y de combate hacia ellas desde entonces¹¹⁴, la cual se ha fortalecido en los últimos años con un discurso de “guerra contra el narcotráfico” iniciada durante el gobierno de Felipe Calderón, considerando el consumo de drogas un problema de seguridad y no de salud pública, se estima que durante el periodo de Calderón de 2006 a 2012, 70,000 personas fueron ejecutadas de forma violenta y el número de cárteles del narcotráfico se expandió.¹¹⁵

La perspectiva de combate y seguridad nacional bajo la cual se aborda este problema de salud, padecido por un reducido número de personas de la sociedad, ha generado consecuencias como violencia e inseguridad generalizada en algunas zonas del país, la criminalización de personas usuarias y cultivadoras y la expansión de grupos de delincuencia organizada que se dedican al narcotráfico, esto en

¹¹² Scublinsky, Darío, “Uso de la marihuana medicinal en enfermedades reumáticas” *Revista Argentina de Reumatología*, 2017, p. 7-11.

¹¹³ Según el estudio: “Aportes al debate de legalización del uso medicinal de la marihuana en Colombia” publicado en la Revista Facultad Nacional de Salud Pública, el principal componente de la marihuana lo constituyente el psicoactivo delta-9-Tetrahidrocannabinol (THC), se encuentra principalmente en las flores y hojas en concentraciones que oscilan entre 0,5% y 5%. La planta de Cannabis contiene además de THC otros cannabinoides, como son: el cannabiniol, el cannabidiol (CBD), el ácido cannabidólico, el cannabidol y el cannabigerol (CBG). En total se han identificado en la planta unos 66 cannabinoides y unos 400 sustancias activas, de los cuales se desconoce el efecto de la mayoría en el cuerpo humano. Rev. Fac. Nac. Salud Pública Vol. 35, Núm. 1 enero-abril 2017. DOI:10.17533/udea.rfnsp.v35n1a03

¹¹⁴ Naciones Unidas, Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el protocolo de 1972 de Modificación de la Convención ÚNICA DE 1961, Nueva York, 30 de marzo.

¹¹⁵ Rosen, Jonathan Daniel, *La guerra contra el narcotráfico en México: una guerra perdida*, Rev. Reflexiones 94, México, 2015.

contraste con el aumento de consumo de todas la drogas, reflejan la poca efectividad de la política de combate y prohibición de drogas.

En México la marihuana es la sustancia ilegal de mayor consumo, entre 2011 y 2016 existió un aumento significativo en el consumo de la población general al pasar de 6% al 8.6% de personas que ha consumido cannabis alguna vez en la vida. En los hombres el aumento fue de 10.6% a 14%, y en mujeres incrementó de 1.6% en 2011 a 3.7% a 2016), una población consumidora mucho menor a la que podríamos esperar si la comparamos con las medidas implementadas por México en el combate a las drogas, pero principalmente contra el narcotráfico y el contexto de violencia generalizado que se vive en el país.¹¹⁶

La política prohibicionista implementada en nuestro país como en la mayoría de países occidentales para el control de las drogas, ha sido cuestionada por informes y reportes de distintas organizaciones, entre estos destaca el Informe Mundial de Drogas de UNODC de 2008, en él se inidica que el cultivo, suministro ilícito y consumo no ha disminuido y por el contrario, en los últimos años estas actividades han aumentado.¹¹⁷ En dicho informe se propone a los Estados tener como objetivo central en la fiscalización de drogas a la salud pública y no la seguridad pública o el combate hacia todas las actividades relacionadas y a su producción, transportación, distribución y consumo.

En este contexto, la regulación del uso de la *cannabis* en México comenzó a través de un litigio estratégico emprendido por ciudadanos miembros de una organización civil. En el Amparo en Revisión 237/2014 se resolvió por primera vez que la prohibición de consumir *cannabis*, contenida en la Ley general de Salud que limitaba de manera injustificada el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al prohibir de manera absoluta su consumo para fines recreativos existiendo otros

¹¹⁶ Secretaria de Salud, ENCODAT, *Encuesta Nacional de Consumo de Drogas, Alcohol y Tabaco 2016-2017 reporte de Drogas*, P. 47, México, 2017. URL: https://encuestas.insp.mx/ena/encodat2017/reporte_encodat_drogas_2016_2017.pdf

¹¹⁷ NACIONES UNIDAS, oficina contra la droga y el delito, informe mundial sobre drogas, 2008.

medios igual de efectivos que conseguían proteger el derecho a la salud, sin restringir tanto el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La SCJN, a través de un examen de proporcionalidad, analizó la constitucionalidad del sistema legal de prohibiciones administrativas que impiden la obtención de un permiso para el consumo de marihuana y las actividades relacionadas para poder realizar dicho consumo.

A través del análisis de constitucionalidad analizó si la decisión de consumir marihuana con fines lúdicos es una actividad recreativa que encuentra su amparo bajo el paraguas de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual permite a las personas realizar cualquier actividad que considere necesaria para el desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que los derechos de otros y orden público.

Anteriormente la SCJN ha entendido y establecido a través de la jurisprudencia que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental derivado del derecho a la dignidad, que a su vez está prevista en el artículo 1º constitucional, además de encontrarse implícita en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país.¹¹⁸

El libre desarrollo de la personalidad es considerado un derecho de libertad residual, cuyo contenido se ha ido construyendo a través de la jurisprudencia. Como mencionamos en el capítulo anterior, esta construcción comenzó con el Amparo Directo 6/2008, en el cual el Pleno de la Corte resolvió que “el individuo, sea quien sea, tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes”.¹¹⁹

¹¹⁸ Sentencia del amparo directo en revisión 6/2008, de fecha 6 de enero de 2009, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte.

¹¹⁹ *Ibidem*

En este mismo caso se explicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite “la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo”, de tal manera que supone

*“el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera”.*¹²⁰

Por tal, la actividad recreativa o lúdica de *cannabis* forma parte de la esfera de autonomía personal, protegida por la Constitución, la cual no puede ser limitada por el Estado sin que exista un interés superior que lo justifique, como lo veremos más adelante.

La invocación de este derecho fue uno de los argumentos centrales en la demanda de amparo promovida por “Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante” por sus siglas S.M.A.R.T.

2.2. Análisis del caso: el derecho al consumo lúdico de marihuana

Al litigio le precedió un acto administrativo, que en mayo de 2013 fue realizado por cuatro personas miembros de S.M.A.R.T., y la asociación civil en su carácter de persona moral, solicitaron una autorización para consumir cannabis con fines lúdicos o recreativos ante la Comisión Federal para la Protección contra riesgos Sanitarios (COFEPRIS), además solicitaron la autorización para ejercer los derechos de llevar a cabo todas las actividades necesarias para realizar el “autoconsumo” de marihuana, como lo son, la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo, y cualquier otro relacionado con el consumo lúdico y recreativo de manera personal, por lo que

¹²⁰ *Ibídem*

actividades como el comercio, distribución, enajenación y transferencias de las mismas no fueron materia de la solicitud.

El 13 de junio de 2013, la COFEPRIS informó que la solicitud presentada por los miembros de S.M.A.R.T, para la autorización del consumo lúdico de la marihuana, no podía ser expedida pues en los artículos 235 y 237, 245, 247 y 248 se prohíbe de forma absoluta, las actividades relacionadas al autoconsumo de marihuana y se considera al THC una sustancia psicotrópica.

Ante la negativa de la COFEPRIS, el 15 de julio de 2013, los miembros de S.M.A.R.T y la sociedad, en su carácter de persona moral, promovieron un juicio de amparo indirecto, alegando la inconstitucionalidad de estos artículos, argumentando que la decisión de consumir marihuana con fines recreativos estaba protegida por el derecho a la identidad personal, propia imagen, autodeterminación, libertad individual y libre desarrollo de la personalidad, por lo que las medidas establecidas en los artículos de la Ley General de Salud, limitaban el ejercicio de estos derechos.

En la demanda de amparo los miembros de la sociedad argumentaron que los artículos de la Ley de salud que impedían a la COFEPRIS otorgarles el permiso para consumir *cannabis* con fines lúdicos, era inconstitucional por considerar que esta política prohibicionista limitaba indebidamente la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación, que se encuentran protegidos por el principio de la dignidad humana.

Sostuvieron que el Estado no puede limitar o prohibir acciones que realice cualquier individuo para desarrollarse dentro de la sociedad, a menos de que exista un interés superior que los justifique, pues el individuo tiene derecho a elegir de forma libre y autónoma su proyecto de vida y la manera en que logrará los objetivos que considere relevantes; en otras palabras, el Estado no puede imponer modelos y estándares de vida a los ciudadanos, ni intervenir en asuntos propios de la esfera personal y privada de estos.

Los argumentos buscaban demostrar que el consumidor de marihuana, es el único que sufre los efectos de dicho consumo y que la relación que se había establecido entre el consumo de marihuana con alteraciones externas en la sociedad, no tenía una relación causal y que incluso se estaba también vulnerando el derecho a la salud en su aspecto negativo, pues este derecho se considera como la facultad o potestad de disponer de la salud personal, inclusive si esa decisión implica no tener una buena salud.

Otro de los argumentos ofrecidos por los miembros de la sociedad, fue que lo establecido por la norma de salud, se basaba en un prejuicio sustentado en valoraciones morales y no en estudios científicos, y estas prohibiciones constituían una restricción a los derechos antes mencionados, pues la finalidad que perseguía la norma, preservar el orden público y la salud, no era un fin legítimo pues no existía relación entre la restricción de la norma con la obtención de dichos fines.

Advirtiendo así que el Estado se había excedido en sus facultades con las sanciones administrativas y más aún con la penalización de las actividades necesarias para el autoconsumo, como lo son la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, transgrediendo la finalidad objetiva del derecho penal y la libertad individual y corporal de las personas, principios establecidos en el artículo 73, fracciones XVI y XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y sostuvieron que el autoconsumo y sus actividades relacionadas eran actividades que pertenecían a la esfera individual de las personas y que estas no afectaban a terceras personas.

2.2.1. Primera Demanda: Amparo 844/2013

La demanda de amparo fue admitida a trámite el 9 de julio de 2013, con número de expediente 844/2013, conoció de ella el Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal. El juez resolvió negar el amparo después de realizar un examen de constitucionalidad a las medidas establecidas en la Ley general de Salud. Para esto, aplicó un examen de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la norma.

El examen de proporcionalidad es una herramienta de juicio constitucional, que sirve para determinar los alcances de los derechos fundamentales y califica las limitaciones que se les imponen a estos, a pesar de ser utilizada en México desde hace aproximadamente 20 años, hoy en día aún no ha logrado un consenso dogmático y jurisprudencial sobre como llevarse a cabo, lo cual dificulta su aplicación de manera estandarizada para que sea aplicada de la misma forma por todos los jueces del país.¹²¹

Este principio empleado para resolver conflictos entre derechos de rango constitucional tiene su origen en Alemania, consta de tres etapas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹²² De acuerdo con Ibarra Olguín en México, algunos jueces realizan la identificación del fin legítimo como primera etapa en el examen de proporcionalidad, aspecto que desde la postura alemana se encuentra integrado dentro de etapa de idoneidad y en la cual se requiere identificar dos cuestiones; 1) que la medida analizada persiga un fin constitucionalmente legítimo, y 2) que la medida logre en algún grado dicho fin.¹²³

Antes de entrar de lleno al examen de proporcionalidad se debe determinar la existencia de la incidencia al derecho humano, es decir, si realmente existe una restricción al derecho provocada por la norma. En esta etapa previa al análisis debe identificarse qué es lo que la norma restringe y los alcances, haciendo una interpretación en sentido amplio de la disposición constitucional que contenga al derecho.

¹²¹ Sánchez Gil, Rubén, “Proporcionalidad y juicio constitucional en México”, *El test de proporcionalidad convergencias y divergencias*, México, Centro de estudios constitucionales SCJN, 2021, pp.25.

¹²² Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 4ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp.874.

¹²³ Ibarra Olguín, Frida Daniela, “La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *El test de proporcionalidad convergencias y divergencias*, México, Centro de estudios constitucionales SCJN, 2021, pp.177.

En un primer momento el juez de distrito argumentó que los conceptos de violación respecto a la persona moral eran inoperantes, pues la dignidad humana y los derechos que derivan de ella, como lo es el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, imagen y autodeterminación era propia y exclusiva de los seres humanos, por lo tanto, no cabía la existencia de una violación de estos derechos a la persona moral.

El Juez realizó un análisis del marco legal nacional e internacional de los derechos referidos por los quejosos y destacó que a pesar de no encontrarse expresamente en la Constitución, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, este derecho se encontraba establecido en la jurisprudencia desde 2008 como un derecho humano de libertad residual y de autonomía personal, el cual deriva de la dignidad humana establecido en el artículo 1º constitucional.

En la etapa de la identificación del fin legítimo, el Juez concluyó que las medidas establecidas en dichos artículos actualizan una restricción constitucionalmente válida, pues estas tienen el objetivo de proteger el derecho a la salud de la población en general, el cual se encuentra consagrado en el artículo 4º de la Constitución, por lo que todo acto relacionado con el consumo de sustancias psicotrópicas es catalogado como una conducta dañina para la salud.

Así mismo determinó que dicha medida era instrumentalmente adecuada e idónea para alcanzar el fin de proteger este derecho, y además proporcional, pues no se prohibía el consumo de marihuana, sino que en la norma se establecieron condiciones para el ejercicio de esta actividad, por lo que el impacto a los derechos referidos en la demanda de amparo era mínimo.

“La idoneidad de la intervención en un derecho fundamental que se refiere a la aptitud que ésta tenga para contribuir de algún modo a realizar el fin legítimo que busca esa medida. Si la intervención no tuviera la capacidad para lograr dicho fin, o contribuir a ello, alegarlo es simplemente un pretexto para intervenir en el derecho

fundamental, y de tal manera esta afectación resultaría gratuita, inmotivada e injustificada.” ¹²⁴

Superado este segundo peldaño, el juez analizó la medida bajo el criterio de *necesidad, el cual exige que la intervención en el derecho fundamental se dé con un grado estrictamente imprescindible*. Para lo cual el Juez consideró que estos artículos contenían la postura del Estado sobre política prohibicionista de las drogas, el cual consideró como un instrumento para proteger el derecho a la salud y el orden público, pues del consumo de estas sustancias podían derivarse conductas delictivas por estar en estado de perturbación de la conciencia, este argumento desde nuestro punto de vista tuvo como base la propia política punitiva del Estado mexicano.

El 20 de agosto de 2013, el Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, dictó sentencia definitiva al caso, señaló como inoperantes e infundados los conceptos de violación presentados y negó la protección constitucional a los quejosos.

Ante la decisión del Juez, el día 30 de diciembre de 2013 los quejosos presentaron un recurso de revisión, en el cual de manera sustancial se agraviaron, por la indebida fundamentación en la decisión del Juez de distrito, ya que fue omiso en valorar la evidencia científica presentada y demás, agregaron que en los conceptos de violación, en donde exponen sus argumentos respecto a la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, el Juez hizo caso omiso a la mayoría de los argumentos expuestos, y se limitó a dar razones gratuitas e indebidamente motivadas, las cuales solo buscaban sostener que las prohibiciones no vulneraba los derechos reclamados.

¹²⁴ Sánchez Gil, Rubén, “Proporcionalidad y juicio constitucional en México”, El test de proporcionalidad convergencias y divergencias, México, Centro de estudios constitucionales SCJN, 2021, pp.36

En cuanto a la respuesta del Juez a que la medida impugnada era constitucional, los recurrentes sostuvieron que establecer que una medida es constitucional, solo por tener como fin proteger un derecho humano, en este caso el derecho a la salud, no es motivo razonable para limitar a otro derecho, sino que la constitucionalidad dependerá de si dicha restricción cumple con los demás requisitos exigidos por el examen de proporcionalidad.

Si bien, mencionamos en párrafos anteriores que el Juez de distrito realizó el examen de proporcionalidad, en él cual determinó que la política prohibicionista era un instrumento para proteger el derecho a la salud, y era una medida idónea para proteger este derecho y el orden público, no reconoció que el Estado podía adoptar medidas más flexibles que la restricción absoluta del consumo de *cannabis* para proteger dichos derechos.

En el recurso de revisión los recurrentes sostuvieron que las prohibiciones en las normas sí imponen modelos y estándares de vida:

“sólo se respeta la identidad de cada sujeto si se le permite actuar en consecuencia a sus propios rasgos, cosmovisiones, concepciones de la vida buena y elementos que a su juicio lo definen y singularizan. En este sentido, los recurrentes sostuvieron que ellos se singularizarían y lograrían tales objetivos mediante el consumo de marihuana, de la misma forma que otras personas lo logran a partir de los deportes que practican, sus pasatiempos, la comida que les gusta y la compañía que guardan, sin que le esté permitido al Estado estigmatizar y prohibir dichas conductas, salvo cuando se acredite fehacientemente que tal actividad vulnera derechos de terceros.”¹²⁵

¹²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, sentencia de 4 de noviembre de 2015, México.

Señalaron también que las interpretaciones del Juez respecto a los derechos de libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad resultaban limitadas, pues no considero que en el concepto “proyecto de vida” se incluye cualquier actividad relacionada con su vida y su cuerpo, y que no necesariamente tiene que ver con la apariencia y profesión, pues dentro de este concepto también se incluyen todas las actividades privadas, sociales, recreativas, culturales, de ocio y esparcimiento.

Se impugnó además la afirmación del Juez en el sentido de que el consumo de marihuana puede llegar afectar a la sociedad en general, pues en su dicho no estaba basado en ninguna evidencia científica. Agregaron que el juez no se pronunció respecto a los alcances del derecho a la salud que expusieron en la demanda de amparo, y que disponer de la salud propia forma parte de este derecho.

Además, el Juez de distrito calificó como inoperantes los argumentos que señalaron que los artículos de la ley general de salud transgredían la facultad del Congreso de establecer delitos, pues dicha facultad del congreso de legislar en estas materias “no es una potestad libre e irrestricta.”¹²⁶

En lo que respecta al análisis de las pruebas ofrecidas por los ahora recurrentes, estos señalan que ofrecieron como evidencia, un informe derivado de un estudio científico realizado por la Fundación Beckley, acreditada ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, el cual no fue considerado ni valorado por el Juez, lo cual lleva suponer que la decisión del juez se baso en consideraciones de índole puramente moral y prejuicios sociales porque históricamente el consumo de *cannabis* se relaciona a clases sociales bajas y a actividades delictivas. Esto es relevante porque en el informe ofrecido se brindó información suficiente sobre los efectos reales que provoca en la salud el consumos

<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%20237-2014%20v.%20p%C3%BAblica%20PDF.pdf>

¹²⁶ *óp. Cit.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014,

de *cannabis*, sus efectos, y el grado objetivo de peligrosidad de las sustancias contenidas e la planta.

Por último, argumentaron que el Juez otorgó valor probatorio a la Encuesta Nacional de Adicciones 2011, sin establecer una relación causal entre el aumento del consumo de *cannabis* y las acciones implementadas por el gobierno.

2.2.2. Segunda instancia: Amparo en Revisión 237/2014

La primera sala de la SCJN conoció del recurso de revisión presentado después de ser turnado por un tribunal colegiado de la Ciudad de México y que este calificara que en el asunto subsistía un problema de constitucionalidad, por lo que se actualizó la competencia originaria de la Corte para conocer y resolver de estos conflictos.

La Primera Sala reconoció la legitimación procesal de los recurrentes después de habersele negado la protección del amparo por parte del Juez de Distrito y antes de entrar al análisis de los agravios advirtió que al no haberse planteado agravios en relación con la determinación del Juez de Distrito sobre calificar como inoperantes todos los argumentos relacionados con la persona moral, al considerar que la dignidad humana es un derecho fundamental que solo pueden tener las personas físicas, esta determinación se mantenía firme y se limitaría únicamente al estudio del derecho del libre desarrollo de la personalidad entorno a las personas físicas del juicio.

Para determinar la constitucionalidad de la prohibición absoluta del autoconsumo lúdico de marihuana establecida en los artículos de la LGS, la Primera Sala realizó un examen de proporcionalidad a la medida legislativa, la cual como hemos dicho en párrafos anteriores, en México es realizada en dos etapas, en la primera etapa debe determinarse si existe una incidencia en el derecho fundamental por parte de la medida, mientras que en la segunda se analiza si la medida cumple con las cuatro gradas que componen al test de proporcionalidad.

El cuerpo de la sentencia esta dividida en cinco puntos, para desarrollar los argumentos de la decisión y sus consecuentes justificaciones. En el primer punto explica el marco regulatorio que existe hasta ese momento sobre el control de estupefacientes y psicotrópicos contenidos en la Ley General de Salud, en el segundo se realiza la primera etapa del test de proporcionalidad, en el cual entró al análisis de los elementos que componen al derecho del libre desarrollo de la personalidad y que se encuentran establecidos en los precedentes judiciales que enuncia a lo largo de la sentencia, para así determinar la incidencia de la medida legislativa sobre dicho derecho.

En el tercer punto se realiza la segunda etapa del test de proporcionalidad, abarcando las cuatro gradas que los integran, tal como lo indica la doctrina alemana, y finalmente en los puntos cuatro y cinco se exponen las conclusiones a las que llevo la corte y se precisan los efectos de la sentencia de amparo, respectivamente.

Marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud:

Ahora bien, como señalamos, en este primer punto la Primera Sala expone el marco regulatorio existente, sobre el control de estupefacientes y psicotrópicos en la Ley General de Salud misma que solo permite la autorización de los actos relacionados con los estupefacientes o sustancias psicotrópicas exclusivamente para fines médicos o científicos en los artículos 235 y 247, así mismo en los artículos 237, 245 y 248 se establece una prohibición expresa mediante la cual la Secretaría de Salud tiene prohibido expedir autorizaciones respecto de las sustancias consideradas como un problema grave para la salud pública, entre las cuales se encuentra la cannabis, y el activo de esta, el psicotrópico “tetrahidrocannabinol” (THC), los isómeros $\Delta 6a$ (10a), $\Delta 6a$ (7), $\Delta 7$, $\Delta 8$, $\Delta 9$, $\Delta 10$, $\Delta 9$ (11) y sus variantes estereoquímicas, sustancias materia a quienes soliciten los afectados en relación

con la marihuana para poder ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹²⁷

Al establecer el alcance de las normas impugnadas, la Primera Sala concluyó del análisis de estos artículos que: “las normas impugnadas comportan un “sistema de prohibiciones administrativas” que constituye un obstáculo jurídico para poder realizar lícitamente todas las acciones necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo de marihuana (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.).”¹²⁸

2.2.2.1. Incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido prima facie del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad

Para analizar este elemento, resulta necesario destacar a propósito de la primera etapa del test de proporcionalidad, la explicación realizada por la Primera Sala en el sentido de que esta metodología es usada para determinar la constitucionalidad de las medidas legislativas, que se deriva de la teoría de los derechos fundamentales adoptada por México, en donde se distinguen los alcances del derecho fundamental y la extensión de su protección.

Antes de comenzar con el análisis realizado por la SCJN, vale la pena señalar que si bien esta herramienta metodológica se comenzó a utilizar hace poco tiempo en la impartición de justicia en México, con el propósito racionalizar los conflictos entre normas y los principios constitucionales,¹²⁹ el desarrollo teórico que existe en el país sobre su uso es escaso, debido a la ausencia de la práctica interpretativa en materia de derechos fundamentales que existió en décadas anteriores por parte de los tribunales constitucionales, sin embargo en los últimos años se han ido

¹²⁷ *Óp. Cit.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, p. 26.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 27.

¹²⁹ Sánchez Gil, Rubén, “Nuevos apuntes sobre el principio de proporcionalidad” *Revista del centro de estudios constitucionales de la SCJN*, México, 2015.

incorporando nuevas técnicas de interpretación, como es el caso del test de proporcionalidad, generando nuevos parámetros interpretativos que contribuyen a que el razonamiento judicial sea más complejo y al papel de los jueces como garantes últimos de los derechos humanos.¹³⁰

En esta primera etapa del test de proporcionalidad, debe determinarse si la norma impugnada incide en alcance o contenido *prima facie* del derecho en cuestión, o sea, debe establecerse el grado de incidencia de la medida legislativa impugnada (los artículos de la ley general de salud) en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad y si esta en verdad limita de forma arbitraria el ejercicio de las personas de ejercer su autonomía.¹³¹

Por lo tanto, en esta etapa es necesario hacer una interpretación de la norma para determinar cuáles son los alcances de la prohibición u obligación que en ella se establece. Y de la misma manera debe interpretarse en sentido amplio la disposición constitucional que contenga el derecho fundamental constreñido, para así poder establecer el alcance y contenido *prima facie* de éste.¹³²

Para esto la Primera Sala comienza por reconocer que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho contenido en la Constitución mexicana derivado de la dignidad humana, que protege a la autonomía que tienen todas las personas de ejercer su voluntad, y explican, que éste derecho garantiza el goce de ciertos bienes que son indispensables para la *elección y materialización* del proyecto de vida que cada individuo tiene, este como los demás derechos

¹³⁰ Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales y su interpretación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, P. 47.

¹³¹ *óp. Cit.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014,29.

¹³² *Ibidem*, p.30.

fundamentales contenido en la Constitución tienen la función de “atrincherar” esos bienes contra las medidas estatales o terceras personas.¹³³

Apoyándose de la doctrina, la corte sostiene que es la libertad, el bien más genérico que se requiere para poder garantizar la autonomía de las personas.

Cita además una definición dada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) en el *Elfes*¹³⁴ sobre el libre desarrollo de la personalidad, que define a este derecho como un derecho de libertad residual, el cual brinda protección a un “área residual de libertad” que no cubren las demás libertades, como la libertad de expresión, libertad de tránsito o la libertad de conciencia.¹³⁵ Y ayuda a proteger la actuación humana en los espacios que son vitales para el desarrollo de las personas por lo que este derecho puede ser invocado cuando una acción no encuentra tutela en alguno de los derechos de libertad específicos.

Algo que hay que descartar de esta sentencia, es el uso de la doctrina para explicar la fundamentación de un derecho constitucional, siguiendo esta línea argumentativa la corte cita a Díez- Picazo y señala que el derecho al libre desarrollo de la personalidad en sí misma representa: “un rechazo radical de la siempre presente tentación del paternalismo del Estado, que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas.

El contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad comenzó a dilucidarse dentro de la jurisprudencia mexicana desde 2008, y el primer precedente

¹³³ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 223.

¹³⁴ El Caso *Elfes* analizado por el TCFA en 1957, fue el primer caso en donde se realizó la aplicación del LDP como derecho fundamental autónomo, en donde se declaró la inconstitucionalidad de una norma administrativa que negaba al recurrente la renovación del al recurrente y correlativamente impidiéndole viajar .

¹³⁵ BVerfGE 6, 32, sentencia de 16 de enero de 1957. Citada por la traducción contenida en Kommers, Donald P., y Miller, Russel A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3a ed., Durham, Duke University Press, 2012, p. 402.

que tenemos de este es el Amparo Directo 6/2008, en donde se reconoció como un derecho fundamental derivado de la dignidad humana consagrada en el artículo 1º de la Constitución y que además se encuentra implícito en tratados internacionales de derechos humanos a los que México a suscrito.

Como mencionamos en párrafos anteriores en el Amparo Directo 6/2008 se establecieron algunos de los elementos más importantes que componen al libre desarrollo de la personalidad dentro del sistema jurídico mexicano, y cabe repetir el siguiente párrafo de la sentencia en donde reconocen que todas las personas tienen: “el derecho a elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes”.¹³⁶

Como habíamos mencionado anteriormente éste derecho consagra la autonomía de las personas, para llevar a cabo todas las actividades que ellos consideren necesarias para “la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo”, pues la persona tiene la capacidad y autonomía para decidir sobre el sentido de su propia existencia, en base a sus valores, ideas, expectativas, gustos, sin que el Estado pueda interferir en esta esfera de autonomía, siempre que dichas acciones no dañen a terceros.¹³⁷

En la sentencia se señala que el derecho del libre desarrollo de la personalidad es comprendido por varios aspectos, la corte retoma nuevamente consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional alemán, ahora en el caso Eppler, y sostiene que este derecho tutela la libertad de forma indefinida y además complementa a otras libertades más específicas, además agrega que la relevancia de este derecho reside en la capacidad que tiene para aplicarse ante nuevas amenazas a la libertad individual y panoramas nunca antes vistos que tal vez no puedan ser ni siquiera imaginados el día de hoy.

¹³⁶ *óp. Cit.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014.

¹³⁷ *Ibidem*, p.33.

Otro de los elementos expuestos sobre del libre desarrollo de la personalidad en la sentencia y que la Corte retomó de la doctrina, es la doble dimensión de este derecho, que comprende una dimensión externa y otra interna. En donde la dimensión externa representa un derecho genérico de realizar cualquier acción, mientras que la interna se refiere la protección que brinda a la esfera de privacidad en contra de las irrupciones externas que influyan o limiten la capacidad de las personas a tomar decisiones.¹³⁸

De lo antes expuesto podemos advertir que este derecho tan genérico e indeterminado, reconocido a través de la jurisprudencia mexicana como un derecho fundamental contenido en la Constitución necesita delimitar su contenido, sus alcances y límites a través de la resolución de casos concretos. Y esto es precisamente lo que la Corte ha hecho, y por esta razón en párrafos posteriores incluye los criterios en los cuales fueron establecidos elementos de este derecho, de los cuales únicamente mencionare dos de ellas y los elementos más importantes:

En la Tesis aislada: *REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD*, se reconoce que la reasignación sexual: constituye una decisión que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, en tanto es una expresión de la individualidad de la persona, respecto de su percepción sexual ante sí mismo, lo que influye decisivamente en su proyecto de vida y, por ende, en sus relaciones sociales”¹³⁹

En 2010 la SCJN retomó este criterio para resolver la acción de inconstitucionalidad 2/2010, promovida por el Procurador General de la República,

¹³⁸ Eberle, Eduard J., “Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview”, *Liverpool Law Review Journal. of Contemporary Legal and Social Policy*, vol. 33, núm. 3, 2012, p. 211

¹³⁹ Novena Época, Registro: 165698, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, Materia(s): Civil, Tesis: P. LXIX/2009.

en la cual solicitó la invalidez de la reforma hecha a los artículos 146 y 391 del código Civil del entonces Distrito Federal, en donde se modificó los sujetos que comprenden la figura del matrimonio:

“ARTÍCULO 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código.” Sustituyendo las palabras “hombre y una mujer” por “dos personas”.¹⁴⁰

Y el artículo 391, que si bien no sufrió modificaciones textuales en dicha reforma, los efectos jurídicos cambiaron debido a la modificación del artículo anterior:

“ARTÍCULO 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.”¹⁴¹

En la sentencia, el pleno del SCJN aludió a diversos derechos humanos y descatacó que aún no estando enunciados expresamente en la Constitución se encuentran protegidos por los tratados internacionales, y además encuentran su fundamento constitucional en los principios de igualdad, no discriminación y

¹⁴⁰ Novena Época, Registro: 40696, Instancia: Pleno, Tipo: Sentencia de la Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, P. 69.

¹⁴¹ *Ibíd.*

dignidad humana. Se retomó la idea de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es una facultad fundamental para que todo ser humano pueda realizarse de acuerdo a sus particulares valores, ideas, aptitudes, gustos. Reafirmando la importancia de respetar y la libertad y autonomía de realizar su proyecto personal de vida a través del libre desarrollo de la personalidad, y concluyó que se deben tomar en cuenta como elementos esenciales que integran a este derecho, la identidad personal, que es a su vez conformada por la identidad sexual y la identidad de género.¹⁴²

Otro de los criterios que resulta trascendental mencionar, y que la primera Sala retomó para explicar como los precedentes han ido integrando nuevos elementos al contenido y delimitación al libre desarrollo de la personalidad, es lo sostenido en el divorcio sin expresión de causa:

“Divorcio sin expresión de causa. Constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad” con numero de registro 2008492, en donde se concluyó que: “decidir no continuar casado y cambiar de estado civil, constituye la forma en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida; es decir, el modo en que decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida.”¹⁴³

Podemos darnos cuenta con el análisis de estos precedentes sobre el libre desarrollo de la personalidad, de que éste es un derecho fundamental reconocido dentro del parámetro de control constitucional mexicano, el cual atrinchera cualquier decisión y conducta que la persona considere necesaria para poder elegir y realizar

¹⁴² Silva Meza, Juan N. y Valls Hernández, Sergio A., *“Transexualidad y Matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo, criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”* Edit. Porrúa, primera edición, México, 2011, p.19-38.

¹⁴³ Décima Época, Registro: 2008492, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II , Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LIX/2015 (10a.), Página: 1392.

un proyecto de vida, sin que las decisiones de dichas conductas resulten perjudiciales para las demás personas o la sociedad.

Tanto el contenido como los límites del libre desarrollo de la personalidad se han ido precisando a través de la jurisprudencia por reiteración de criterios establecidos en la resolución de casos, que era la forma de establecer jurisprudencia obligatoria hasta el inicio de la undécima época del Semanario Judicial de la Federación.¹⁴⁴ Estos criterios han servido de guía para la evolución y desarrollo de este derecho en el derecho mexicano como lo abordaremos más adelante.

Este derecho como vimos en los párrafos anteriores se ha desarrollado a través de casos concretos, en el análisis de la sentencia AR/237/2014, se introdujeron nuevos espacios y actividades las cuales de acuerdo con lo sostenido por la SCJN cuentan con la protección del LDP. En este caso concreto se reconoció que la decisión de ingerir sustancias que produzcan experiencias que “afecten” los pensamientos, emociones y sensaciones de la persona, como sucede en el caso de consumo de alcohol y tabaco, los cuales cuentan con sistema de regulación que permite a las personas acceder libremente a ellas sin ser sancionados. La corte sostuvo que la actividad de consumir marihuana se encuentra dentro de las actividades más personales e íntimas que alguien puede experimentar, al tratarse de experiencias mentales.

Por lo que la actividad del autoconsumo de marihuana con fines lúdicos o recreativos se encuentra protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues es una decisión que pertenece a la esfera de autonomía más personal, que se encuentra protegida por los principios de dignidad y libertad de la Constitución.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Negrete Cárdenas, Michael Rolla. “La nueva jurisprudencia por precedentes: un reto para la Suprema Corte en la construcción de líneas jurisprudenciales”. *Hechos y Derechos*, 2021.

¹⁴⁵ óp. Cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, p. 40-41.

La primera Sala concluyó que la medida de prohibición absoluta del autoconsumo de *cannabis* de forma recreativa, contenida en la LGS, incide en el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y constituyen un obstáculo jurídico, es decir, que los artículos impugnados le impide a los quejosos ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad al impedir su capacidad de decidir qué tipo de actividades recreativas puede realizar en su tiempo libre, incluyendo también las actividades relacionadas o encaminadas a la realización de dicho consumo.

Mencionó además que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como todos los demás derechos, no es un derecho absoluto, encuentra sus límites ante otros derechos, o en aquellas medidas que persigan un objetivo constitucionalmente válido. En la ya antes mencionada resolución del amparo directo 6/2008, el Pleno de la SCJN explicó que este derecho: “encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público”.

Además explicaron, retomando la obra *Justicia constitucional y derechos fundamentales* del jurista Prieto Sanchís, que los límites externos de este derecho operan como cláusulas que autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo de la personalidad para perseguir esos fines, y que estos derechos y los límites de estos operan como principios, por lo que delimitarlos suponen una colisión entre derechos y principios, que debe resolverse a través del examen de proporcionalidad y el cumplimiento de las cuatro gradas que lo integran.

Por lo tanto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a la decisión de consumir ciertas sustancias con fines de ocio o esparcimiento, pero este no es de carácter total o definitivo, por lo que determinar qué tanto el Estado puede restringir este derecho debe estar debidamente fundamentado con razones suficientes y de peso, esto es de lo que se ocupa el análisis de constitucionalidad realizado por la SCJN en el examen de proporcionalidad utilizado como metodología para argumentar su tan controversial decisión.

2.2.2.2. *Test de proporcionalidad en sentido amplio, y sus cuatro gradas:*

Por lo antes expuesto, y al haberse establecido la incidencia de la medida legislativa impugnada sobre el contenido *prima facie* del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, la metodología indica que debe examinarse si existe una justificación constitucional que legitime la prohibición contenida en la norma de salud, la cual debe superar las cuatro gradas de escrutinio de dicho test para poder determinar su constitucionalidad; estas gradas o también llamadas etapas son:

- A. La constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida;
- B. Idoneidad;
- C. Necesidad; y
- D. Proporcionalidad en sentido estricto.

El examen de proporcionalidad es una metodología empleada para fundamentar las decisiones en los procesos judiciales y legislativos, cuando existen tensiones entre principios, desde la teoría de la argumentación jurídica propuesta por Robert Alexy, fundamentada en el discurso práctico general, partiendo de la argumentación y la validez de la argumentación en la dogmática jurídica.

Alexy propuso una teoría del razonamiento jurídico, entendiendo al derecho como una ciencia y toma como base la teoría del discurso de Habermas, que distingue entre el uso cognitivo y el uso interactivo del lenguaje, para conectarla a las teorías de derecho y la actividad argumentativa.¹⁴⁶

Este examen o *test* de proporcionalidad como es comúnmente llamado, ha sido adoptado en México desde 2004, y es un herramienta o procedimiento interpretativo y argumentativo, que encuentra su justificación en los principios de

¹⁴⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Atienza, Manuel y Espejo, Isabel, 2da. Edición, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.

la igualdad e interdicción de la arbitrariedad, y la cual es utilizada por el juzgador para resolver conflictos entre las normas y la verificación de la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental.¹⁴⁷

Según el tipo de escrutinio (rígido, ordinario o laxo) los elementos a considerar para realizar este *test* pueden ser: si la norma a) persigue un fin constitucionalmente legítimo; b) es un medio adecuado o racional para la obtención del fin, esto representa que debe existir una relación de instrumentalidad entre el medio y el fin; c) si la medida es necesaria, y d) que esta sea proporcional. Cuando las normas impugnadas traten sobre derechos humanos se realizarán las cuatro gradas o etapas del *test*, mientras que cuando sean asuntos relacionados a la materia tributaria y económica el control será flexible y la aplicación del *test* se limitara a verificar que la disposición analizada persiga una finalidad constitucionalmente válida, que el medio elegido satisface un nivel mínimo de idoneidad y que exista correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado que justifique la intervención legislativa diferenciada entre los sujetos comparables, sin exigirle al legislador que justifique su elección pues los criterios de justificación serán mínimos.

A) La constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida

La primera grada del examen de proporcionalidad corresponde a la constitucionalidad de los fines perseguidos. En esta parte del análisis se debe determinar si la restricción al derecho fundamental analizado persigue fines constitucionalmente válidos. En la sentencia se menciona que es importante identificar cuáles son los fines que legitiman la intervención del legislador.

¹⁴⁷ Campuzano Gallegos, Adriana, *Manual para entender el juicio de amparo teórico-práctico*, Thomson Reuters, México 2019.

Citando a Bernal Pulido, la SCJN sostiene que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, son fines legítimos que pueden llegar a restringir a otros derechos en la búsqueda de su realización.¹⁴⁸

En este asunto, la corte analizó los artículos contenidos en la LGS que intervienen en la realización del ejercicio de las personas al libre desarrollo de la personalidad y su justificación constitucional.

De la interpretación sistemática de los artículos de LGS que contienen la prohibición absoluta de consumir *cannabis* con fines recreativos, así como de los distintos procesos de la reforma a la ley, se desprende que la intención del legislador de prohibir por completo el consumo de *cannabis* para fines recreativos se deriva de la preocupación de los efectos nocivos a la salud asociados al consumo de esta sustancia y de mantener el orden público.

Con la finalidad de promover el bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades, establecido en la ley, se implemento en ella un control sanitario de los psicotrópicos y narcóticos, pues desde la visión del legislador su consumo representa un problema de salud pública al generar dependencia en los consumidores.

Además, en la exposición de motivos de la Ley General de Salud, se señaló que el consumo y comercialización de drogas, es uno de los problemas de salud pública más serios a nivel internacional, el cual se ha complejizado por la internalización de las actividades ilícitas relacionadas con estas actividades.¹⁴⁹

¹⁴⁸ *óp. Cit.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, P. 45.

¹⁴⁹ Exposición de motivos realizada por Ejecutivo Federal en el proyecto de reforma de las fracciones I y III del artículo 245 de la Ley General de Salud, de 23 de enero de 2012.

De esta manera, se identifican que los derechos que busca proteger el legislador a través de la norma de salud son justamente el derecho a la salud y el orden público, ambas finalidades fueron determinadas como constitucionalmente válidas.

En México el derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 4 de la Constitución, por lo que la finalidad perseguida en los artículos de la norma de procurar la salud de los consumidores de drogas y proteger a la sociedad de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de las drogas y sus efectos nocivos para la sociedad en general, son constitucionalmente validas.¹⁵⁰

Ahora bien, la SCJN ha establecido a través de precedentes judiciales, que el derecho a la salud esta integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental, el derecho a la integridad físico- psicológica y la obtención de un determinado bienestar general”.¹⁵¹

En la sentencia se menciona además que el derecho a la salud, tiene una faceta social o pública, la cual implica un deber para el Estado de identificar y atender los problemas de salud que afectan a la sociedad y establecer mecanismos para que todas las personas tengan acceso a servicios de salud, de ahí subyace la relación entre la protección de la salud pública es un interés legítimo del Estado que es reconocido por la Constitución y que le permite establecer las acciones necesarias para alcanzar dicho fin, como la implementación de políticas públicas y la identificación de los problemas que afectan a la salud pública, como lo hace la LGS al considerar el consumo de marihuana como un problema de salud publica,

¹⁵⁰ óp. Cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, p. 48.

¹⁵¹ P. LXVIII/2009, sustentada por el Tribunal Pleno, consultable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, Diciembre de dos mil nueve, página seis, de rubro: “DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL”.

principio constitucional que según la propia corte en la sentencia estable como el bienestar de la sociedad en general.

Pero aclara que, prohibir el consumo de marihuana por la simple autodegradación moral no constituye ni persigue un propósito legítimo, pues la Constitución permite que cada persona elija su plan de vida y adopte el modelo de virtud personal sin imponer un ideal de excelencia humana.¹⁵² Por lo que aquellas afectaciones al desempeño social vinculadas como efectos de la marihuana no pueden considerarse como razones válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

B) Idoneidad

Al haber superado la constitucionalidad de los fines perseguidos por la medida, el derecho a la salud y al orden público, la segunda grada del análisis es la idoneidad, la cual se da si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos por el legislador, por lo que se presupone que existe una relación empírica entre la intervención del derecho y el fin que persigue dicha intervención, siendo suficiente que la medida contribuya de alguna forma a lograr el propósito del fin legítimo.¹⁵³

En la grada o etapa de idoneidad se debe determinar si existe una relación empírica entre el consumo de marihuana y los daños a la salud que se estiman en la interpretación sistemática realizada previamente en la etapa del fin legítimo.

Para esto, se analizó la relación empírica de cuatro de los afectos atribuidos al consumo de *cannabis* relacionados a los daños a la salud y orden público.

¹⁵² óp. Cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, p. 50.

¹⁵³ Ibídem, p.54.

La Corte señala que al examinar la literatura científica sobre los efectos del consumo recreativo de *cannabis* identificó los siguientes estados relacionados con este:

1. *Afectaciones a la salud;*
2. *Desarrollo de dependencia;*
3. *Propensión a utilizar drogas más duras; y*
4. *Inducción a la comisión de otros delitos.*

Para superar la grada de idoneidad, basta con la existencia de “una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador”.¹⁵⁴

Y demostrar la relación empírica entre el medio establecido, (la prohibición absoluta del consumo) y los fines legítimos, (la salud y el orden público), aún cuando dicha afectación sea mínima.¹⁵⁵

Dentro de la sentencia se plantea el argumento sobre la ineficacia de la prohibición para disuadir y reducir el consumo de drogas, pues destacan el aumento del consumo de drogas en la población mexicana de entre 12 a 65 años, con datos de la Encuesta Nacional de Adicciones, pero también señalan que la ineficacia de la norma prohibitiva no es motivo suficiente para determinar la idoneidad de la medida, pues en esta etapa del análisis basta con que exista un relación empírica entre las afectaciones mencionadas, como el daño a la salud y a la sociedad y el consumo de marihuana, sin importar el grado o entidad que tengan.

¹⁵⁴ *Ídem*

¹⁵⁵ Primera Sala, Tesis Aislada (Constitucional), Tesis:1a. CCLXVIII/2016 (10a.) del Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015.

Afectaciones a la salud:

La primera Sala realizó un análisis de la evidencia científica encontrada en la literatura y estudios empíricos que abordan las afectaciones del consumo de cannabis. En cuanto a las afectaciones a la Salud, se concluyó a partir de la evidencia, que el consumo de marihuana en personas adulta no supone un riesgo importante para la salud, si no se utiliza de forma crónica y excesiva.

Las alteraciones en la percepción de la conciencia son temporales, y alguno de los efectos que se pueden presentar en las persona son; pánico, reducción de la ansiedad, estado de alerta, tensión, incremento de la sociabilidad, reducción gradual de funciones cognitivas y motoras, así como percepciones intensificadas de la realidad o alusiones visuales, dependiendo del nivel de intoxicación que se genera con la ingesta del psicoactivo THC. Pero todos estos efectos descritos son reversibles y no representa un riesgo probado para la salud.¹⁵⁶

Las alteraciones crónicas a la salud como consecuencia del consumo de marihuana como cánceres respiratorios no encuentran aún un conceso determinado y las posturas son controvertidas, pues esta situación se puede relacionar también con el consumo de tabaco que de igual forma realizan los consumidores de *cannabis*, por lo que no se puede establecer una conexión causal entre el consumo de marihuana y el cáncer.

Mientras que del análisis de la investigación realizada por *Royal College of Physicians of London*, en *Cannabis and Cannabis- Based Medicines Potential Benefits and Risks to Health* de 2005, la Primera Sala de la Corte señaló que los daños respiratorios son los mismos que se producen al consumir cualquier otra sustancia fumada, como el tabaco y que incluso la marihuana resulta menos dañina que otras sustancias, como el opio, las anfetaminas, el alcohol, los barbitúricos,

¹⁵⁶ óp. Cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, p.56.

por lo que este y otros reportes concluyen que el peligro de la marihuana se ha sobreexponido.¹⁵⁷

Por lo tanto, la Primera Sala de la SCJN concluyo, ante el conceso de la evidencia médica y científica revisada, que el consumo de marihuana ocasiona daños a la salud, pero estas no pueden calificarse como graves, siempre y cuando los consumidores no sean menores de edad.

Desarrollo de dependencia:

Existe, según la literatura científica analizada por la Sala, una distinción entre el abuso y la dependencia a una sustancia. El abuso supone el uso continuo de drogas mientras que la dependencia precisa que el consumo satisfaga criterios adicionales, como el desarrollo de tolerancia a la droga, síndrome de abstinencia e interferencia del consumo con el desarrollo de otras actividades del consumidor, por lo que los consumidores regulares de *cannabis* no son necesariamente considerados farmacodependientes.¹⁵⁸

Contrario a lo que se cree, la mayoría de los estudios afirman que existe un bajo grado de probabilidad de que la marihuana produzca dependencia, pues los usuarios que la desarrollan son muy pocos, ya que solo el 9% de las personas que consumen marihuana desarrollan dependencia, cabe señalar que se menciona la evidencia de otros reportes en cuanto que algunos consumidores crónicos de marihuana si desarrollaron farmacodependencia.

Propensión a utilizar drogas más duras:

En los estudios analizados por la SCJN se demuestra que la marihuana tiene un nivel de incidencia muy bajo en el consumo de drogas más peligrosas, pero sin

¹⁵⁷ óp. Cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, P.57-58

¹⁵⁸ Argumento basado en el estudio: "Early Onset Cannabis Use and Psychosocial Adjustment in Young Adults", *Addiction*, vol. 92, 1997, p. 279, en *Amparo en Revisión 237/2014*, P. 59.

embargo si se ha identificado una relación entre el consumo de esta y otras drogas más intensas como la heroína y cocaína.

Los factores que influyen en el consumo pueden ser diversos, pues no existen un consenso que explique dicha relación, ya que esta puede ser atribuida a distintos factores distintos al de consumo de marihuana, como pueden ser los condicionamientos, socioeconómicos, culturales y biológicos de la persona consumidora. Aunque algunos estudios descartan la posibilidad de la relación que sostiene el consumo de marihuana a drogas más duras, se concluyó que existe una pluralidad de razones ajenas a la propia sustancia que pueden inducir al consumo de otras drogas. Sin embargo, la sentencia refiere que se aumenta la posibilidad de consumir marihuana por primera vez si existe presión o uso continuo de pares.

Inducción a la comisión de otros delitos:

Finalmente se analiza la evidencia relacionada con la comisión de crímenes cometidos por el consumo de marihuana, en donde la correlación que se le atribuyó a la comisión de delitos y el consumo de marihuana fue estadísticamente muy baja, y además se señala que el origen de ambas conductas puede tener las mismas causas sociales.

Los estudios demuestran que la marihuana por sí sola no lleva a las personas a realizar delitos violentos, sino todo lo contrario, pues esta sustancia inhibe los impulsos de agresión del usuario, ya que generalmente produce estados de letargo, somnolencia y timidez.¹⁵⁹

En cuanto a la relación que existe entre el consumo de marihuana y los accidentes de autos por manejar bajo los efectos de la sustancia, los estudios demuestran que estos efectos disminuyen las habilidades necesarias para conducir, por lo que aumentan las posibilidades de sufrir accidentes viales, y esta se incrementa si se mezcla con otras sustancias como el alcohol. Por lo que se

¹⁵⁹ óp. Cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, P. 63.

concluye que, si bien de la evidencia analizada no se puede concluir que el consumo de marihuana incentiva la comisión de otros delitos, si expuso los efectos negativos que puede llegar al tener si se conduce bajo sus efectos.

Por todo lo anterior, la Primera Sala de la SCJN concluyó que existe evidencia suficiente para considerar el consumo de marihuana, causa afectaciones a la salud de escaso impacto, mientras que el supuesto de que el consumo de *cannabis* aumenta la criminalidad no pudo demostrarse de los estudios analizados. En cuanto la relación entre los accidentes vehiculares por encontrarse bajo los efectos del consumo de *cannabis*, se concluyó que la norma impugnada es una medida idónea para proteger el derecho a la salud y el orden público.

Si bien la excesiva restricción del derecho fundamental al extenderse a hipótesis desvinculadas del fin legítimo no hace carecer a la norma de “aptitud” para ser idónea, si deja clara la existencia de opciones menos lesiva para alcanzar el propósito del legislador con la norma, como veremos a continuación.¹⁶⁰

C) Necesidad de la medida.

En esta etapa se debe corroborar si la medida legislativa es *necesaria* para proteger la salud y el orden público o si por lo contrario existen medidas alternativas que sean igualmente efectivas pero que afecten en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este criterio exige que la intervención al derecho fundamental se dé con un grado estrictamente imprescindible.¹⁶¹

¹⁶⁰ Sánchez Gil, Rubén, “Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto”, en: *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, Coord. González Carvallo, Diana B. y Sánchez Gil, Rubén, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, México, 2021, p.68

¹⁶¹ Sánchez Gil, Rubén, “Proporcionalidad y juicio constitucional en México”, en: *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, Coord. González Carvallo, Diana B. y Sánchez Gil, Rubén, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, México, 2021, p. 36.

¹⁶¹ *óp. Cit.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014.

Además de determinar si existen otras alternativas iguales o más efectivas a la contenida en la medida analizada, se debe analizar si estas alternativas intervienen en menor grado al derecho fundamental limitado, basado en una evaluación de la relación costo- beneficio jurídico de cada alternativa y aportando razones suficientes en la elección de unas sobre otras.¹⁶²

Con el fin de delimitar el amplio catálogo de las alternativas que podrían existir para regular dicha actividad, la Primera Sala decidió analizar solo aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas en situaciones similares sobre la regulación de actividades relacionadas a sustancias perniciosas para la salud que generan un daño similar, como lo son el sistema de regulación del consumo de alcohol y el de tabaco¹⁶³ así como alternativas implementadas en otros países. Comprender y reconocer el margen de apreciación adoptado por la autoridad legislativa es fundamental en esta etapa del análisis, pero atendiendo siempre a los principios de democracia y división de poderes.¹⁶⁴

Del análisis de la evidencia encontrada en informes como el *Report by the Advisory Committee on Drug Dependence* y estudios de carácter científico citados en la sentencia, la SCJN sostuvo, que si bien la actividad de consumir marihuana produce los mismos problemas respiratorios que cualquier otra sustancia fumada, esta resulta mucho menos dañina para la salud que otras sustancias como el opio y el alcohol, sustancia que, como sabemos cuenta con un régimen de permisión controlada bastante flexible.

De la comparación realizada a las regulaciones de sustancias por afectaciones a la salud similares a la marihuana, específicamente las del tabaco y el alcohol, se identificaron elementos que fueron expuestos para la construcción de una medida alternativa menos restrictiva que la prohibición absoluta de marihuana

¹⁶² *óp. Cit.* Sánchez Gil, Rubén, “Proporcionalidad y juicio constitucional en México”; p. 37.

¹⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, sentencia de 4 de noviembre de 2015, México.

¹⁶⁴ *óp. Cit.* Sánchez Gil, Rubén, “Proporcionalidad y juicio constitucional... p. 36.

con fines recreativos, como lo son los espacios físicos o lugares de consumo, prohibiciones en torno a la conducción de vehículos y maquinaria pesada bajo los efectos psicoactivos y que pueda poner en riesgo la vida de las personas, así como restricciones a la publicidad y restricciones en la edad de las personas para poder consumir *cannabis*. Concluyendo que si bien estas regulaciones limitan el ejercicio del consumo de sustancias perniciosas sin llegar a prohibirlo de forma absoluta.

Sobre el análisis realizado en el derecho comparado sobre las regulaciones que existen para el consumo de *cannabis*, se mencionaron los Estados con regulaciones menos restrictivas para el consumo e incluso aquellas que incluían la actividad de comercialización de la sustancia, modelos complejos de comercialización como es el caso de California en Estados Unidos, en donde las actividades relacionadas con la distribución de dicha sustancia se encuentra estrictamente reguladas por autoridades del Estado y son autorizadas a particulares a través de la expedición de licencias que les permiten, cultivar, producir, transportar y almacenar la marihuana.

Se resaltaron también medidas más específicas como los niveles de concentración de marihuana permitido en la sangre para actividades como el manejo de vehículos, y una elevada fiscalización de la sustancia y sus derivados, recursos que después son destinados específicamente a promover la educación, investigación y tratamientos relacionados con la *cannabis*.

En contraste, en Uruguay el Estado es el único encargado de la regulación de actividades como comercialización, producción y distribución de marihuana, fija el precio del producto, lleva un control confidencial de todas las personas consumidoras, limita el cultivo permitiendo hasta cierto número de plantas por casa habitación y establece las cantidades que una persona puede consumir por semana.

En el caso del modelo de regulación holandés, lo que se destacó dentro de la sentencia fueron las restricciones establecidas únicamente sobre el consumo y los lugares donde se llevan a cabo. Zonas conocidas popularmente como *coffe*

shops, sobre las cuales existen regulaciones muy específicas acerca las cantidades que pueden almacenar y vender a una persona.

De los aspectos evaluados fueron enlistados por la SCJN, como elementos que podrían incluirse como una medida alternativa menos restrictiva que la prohibición absoluta los siguientes: I.- Limitaciones a los lugares de consumo; II.- Prohibición de conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de la sustancia; III. Prohibiciones a la publicitación del producto; IV. Restricciones a la edad de quienes pueden consumir.¹⁶⁵

Si bien esta serie de medidas propuestas no prohíben de forma absoluta el consumo si limitan su realización, la SCJN señala también que además de las medidas que se pueden adoptar para una regulación menos restrictiva, estas deben ir acompañadas por políticas educativas y de salud, como lo han hecho otros países que han legalizado el consumo lúdico, con el fin de proporcionar información sobre los efectos a la salud, así como programas sociales enfocados en atender a personas que desarrollan una adicción.

Al establecer una medida alternativa al sistema de prohibiciones administrativas impugnado, que limita el ejercicio del consumo lúdico de marihuana, la SCJN debe analizar si es esta medida propuesta es idónea para alcanzar los fines perseguidos por la norma de salud impugnada y evaluar si es causalmente adecuada para prevenir o combatir los daños que se señalaron anteriormente y que se asocian al consumo de la marihuana.

La corte señaló que es más eficaz un política que busca impedir las afectaciones a la salud y ataca los factores sociales que causan el consumo de marihuana, en lugar de una medida que atiende el problema indirectamente a través de la prohibición total de su consumo. Por lo que la corte sostuvo que tanto las políticas educativas y de salud, así como la prohibición de publicitar la sustancia son medidas idóneas para impedir afectaciones relacionadas con el consumo a terceras

¹⁶⁵ óp. Cit. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, p. 72.

personas, mientras que las medidas que prohíben el consumo en espacios públicos, conducir o manejar instrumentos peligrosos bajo los efectos de la marihuana también constituyen medidas eficaces para evitar daños a la sociedad y prevenir accidentes.

Habiendo establecido la eficacia de las medidas alternativas identificadas por la SCJN el segundo aspecto de la grada de necesidad radica en determinar si estas medidas propuestas intervienen con menor intensidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad que el sistema de prohibiciones administrativas contenido en la norma de salud.

La Primera Sala sostuvo que: *“la medida alternativa examinada no sólo es idónea para evitar que se produzcan los daños o afectaciones a la salud y al orden público señalados anteriormente, sino que además es una medida menos restrictiva del libre desarrollo de la personalidad.”*

Por lo que la prohibición contenida en la medida legislativa que impide cualquier acto relacionado al consumo de marihuana en cualquier circunstancia podría limitarse a desalentar dicho consumo con prohibiciones de los actos de consumo en circunstancias más específicas, como las propuestas anteriormente señaladas por la Primera Sala de la Corte, para así alcanzar los fines pretendidos por el legislador contenidos en la norma de salud.

Por lo que, la SCJN sostiene que el sistema de prohibiciones administrativas compuesto por lo artículos impugnados de la Ley general de Salud son altamente suprainclusivos. Y nos explica que una norma es considerada suprainclusiva cuando regula circunstancias que no encuentran fundamento en la justificación de dicha norma.¹⁶⁶

Regular el consumo de marihuana, acotando la edad de consumo, el lugar y las circunstancias especiales que se plantearon anteriormente, son medidas que

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 76

influyen directamente en los supuestos en los que si se producen daños a la salud y al orden público, por lo que la intervención que se hace al derecho del libre desarrollo de la personalidad es mucho menor al que la prohibición absoluta prevista en los artículos de la LGS.

Por lo anterior expuesto la corte concluyó que el sistema de prohibiciones administrativas contenido en los artículos impugnados de la LGS constituye una medida innecesaria, pues se demostró que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público a las establecidas en la medida impugnada y que intervienen en menor medida al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, la Primera Sala declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos al no haber superado esta grada del *test* de proporcionalidad.¹⁶⁷

D) Proporcionalidad en sentido estricto de la medida

Si bien quedo demostrada la inconstitucionalidad de la medida en el análisis realizado en la grada anterior del test de proporcionalidad, la SCJN decidió realizar el examen de proporcionalidad en sentido estricto, con la finalidad de demostrar el desequilibrio entre la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado mínimo de satisfacción de los fines perseguidos por la medida legislativa impugnada.

Esta última grada del análisis la SCJN nos explica citando a Carlos Bernal Pulido que el examen de proporcionalidad en estricto sentido consiste en realizar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto, para esto se compara el grado de intervención que tienen la medida sobre el derecho fundamental frente al grado de realización del fin perseguido por esta, para así realizar una ponderación entre los beneficios obtenidos de la limitación establecida en la norma, entiendo a estos como los derechos que se pretenden

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 76 y 77.

proteger y los costos que producen las limitaciones al derecho fundamental contenidas en la medida analizada.

Para esto, la Primera Sala comparó la eficacia del sistema de prohibiciones administrativas para el consumo de marihuana que protegen el derecho a la salud y el orden público con el nivel de afectación que produce dicho sistema al contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, si bien se demostró la idoneidad de la medida al establecerse la relación entre la medida y el fin, en esta misma etapa del test se demostró también que el consumo de marihuana no supone un riesgo para la salud de las personas mayores de edad pues las consecuencias a largo plazo son poco probables cuando el consumo no comienza a temprana edad.

También se menciona el bajo porcentaje de personas que consumen marihuana y desarrollan dependencia a la sustancia, menos del 10% de la población, mucho menor al de otras drogas o sustancias reguladas como el tabaco o el alcohol, de igual forma se demostró en el mismo sentido que propensión del usuario a la inducción de terceros al consumo es más baja de lo estimado, mientras que en tanto a las actividades como la conducción de vehículos y maquinaria bajo los influjos de la marihuana si supone un riesgo para el orden público, sobre la afirmación acerca de que el consumo de esta sustancia incentiva la comisión de otros delitos, la Corte sostuvo que existía incertidumbre sobre esta.

Al contrastar las afectaciones reales que representa el consumo de marihuana para la salud y el orden público frente al sistema de prohibiciones administrativas contenidas en la Ley General de Salud, la SCJN identificó como intensa la afectación al derecho del libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa.

Enfatizó que los artículos impugnados imponían un obstáculo jurídico que impedía a los quejosos consumir marihuana de forma lícita, así como también para las actividades y acciones necesarias para llevar a cabo el autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.)

Anteriormente en la sentencia, antes de entrar al análisis de la constitucionalidad, se determinó que los artículos impugnados representaban una intervención en el libre desarrollo de la personalidad pues las actividades recreativas y lúdicas que las personas deciden realizar en su tiempo libre forman parte la esfera de autonomía personal que protege este derecho, por lo que el Estado no puede interferir en dichas decisiones aunque dichas decisiones puedan representar afectos negativos para la propia persona.

Por lo que la intervención de un derecho fundamental, como lo es el libre desarrollo de la personalidad, que prohíba de manera absoluta la realización de una conducta o actividad que se encuentre protegida por él, será más intensa que una intervención que se limite o regule en *ciertas condiciones* el ejercicio de este derecho.¹⁶⁸

Ya que la medida analizada no busca regular la forma, condiciones o lugares donde pueden realizarse dichas actividades de autoconsumo atendiendo los fines constitucionalmente validos que persigue, sino más bien prohíbe de manera absoluta todas las conductas relacionadas, la Corte sostuvo que: “la afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta el sistema de prohibiciones administrativas regulado en la Ley General de Salud puede calificarse como muy intensa,”¹⁶⁹ esto después de haber analizado todos los beneficios y costos de la medida.

La protección a la salud y el orden público que otorga por la medida impugnada es mínima en comparación con la intensa intervención a la autonomía de las personas, al obstaculizar la capacidad de las personas para decidir libremente sobre cuáles actividades lúdicas realizar en sus tiempos libres, razón por la cual la SCJN calificó a la medida como desproporcional en estricto sentido.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.79.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.80.

Si bien la Corte reconoció el papel que tiene el legislador y su capacidad de limitar el ejercicio de aquellas actividades que considere afectan los derechos contenidos en la Constitución, en el caso de la restricción al libre desarrollo de personalidad concluyeron que en la medida impugnada no se encontraron afectaciones de tal gravedad como para justificar una prohibición absoluta de consumo.

Además y como se mencionó en la etapa de necesidad, existen medidas alternativas que afectan en menor grado el libre desarrollo de la personalidad, basado en *regímenes de permisiones* y regulaciones con un enfoque diferente al actual, incluyendo a la salud y la educación sobre el consumo como punto central de las políticas públicas, las cuales el legislador podrá o no tomar en cuenta, pues la SCJN fue clara al sostener que no minimiza los daños que el consumo de marihuana puede ocasionar en las personas adultas, pero *la decisión sobre su uso solo le corresponde tomarla a cada individuo*.

La medida impugnada superó las dos primeras gradas del examen de proporcionalidad, (idoneidad y la constitucionalidad de los fines perseguidos) pero no así la grada de necesidad y la de proporcionalidad en estricto sentido, por lo que la Primera Sala de la SCJN declaró la inconstitucionalidad de los artículos de la LGS, que contenían el sistema de prohibiciones administrativas que impedían a la Secretaría de Salud emitir autorizaciones para la realización de actividades relacionadas con el autoconsumo de marihuana como lo son la siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte, lo cual cabe señalar no tiene efectos sobre aquellas actividades relacionadas con actos de comercio o distribución dicha sustancia.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, en 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

En este mismo punto la Corte señaló restricciones similares a las del consumo del tabaco para ejercer este derecho, al prohibir que sea ejercido frente a menores de edad y en lugares públicos en donde haya terceros afectados.

Algo que es necesario aclarar, como bien lo hizo la propia Corte, es que esta declaración de inconstitucionalidad no abarca los artículos del código penal que criminalizan las actividades relacionadas al consumo de marihuana, aunque el hecho de que ahora la Secretaría de Salud tenga la obligación de emitir las autorizaciones relacionadas con dicho consumo, establecida en los artículos 235 y 247 de la Ley General de Salud, permite a los consumidores realizar dichas actividades en el marco de lo establecido en el Código Penal Federal en sus artículos 194 fracción I, 195, 195 Bis y 196 Ter, el cual hace una excepción para quienes tengan dicha autorización, eximiéndolos de la comisión de los delitos contenidos en estos artículos.

2.2.3. Efectos de la sentencia del amparo indirecto 237/2014

La Primera Sala de la SCJN, declaró inconstitucionales los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, que prohíben a la Secretaría de Salud expedir autorizaciones relacionadas a las actividades de autoconsumo con fines lúdicos o recreativos del psicotrópico “THC” contenido en la planta comúnmente conocida como Marihuana.

Puesto que consideró en las últimas dos gradas del test de proporcionalidad, que las prohibiciones establecidas en esta Ley ocasionaban una afectación muy intensa al derecho de libre desarrollo de la personalidad, en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se establecía con la medida. Y al existir medios alternativos igualmente idóneos, que afectaban en menor grado a este derecho.

mariguana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico “THC” (tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7 Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas).

Finalmente el 4 de noviembre de 2015 la Primera Sala de la SCJN resolvió, revocar la sentencia recurrida por los quejosos y otorgales el amparo y protección en contra de los artículos de la Ley General de Salud declarados como inconstitucionales y mencionados en los párrafos anteriores.

Vale la pena comentar brevemente algunos detalles en torno a la decisión de la Primera Sala de la SCJN, la cual fue aprobada por mayoría de 4 votos, con la disidencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, y la formulación de dos votos concurrentes por parte de la ministra Norma Lucía Piña Hernández y el ministro José Ramón Cossío Díaz, el cual manifestó en uno de los puntos de su voto, su desacuerdo con la metodología empleada, pues él consideraba que “hubiera sido deseable acudir al conocimiento científico especializado de manera formal, así como escuchar las opiniones de diversos sectores”¹⁷¹

2.2.4. El debate público y el diálogo entre los Poderes del Estado

Si bien esta sentencia solo garantizaba la protección de la intervención de la norma a las personas físicas que promovieron el juicio de amparo indirecto y el posterior recurso de revisión que fue analizado por la SCJN, los argumentos vertidos en ella detonaron un debate público acerca de la efectividad de la política prohibicionista de drogas en México, así como del uso y los efectos, tanto negativos como positivos, que han sido comprobados científicamente son provocados por el consumo de marihuana.

Lo que trajo consigo un diálogo sin precedentes entre los otros poderes de la unión sobre el consumo y política de drogas en México, calificado así por el ministro presidente de la SCJN, el cual ha continuado hasta hoy en día gracias a los mecanismos previstos en la ley de amparo, instituidos después de la reforma realizada en 2011 a esta ley, en los casos en donde se declara la

¹⁷¹ Niembro Ortega, Roberto, “Contribuciones de la Suprema Corte a la deliberación democrática. El caso Marihuana”, en Salazar Ugarte, Pedro *et al.* (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, UNAM, 2019, p. 210.

inconstitucionalidad de una norma general en una sentencia de amparo indirecto en revisión y la reiteración en cuatro ocasiones más del criterio interpretativo sobre la inconstitucionalidad de la medida, corresponde aplicar el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, el cual abordaremos con mayor profundidad en el siguiente capítulo.¹⁷²

Este debate llegó a tal escala, que en 2016 el entonces presidente de la República, Enrique Peña Nieto, convocó a un debate Nacional sobre el uso de marihuana, en donde se llevaron a cabo foros entorno a cinco puntos centrales relacionados a esta práctica, I. La salud pública, II. Ética y Derechos Humanos, III. Aspectos económicos y de Regulación, IV. Seguridad Ciudadana, y V. Conclusiones. Esto con la finalidad de dar voz a expertos de distintas áreas y a la sociedad en general.¹⁷³

El Congreso de la Unión hizo su parte, al realizar audiencias públicas y con la creación de un Consejo Técnico para las Alternativas de Regulación de la Marihuana con la finalidad de dar espacio al diálogo comenzado por el Poder Judicial y contribuir en la construcción de una política pública para la regulación de la marihuana.¹⁷⁴

Otro de los temas ampliamente comentados fue sobre el control constitucional efectuado por la Corte sobre la tutela de la autonomía de las personas a través de la protección del libre desarrollo de la personalidad de las acciones que realicen sin importar la estigmatización o impopularidad de estas frente al poder de las mayorías democráticas para regular los efectos de dichas decisiones individuales que suponen un riesgo para la salud pública y la facultad de la SCJN de evaluar la validez de políticas públicas, en este caso en materia de narcóticos,

¹⁷² Silva García, Fernando, *Garantismo Judicial, Marihuana y jueces*, Porrúa, 2021.

¹⁷³ Niembro Ortega, Roberto, "Contribuciones de la Suprema Corte a la deliberación democrática. El caso Marihuana", en Salazar Ugarte, Pedro *et al.* (coords.), 2019, *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 211.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 212.

que antes eran consideradas facultades exclusivas de los otros poderes, que sin bien no es el tema central de esta investigación, consideramos relevante analizarlos pues este debate forma parte de los aportes importantes generados por esta sentencia y que han sido discutidos ampliamente por los operadores jurídicos y la academia, pues es bajo esta facultad de la SCJN fue que realizó su labor interprete último de la constitución en el caso *Marihuana*.¹⁷⁵

2.2.5. Jurisprudencia por reiteración y la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018

En 2018, la corte resolvió cuatro amparos en revisión más en el mismo sentido, aplicando los mismos criterios interpretativos sobre la inconstitucionalidad de la medida recurrida, sentándose así la jurisprudencia referente al caso:

- Amparo en revisión 1115/2017 de 11 de abril de 2018.
- Amparo en revisión 623/2017 de 13 de junio de 2018.
- Amparo en revisión 547/2018 de 31 de octubre de 2018.
- Amparo en revisión 548/2018 de 31 de octubre de 2018.

De la cual derivaron las siguientes criterios jurisprudenciales, todas ellas realizadas en febrero de 2019:

| Nombre de identificación de criterio |
|---|
| <i>“Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. No es una medida proporcional para proteger la salud y el orden público.”</i> |
| <i>“Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas.”</i> |

¹⁷⁵ Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, y García Sarubbi, David, “De la intimidad tutelada y de la regulación del Estado: la doctrina jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte sobre el consumo de marihuana” en Silva García, Fernando, Coord., 2021, *Garantismo Judicial, Marihuana y Jueces*, México, pp. 23-26.

| |
|--|
| <i>“Inconstitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de marihuana prevista por la ley general de salud.”</i> |
| <i>“Derechos de terceros y orden público. Constituyen límites externos del derecho al libre desarrollo de la personalidad.”</i> |
| <i>“Derecho a la protección de la salud. Dimensiones individual y social.”</i> |
| <i>“Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Su dimensión externa e interna.”</i> |
| <i>“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.”</i> |
| <i>“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.”</i> |

Tabla de elaboración propia con información del seminario judicial de la federación.

Después de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y la posterior realizada a la Ley de amparo en 2013, se fortalecieron e instituyeron a nuestro sistema jurídico mexicano mecanismos para la protección y garantía de estos Derechos, como la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Al establecerse jurisprudencia por reiteración en relación a la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de la Salud, se actualizaron los supuestos contenidos en la fracción II del artículo 107 de la Constitución el cual establece:

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la

autorida Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.¹⁷⁶

La SCJN acordó que se dictara la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018 y se le otorga al Poder Legislativo un plazo de 90 días para que realizara la modificaciones necesarias para superar la inconstitucionalidad de la Ley General de Salud.

La declaratoria general de inconstitucionalidad es un mecanismo de control directo de constitucionalidad, que tiene la finalidad de invalidar una porción de la norma jurídica con efectos generales por ser considerada contraria a la Constitución, y que para su tramitación es necesario la emisión de jurisprudencia por reiteración.

Al vencerse el plazo de los 90 días señalado por la Constitución y las posteriores dos prorrogas otorgadas al Congreso de la Unión, el 28 de junio de 2021 el Pleno de la Suprema Corte declaró la Inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, y 247, último párrafo, de la Ley General de Salud que contenían la prohibición de autoconsumo de marihuana con fines lúdicos o recreativos que constituían un obstáculo jurídico para permitir la autorización de dicho tipo de consumo.

¹⁷⁶ Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, art.107, antes de la reforma sobre el precedente judicial de 2021, aplicable para la resolución de la declaratoria general de constitucionalidad 1/2018, acordado así por la propia Corte.

Como mencionamos al inicio de este capítulo, los efectos de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad son *Erga Omnes* y conllevan a la expulsión de los artículos contenidos en la Ley General de Salud del ordenamiento jurídico nacional, por lo que a partir del 15 de julio de 2021 con la publicación de su aprobación en el Diario Oficial de la Federación, la Secretaría de Salud ya no tiene impedimento para poder emitir las autorizaciones para el consumo con fines lúdicos, con las especificaciones establecidas previamente en las sentencias de Amparo Indirecto y posteriormente en la de la Declaratoria, que incluyen que: I. Solo se pueden emitir esta autorización a personas adultas, II. Exclusivamente para las actividades de autoconsumo (adquisición de la semilla, siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte) excluyendo la venta y distribución de cualquier parte de la sustancia. Además de las restricciones del ejercicio del autoconsumo, como el no realizar dicha actividad frente a menores o en lugares públicos, ni hacer uso de vehículos o herramientas de trabajo bajo los influjos de esta sustancia y que pueda poner en riesgo la integridad de terceras personas

Finalmente en la declaratoria general de inconstitucionalidad se exhorta de nueva cuenta al Congreso de la Unión a legislar entorno a este derecho de autoconsumo recreativo de marihuana que ha sido reconocido a través de los Controles Concentrados de Constitucionalidad previstos en la Constitución, el Amparo indirecto y la posterior Declaración realizada por el Pleno de la Corte. Así como también a las autoridades de salud competentes de elaborar las normativas y directrices necesarias para garantizar este derecho y evitar posibles daños a terceros.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018.

3. La declaratoria general de inconstitucionalidad como control de constitucionalidad

El amparo indirecto promovido por los miembros de la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, S.M.A.R.T.¹⁷⁸, del cual conoció la SCJN a través de un recurso de revisión en 2015, objeto de estudio del capítulo pasado, y en el cual la Corte se pronunció por primera vez a favor del autoconsumo lúdico de marihuana, fue un litigio estratégico promovido con la finalidad de incidir en la política de drogas de nuestro país, combatir el monopolio del mercado de cannabis que se encuentra en manos de la delincuencia organizada y con ello reducir el impacto de la violencia que este mismo genera.

Pero ¿cómo es posible que a partir de un amparo indirecto se llegara a una declaración general de inconstitucionalidad apenas seis años después del primer precedente? a través de la cual fueron declarados inconstitucionales los artículos de la LGS con efectos generales para todo el país y que comprendían al sistema de prohibiciones administrativas, lo que finalmente derivó en la declaratoria general de inconstitucionalidad y la expulsión de estos artículos del sistema jurídico mexicano.

El amparo indirecto promovido por los miembros de S.M.A.R.T., es un medio de control de la Constitución que se realiza por la vía jurisdiccional, un mecanismo jurídico a través del cual se puede garantizar el respeto de la regularidad constitucional. Este tipo de mecanismos constituyen un medio de defensa principalmente para los derechos Fundamentales de los ciudadanos, contra normas

¹⁷⁸ “La Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante (SMART) es una iniciativa creada por miembros de México Unido Contra la Delincuencia que, ante la imposibilidad del poder judicial de intervenir en lo general en materia de drogas, decidieron darle un caso concreto a partir del cual se pudiera pronunciarse. SMART es entonces una asociación civil constituida en 2013 con el único objetivo de solicitar autorización sanitaria a las autoridades para que sus miembros (adultos en pleno uso de sus facultades mentales) pudieran producir y consumir cannabis de manera recreativa y sin fines de lucro.” Así se establece en el portal oficial de MUCD: <https://www.mucd.org.mx/casos-politica-de-drogas/>

y actos de autoridad arbitrarios o que exceden las facultades establecidas para el ejercicio del poder por parte del Estado.¹⁷⁹

El procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma, fue implementado a raíz de las reformas constitucionales de junio de 2011, estas reformas tenían como finalidad realizar un control abstracto de regularidad constitucional con efecto *erga omnes*, pero para poder comprender mejor los efectos de dicha declaración, su origen y lo que esta representa en la defensa de los Derechos humanos en México, nos parece pertinente abordar brevemente, qué son estos medios de control constitucional, cuáles son, de dónde provienen y para qué sirven en México.

3.1. Controles constitucionales: difuso, abstracto, concreto y concentrado

Una de las principales características del Estado Constitucional de derecho, es la justiciabilidad de los principios y derechos fundamentales contenidos en ella, los medios de control constitucional fueron creados por el poder constituyente con el fin de mantener a los poderes políticos dentro de los límites de sus atribuciones establecidas en la constitución, que les permita todos los poderes del Estado un desarrollo armónico de sus funciones.¹⁸⁰

Estos controles constitucionales se encuentran dentro del marco del concepto justicia constitucional, son una institución jurídica que sirve como salvaguarda del Estado de derecho, pues ante la ausencia de garantías controladoras, una Constitución no es plenamente obligatoria en su sentido

¹⁷⁹ Garita Alonso, Arturo. et al., *Medios de Control Constitucional*, México, Senado de la República, 2018. P. 9.

¹⁸⁰ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. Manuel Sánchez Sarlo, Ed. Labor, España, 1931, citando en Fix Zamudio, Héctor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humano*, Ed. UDUAL, México, 1988, p.92.

técnico,¹⁸¹ pues el poder político ha demostrado la necesidad de limitar su ejercicio, dicho poder es objeto del control.

En la Constitución se han establecido métodos que buscan evitar el ejercicio abusivo del poder, es decir, que se acaten las limitaciones establecidas en ella misma, y les impide que se lleven a cabo acciones que vulneren las normas que integran al sistema jurídico, o incluso violaciones que las mismas normas puedan llegar a realizar a los derechos establecidos en la Constitución y los principios que en ella se consagran, busca además sancionar a quienes se extralimitan en el ejercicio de sus funciones.¹⁸²

Los medios de control constitucional tienen como finalidad salvaguardar los valores contenidos en la Constitución, a través de la verificación de las leyes y actos de autoridad.¹⁸³ Estos medios de control constitucional son clasificados dependiendo del órgano que lo realiza, pueden ser de carácter político o jurisdiccional.

En nuestro país los medios de control de regularidad de la Constitución se encuentran establecidos en esta misma. Los medios de control constitucional políticos o también llamados *no jurisdiccionales* recodidos en México son:

- El Juicio Político; y
- Las Recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

¹⁸¹ Zaldívar, Arturo, "El juicio de amparo y la defensa de la Constitución" en José Ramón Cossío y Luis M. Pérez de Acha, (compiladores), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2000,p. 44.

¹⁸² Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 27.

¹⁸³ Brito Melgarejo, Rodrigo, *Control jurisdiccional y protección de los derechos humanos en México*, México, CNDH, 2015. P. 56.

El primero de ellos se encuentra a cargo del Congreso de la Unión de México, y las recomendaciones como su nombre lo indica por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Mientras que los medios de control constitucional jurisdiccional son:

- El Juicio de Amparo;
- las Acciones de Inconstitucionalidad;
- las Controversias Constitucionales;
- el Juicio para la Protección de los Derechos Político- Electorales; y
- el Juicio de Revisión constitucional electoral.

De estos medios de control, de los cuales conoce el Poder Judicial de la Federación, a la SCJN le compete conocer de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, mientras que del juicio de amparo conocen los juzgados de distritos bajo la revisión de los Tribunales Colegiados.

Los dos últimos son medios de control de la constitución únicamente para resolver conflictos constitucionales relacionados con la materia electoral, de los cuales desde 1996 conoce el Tribunal Electoral para la salvaguarda de los principios de constitucionalidad y legalidad, en un primer momento únicamente constituían un control de legalidad, con efectos al caso concreto y la inaplicación pero en 2012 se estableció que dicha institución tiene competencia para conocer de controversias constitucionales en materia electoral.¹⁸⁴

Hoy en día en México existen dos sistemas de control constitucional de carácter jurisdiccional, los cuales operan en simultaneidad, hablamos del control concentrado a cargo del poder judicial federal y el poder difuso el cual es de aplicación obligatoria para todos los jueces nacionales.

¹⁸⁴ Óp. cit. Garita Alonso, Arturo. et al., *Medios de Control Constitucional*, Medios de control constitucional... p. 42

El primero de ellos puede declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto de autoridad, realizando un control abstracto a través un análisis exhaustivo del contenido de la Constitución, mientras que el control difuso únicamente inaplica la norma contraria a la constitución al caso concreto que este resolviendo el juzgados. La diferencia entre estos dos modelos de control constitucional jurisdiccional se debe a una distinta organización del Estado y distribución de las competencias de los órganos de justicia.

Antecedentes del sistema de Control concentrado o abstracto:

Este tipo de control sobre la regularidad de la constitución tiene su origen en la obra de Kelsen, quien lo describió con detalle en la Teoría pura del Derecho, en donde establece que la Constitución o la norma fundante básica de un Estado es:

*“la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.”*¹⁸⁵

Desde esta perspectiva, la existencia de una Constitución es imprescindible para el Estado de derecho, pero hay que recordar que desde la visión normativista que se le ha atribuido a Kelsen, este control “abstracto” no va, ni ve más allá de lo establecido en el orden jurídico positivizado, pues este no distingue la validez de la vigencia de la norma.¹⁸⁶

¹⁸⁵Kelsen, Hans, “Teoría pura del Derecho”, México, Porrúa, 1993, p. 202, Óp. cit. en Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de Justicia Constitucional*,. ...

¹⁸⁶ Óp. cit. Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de Justicia Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2006.

Este tipo de sistema de control concentrado solo reconoce la facultad de ser ejercido a un solo órgano, y este es diseñado exclusivamente para resolver acerca de la constitucionalidad de actos y normas jurídicas, el cual debe contar con plena autonomía e independencia para poder resolver los asuntos de constitucionalidad respecto a los asuntos jurídicos, e incluso aquellos de índole político.¹⁸⁷

El órgano facultado para ejercer este tipo de control de la constitución normalmente recae en un tribunal constitucional, el cual tiene competencia para realizarlo sobre las principales funciones para el Estado de derecho:

- La producción legislativa, todas las normas de cualquier nivel,
- Los actos de autoridad, ejercidos por el Estado en los planos vertical y horizontal.¹⁸⁸

Este control abarca tanto a gobernantes como gobernados, especialmente a los segundos y normalmente las resoluciones de este son de efecto erga omnes.

Antecedentes del sistema de control difuso o concreto:

Este tipo de control se ha presentado de distintas formas en cada estado en el que ha sido adoptado, dependiendo de la estructura política y las tradiciones jurídicas de cada país. Inglaterra y Estados Unidos son los países que más sobresalen entre los que hacen uso de este tipo de control de la constitucionalidad, en estos participan diversos órganos y no sólo uno como en otro modelo de control.¹⁸⁹

En este tipo de sistema se reconoce a la Suprema Corte de Justicia como el máximo interprete de la Constitución, y es el órgano del Poder Judicial que tiene la última palabra sobre la aplicación de las normas, sin embargo no existe una distinción entre la justicia ordinaria y la justicia constitucional, lo cual significa que un tribunal ordinario puede llegar a conocer asuntos de poca cuantía y al mismo

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 107.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 112.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 116.

tiempo resolver cuestiones sobre la constitucionalidad de una norma o acto de autoridad.

El sistema de control difuso de constitucionalidad en Estados Unidos se estableció en su Constitución desde su conformación como Estado Independiente, en el artículo 6º lo podemos encontrar de la siguiente manera: “ Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se celebren bajo las autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país, y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.” ¹⁹⁰

Podemos observar que al igual que en el sistema concentrado, en el control difuso aplicado por este país, se reconoce el principio de supremacía de la Constitución y la regularidad es una facultad que se encuentra depositada de manera amplia en el Poder Judicial.

Para puntualizar, en el sistema difuso, el control de regularidad esta a cargo de varios órganos que forman parte del Poder Judicial del Estado, por lo que todos los tribunales federales tienen competencia originaria para decidir sobre la constitucionalidad, pero existe una Suprema Corte de Justicia, la cual tiene la última palabra respecto a lo que la Constitución y la regularidad constitucional de los actos y normas, este carácter dual de la Corte Suprema de EUA es similar a la que realiza en México la SCJN. ¹⁹¹

En este sistema se establece un control simultáneo de la constitucionalidad a cargo de todos y ningún órgano jurisdiccional en concreto, y es más usual en países donde existe dos ordenes competenciales, uno federal y un ámbito local, los

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 117.

¹⁹¹ *Ídem*.

cuales coexisten y son independientes, pero siempre observando lo que en la Constitución se instituye.¹⁹²

El control difuso de Constitucionalidad tiene su fundamento en el principio *Judge made law*, del cual se deriva el amplio reconocimiento de la actividad del Poder Judicial, cuentan con un sistema de precedentes y *stare decisis* que otorgan a este poder una gran potestad jurisdiccional.¹⁹³

La evolución de la justicia constitucional en México y su sistema del control de regularidad constitucional.

Hemos mencionado ya que los controles constitucionales son instituciones jurídicas que surgen en el marco de la justicia constitucional, la cual ha evolucionado significativamente en las últimas décadas, Fix-Zamudio define a la justicia constitucional como:

*“el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma carta Fundamental.”*¹⁹⁴

En nuestro país existe un sistema de control constitucional jurisdiccional mixto, que podemos identificarla en un primer momento como una consecuencia de la inspiración directa que tuvo nuestra Constitución de la americana de 1876, y de la tradición jurídica europea que se adoptó desde la independencia del país.

¹⁹² *Ibíd*em, p. 118.

¹⁹³ *Ibíd*em, p. 119.

¹⁹⁴ Morales-Paulín, Carlos A. “La Justicia Constitucional en México, avances y perspectivas. Una propuesta” Valadés, Diego, et al. *Justicia, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

Actualmente el control difuso de constitucionalidad en México se realiza a través de la aplicación del control de convencionalidad, el cual fue reconocido a través de su jurisprudencia de la SCJN, después de un intenso debate en torno a los alcances de la sentencias *Radilla Pacheco* y *Campo Algodonero*, que la Corte IDH realizó al Estado Mexicano.

Esta herramienta encuentra su fundamento jurídico en el artículo 133º constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la cual México reconoce su competencia contenciosa.

Una de las resoluciones de la sentencia *Radilla Pacheco* establecía que: “*Los Jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad*”, la cual los obliga a dejar de aplicar aquellas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.¹⁹⁵

La aplicación del control de convencionalidad tiene como propósito principal la armonización normativa en materia de derechos humanos, a través de la interpretación convencional de la norma nacional, esto implica el uso de la técnica la interpretación conforme, incorporada en el artículo 1º de la Constitución con las reformas de junio de 2011.¹⁹⁶

El control de convencionalidad puede realizarse en sentido amplio, el cual le corresponde a todas la autoridad del país, o en sentido estricto a través del cual los jueces nacionales a partir de la presunción de constitucionalidad tratan de hacer compatible la norma de conformidad con la Constitución y los tratados

¹⁹⁵ Fajardo, Zamir. *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica*. Documento inédito en proceso de edición e impresión. Disponible[en línea]<https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf

¹⁹⁶ Salazar Ugarte, Pedro, “Un concepto clave: el control de convencionalidad” UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, 2014,p. 65

internacionales, y en los casos en donde esta compatibilidad normativa no es posible, tienen la obligación de inaplicar la norma que provoca la afectación.

Para comprender mejor el desarrollo del modelo mixto de constitucionalidad que tiene México, hay que analizar la evolución de la justicia constitucional en el país, para esto José Ramón Cossío distingue en cuatro etapas, las cuales mencionaremos de manera muy breve.

La primera de ellas va desde la constitución de Apatzingán en 1814, en la cual se establecía la posibilidad de que el gobierno, el poder ejecutivo, y el tribunal de justicia impugnaran una ley aprobada por el *Supremo Congreso*, hasta 1856.¹⁹⁷

Hasta el año de 1847, que se estableció al juicio de amparo en la Constitución, podemos hablar de que en México prevalecía un sistema de control concentrado.

Mientras que el sistema de justicia, la estructura del Poder Judicial, la composición general de la Corte, la existencia de los tribunales federales, la división del país en circuitos y distritos y las competencias de los tribunales, son hasta hoy en día, una inspiración directa del modelo de justicia constitucional de Estados Unidos.

Esto pudo llegar a sugerir que el sistema de justicia y control constitucional en México era más parecido al modelo de control difuso, sin embargo la figura del *judicial review* no fue adoptada por México.¹⁹⁸

El cambio de modelo se dio en el Congreso Constituyente de 1856-1857, retomando fuentes del derecho estadounidense, en el dictamen de la Comisión de la Constitución se sostuvo que las dudas y controversias entre la federación y los Estados, se resolverían por la SCJN y por los mismo medios legales que usan los

¹⁹⁷ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y Modelos de Control Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017. P. 9

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 26.

individuos cuando litigan sus derechos, pero también recoció a todos los tribunales federales la competencia para conocer del Juicio de Amparo.

La segunda etapa corresponde a un proceso de judicialización del sistema e identificación del Modelo Nacional, al cual Cossío denominó periodo de formación, el cual va de 1857 a 1917, en este periodo destaca la evolución de la institución del juicio de amparo, gracias al desarrollo jurisprudencial sobre el tema, de la cual podemos destacar criterios sobre la presentación de demandas por personas interesadas, especificaciones de los efectos del amparo y se introdujo el principio de definitividad.¹⁹⁹ Se incluyó además la controversia constitucional en el artículo 98 de la Constitución de 1857 y un control constitucional político, la controversia constitucional a cargo del senado, para resolver cuestiones políticas entre los Poderes de un Estado.

La tercera etapa, es llamada periodo de reiteración, que comenzó con la entrada en vigor de la nueva constitución de 1917 hasta el año 1987, en el que se incorporó el mismo modelo de control constitucional que venía funcionando desde finales del siglo XIX. De este periodo puede destacarse que la controversia constitucional paso de ser efectuada por el Senado de la República a ser competencia de la SCJN, esto derivado del debate de la separación entre lo político y lo jurídico.²⁰⁰

En el artículo 105, se establecía, que “corresponde sólo a la SCJN, conocer de las controversias que se susciten...entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos”, esto impedía al Senado pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas o actos, y con base en si las controversias entre los estados giraban en torno a la constitucionalidad, se actualiza la competencia o no la competencia de la SCJN para conocer de las controversias constitucionales, sino dicha controversia era resuelta por el Senado. Durante todo el siglo XX, el modelo

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 35-36

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 83

de control constitucional en México se mantuvo sin grandes cambios, y el juicio de amparo fue el medio de control de la constitución por excelencia.

Con la reforma constitucional del 10 de agosto de 1987, se realizaron modificaciones sustanciales, las cuales marcan el comienzo de la última de las etapas, la constitucionalización, vigente hasta nuestros días. Esta etapa estuvo centrada en la consolidación de la SCJN como un tribunal constitucional, a través de una re estructuración de la justicia constitucional, y en ordenar las competencias de la SCJN, los tribunales colegiados respecto al juicio de amparo, las controversias constitucionales y el establecimiento de las acciones de inconstitucionalidad.

Se buscaba la descentralización de la justicia federal a través de la división de competencias entre la SCJN y los tribunales de colegiados de circuito, la corte conocería de las cuestiones relacionadas con la interpretación definitiva de la Constitución, mientras que a los colegiados les correspondería, la resolución de violaciones relacionadas con los artículos 14 y 16 de la constitución, o sea, sobre aquellas cuestiones relacionadas a las violaciones de legalidad,²⁰¹ dejando a la SCJN la competencia relativa al control de la constitucionalidad de normas y el carácter de interprete último de la Constitución, y en manos de los tribunales colegiados el control de legalidad.²⁰²

Las reformas constitucionales de 1994 buscaban instituir una verdadera función de Tribunal Constitucional a la SCJN, al atribuirle nuevas facultades para la revisión de la regularidad constitucional de las normas y los actos de autoridad, al asignarle competencia para conocer de controversias constitucionales rediseñadas, y acciones de inconstitucionalidad y modificar su integración, la SCJN paso de tener 26 ministros a 11, con un periodo de 15 años en el cargo, y la administración del Poder Judicial quedo en manos del Consejo de la Judicatura Federal.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 93

²⁰² *Ibidem*, p. 100.

Según la exposición de motivos de esta reforma, todas estas modificaciones estaban encaminadas al fortalecimiento de todo el Poder Judicial de la Federación, y como ya mencionamos, también estaban pensadas para contribuir a la idea de transformar a la SCJN y *otorgarle de manera amplia y definitiva, el carácter de tribunal constitucional*.²⁰³ En las posteriores reformas de 1996 y 1999, se reconoció la competencia de la Corte de conocer de los asuntos relacionados con la materia electoral.

Entre el año 1995 y 1998, la SCJN, estableció que el art. 133 constitucional no da lugar a la existencia de un control difuso, quedando como una facultad exclusiva de la Corte el control de constitucionalidad y excepcionalmente al Tribunal Electoral hasta la reforma de 2007.

Se otorgó competencia a las salas del Tribunal Electoral para resolver sobre la no aplicación de leyes sobre la materia electoral que fueran contrarias a la constitución en los casos concretos. Se extendió la competencia originaria de la SCJN para conocer sobre controversias constitucionales, y se estableció a las acciones de inconstitucionalidad como medios abstractos a través de los cuales se podrían impugnar disposiciones legislativas del ámbito local o nacional. En 2006 se reformó el artículo 105 constitucional, con el fin de facultar a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a las comisiones locales para interponer acciones de inconstitucionalidad contra las normas generales del ámbito federal que pudieran violentar derechos fundamentales.²⁰⁴

Por otra parte, también el desarrollo y consolidación al interior del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), y la incorporación de los Estados nacionales a los organismos internacionales y regionales de derechos humanos, en nuestro caso, del sistema interamericano de derechos humanos, trajo consigo una

²⁰³ *Ibidem*, p. 108.

²⁰⁴ *Óp. Cit.* Brito Melgarejo, Rodrigo, *Control jurisdiccional y protección de los derechos humanos en México*, México, CNDH, 2015. P. 45

internacionalización de las Constituciones en los países de Latinoamérica y un cambio en la posición del DIDH dentro de la jurisdicción interna de estos países.²⁰⁵

En México esto, derivó en que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se elevaran a rango constitucional; que se les reconociera a todos los jueces nacionales la competencia de realizar un control difuso de convencionalidad *ex officio*, y se implementaran nuevos principios de interpretación del contenido constitucional, como la interpretación conforme y el principio pro persona.

Esto que ya hemos mencionado anteriormente, ha repercutido en la aplicación de los controles de constitucionalidad, los cuales son mecanismos que se encuentran establecidos en la Constitución para la defensa de su contenido frente a los poderes del Estados y para garantizar los derechos fundamentales.

La reforma al art. 17 constitucional de 2010, y las reformas de junio de 2011, constituyeron cambios significativos para la protección jurisdiccional de los derechos humanos y la justicia constitucional. En la reforma al artículo primero de 2011, se incluyó el término derechos humanos sustituyendo al concepto tradicional de garantías individuales, y al mismo tiempo se reforzó la idea de que las garantías jurisdiccionales son el mecanismo por el cual se protegen estos derechos.

Estas reformas implicaron una reconcepción de los derechos humanos, introdujeron principios, como el pro persona, e instituciones y mecanismos como la interpretación conforme, que fortalecieron al Estado de Derecho y generaron un nuevo paradigma en materia constitucional.²⁰⁶ La primera de ellas de 6 de junio de 2011, estaba enfocada al fortalecimiento de la institución del juicio de amparo, se amplió su procedencia, se introdujeron figuras procesales como el amparo

²⁰⁵ Nikken, Pedro, "El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno", *Revista IIDH*, 2013, Vol. 57.

²⁰⁶ Fix Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa- UNAM, 2013. Citado en Brito Melgarejo óp. Cit. P. 45

adhesivo, la declaratoria general de inconstitucionalidad, se redefinieron conceptos como el buen derecho, el interés social, el orden público, el incumplimiento y la repetición del acto reclamado²⁰⁷ y se distingue el carácter de derechos diferenciados de la naturaleza del Estado, al cual únicamente le corresponde reconocerlos y protegerlos.

Finalmente, cabe destacar tres momentos más que nos ayudan a comprender el sistema de control constitucional de México, la contradicción de tesis 293/2011 y la expedición de la nueva ley de amparo que incorporaba todas las reformas realizadas en junio de 2011, y su última reforma de esta en 2021, en torno al establecimiento de la jurisprudencia, la cual ahora solo se establecerá por reiteración cuando sea realizada por tribunales de circuito, mientras que la jurisprudencia de la SCJN se dará por precedentes y bastará con resolver un solo caso para que los criterios establecidos en ella sean de observancia obligatoria para todos los jueces del país.

Como podemos dar cuenta del análisis de la evolución del sistema de control constitucional en México, este fue evolucionando desde la primera constitución, la concepción de los elementos y los fines que la constituyen se han venido caracterizando a través del tiempo.

Compartimos la consideración de Cossío al sostener que las funciones realizadas por la SCJN son las que definen la naturaleza de su carácter, sin importar que esta se encuentre inscrita al Poder Judicial de la Federación o no, la Corte realiza una doble función, una como Suprema Corte y otra como Tribunal Constitucional, si bien la aplicación del control de constitucionalidad siempre se mantuvo inclinada hacia un sistema de control concentrado, la adopción de la estructura orgánica del Poder Judicial de Estados Unidos y la implementación de la práctica del control difuso de constitucionalidad, ha establecido en el país un tipo de control que no es exclusivo de un Tribunal Constitucional.

²⁰⁷ Brito Melgarejo, Rodrigo... Óp. Cit. 47.

Por esta razón el control de regularidad constitucional deber ser definido por las funciones que llevan a cabo los órganos y no por la similitud que tengan estos órganos o los procesos, con los de otros ordenamientos.²⁰⁸

Además, José Ramón Cossío señala que el análisis de la justicia constitucional debe realizarse teniendo en cuenta que en cada ordenamiento jurídico existe un diseño de control constitucional diferente, por lo que la operación de sus instrumentos procesales así como la organización de los órganos que lo llevan a cabo no tiene porque ser igual a los modelos de justicia constitucional de los demás países, por lo que resulta necesario procurar el fortalecimiento de los instrumentos actuales en lugar de pensar en modificaciones que terminan siendo puramente formales.²⁰⁹

Algunos autores como Miguel Carbonell, Mario Melgar y Jaime Cárdenas sostienen la idea de la necesidad de crear un Tribunal Constitucional autónomo del Poder Judicial, para dar paso a la “cuestión de inconstitucionalidad” como es desarrollado en otros países, y así lograr el establecimiento del control previo de constitucionalidad y combatir los problemas en la amplitud de la defensa constitucional respecto a actos del propio poder judicial y los conflictos relacionados a su administración.

Después de la reforma de 2011, y la contracción de tesis 293/2011, en donde se modifico la interpretación tradicional del artículo 133, la cual anteriormente impedía la aplicación del control difuso de constitucionalidad a los jueces y tribunales del orden local, se reconoció también que esta facultad y obligación de todos los jueces debe de ser realizado de manera oficiosa.

Podemos afirmar que actualmente en México existe un sistema mixto de control de constitucionalidad, el control concentrado o abstracto es realizado por los órganos que componen al Poder Judicial Federal y la SCJN, mientas que el control

²⁰⁸ Óp. Cit. Cossío Díaz, José Ramón... p. 157.

²⁰⁹ Ídem.

difuso de convencionalidad o concreto que se encarga de la “legalidad de normas y actos” a luz del bloque de regularidad constitucional, la cual ahora es una obligación de todos los jueces sean locales o federales.

3.1.1. Medios de control concentrado o abstracto de constitucionalidad

Ahora bien, ya mencionamos que los controles jurisdiccionales en México pueden ser políticos o jurisdiccionales. Dentro de estos, ya vimos que los segundos pueden ser aplicados mediante un sistema de control concentrado o difuso; los medios de control concentrado serán aquellos que puedan declarar la inconstitucionalidad de un acto de autoridad o una norma, ya sea parcial o totalmente, con efectos generales o concretos. Mientras que, si hablamos de control difuso o concreto, los efectos de la sentencia solo serán solo para el caso concreto que resuelve, con la posibilidad de inaplicar una norma por considerarla contraria a la constitución, sin poder llegar a declarar sobre su constitucionalidad.

Esta característica tiene una relación directa con la distribución orgánica de justicia del país, pues solo pueden realizar un control concentrado, los órganos del Poder Judicial de la Federación.

En párrafos anteriores mencionamos cuales son los medios de control jurisdiccionales de la Constitución que integran la justicia constitucional en México, de los cuales, dentro de estos, las controversias constitucionales, las acciones constitucionales y el juicio de amparo, tienen una enorme relevancia ya que las sentencias de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad pueden llegar a declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto de autoridad con efectos generales.²¹⁰ Si bien el juicio de amparo, después de la implementación de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, esta tiene

²¹⁰ Óp. cit. Garita Alonso, Arturo. et al., *Medios de Control Constitucional*, Medios de control constitucional

un procedimiento especial para poder llegar a ella, no deriva directamente de la sentencia de la *litis* del juicio amparo.

La controversia constitucional es un juicio que tiene por objeto tutelar las competencias entre órganos del Estado ya sea por distribución de competencias a través de la división de poderes, o por ámbito de competencia federal o local.

Mientras que la Acción de Constitucionalidad protege el principio de la supremacía constitucional, resuelve las contradicciones que puedan llegar a existir entre las normas generales, tratados internacionales, se realiza un tipo de control abstracto de constitucionalidad y la SCJN es quien conoce de estos.

La controversia constitucional

La controversia constitucional es un juicio que permite a los órganos de los Poderes de la Unión y a las distintas autoridades de las entidades federativas, resolver las diferencias suscitadas entre ellas y sus ámbitos competenciales, su finalidad es fortalecer el federalismo a través de la restauración del orden constitucional cuando éste es violentado por alguna ley o acto de alguna autoridad que invada la competencia de otro órgano del Estado.

Podemos encontrar su fundamento constitucional en el artículo 105 de la Constitución, y en él se encuentran enlistados los supuestos de conflictos de este tipo de asuntos, en el caso de la controversia constitucional hay que acreditar el interés y solo lo puede ser promovida por los órganos originarios del poder en conflicto.

Es procedente para impugnar normas generales y actos de autoridad; los efectos de su sentencia en el caso de normas generales, consiste en declarar la invalidez de la norma con efectos generales. Se promueve ante la SCJN, y la ley

reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM, regula el procedimiento para su implementación.²¹¹

La Acción de Inconstitucionalidad

La acción de inconstitucionalidad faculta a la SCJN para que el pleno pueda resolver, como única instancia, la posible contradicción que pudiera existir entre una norma general o tratado internacional con la ley fundamental, su efecto puede declarar la invalidez total o parcial de la norma que se impugne.

Este mecanismo alude a un control abstracto de constitucionalidad, lo que significa que a diferencia del la controversia constitucional, este requiere para poder ser promovido un agravio en concreto. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad de una norma general y o tratado internacional es de treinta días naturales a partir del día siguiente a la fecha de la publicación.²¹²

Los Sujetos legitimados para promover este mecanismo de control constitucional son:

- *El equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o de la CDMX expedida por aquel.*
- *El equivalente al 33% de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o de la CDMX expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.*

²¹¹ Martínez López, Cornelio y Galindo Sánchez Sonia, "Medios De control Constitucional" , *Mirada Legislativa* Núm.189, México 2020, p.6-7.

²¹² Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (México: 1995), artículo 60, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/mov/Ley_Reglamentaria_de_las_fracciones_I_y_II_del_Articulo_105.pdf

- *El procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal o estatal, así como de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.*
- *El equivalente al 33% de los integrantes de la Asamblea Legislativa de la CDMX, en contra de las leyes expedidas por la propia Asamblea.*
- *Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales, federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, pero solo contra leyes electorales expedidas por el órgano legislativo de la entidad federativa que les otorgó el registro.*²¹³

Las sentencias de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, siempre que no se declare el sobreseimiento del juicio, pueden darse en dos sentidos. Las sentencias estimatorias, que son consideradas de esa forma cuando la Corte estima que la norma general o actos reclamados atentan contra la competencia del órgano o poder del promovente y por ende, violan la Constitución. O bien desestimatorias cuando, se declara explícitamente la constitucionalidad de la norma general o del acto impugnado, o simplemente no es declarada inconstitucional.²¹⁴

3.1.1.1. *El juicio de amparo*

El juicio de amparo es por mucho, el medio de control constitucional más utilizado en nuestro país, el cual tiene por objeto la tutela de los derechos humanos y la dignidad humana. El primer antecedente que encontramos de este medio de

²¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, 2a Edición, SCJN, México, 2004, p.p. 25 y 26. En *Óp. Cit.* Martínez López, Cornelio y Galindo Sánchez Sonia, p.11.

²¹⁴ *Óp. Cit.* Martínez López, Cornelio y Galindo Sánchez Sonia... p.12.

control constitucional se remonta a la Constitución yucateca de 1841, la cual fue incorporada formalmente como un medio de control de las garantías de la constitución en 1847. En la constitución de 1857 se estableció la competencia para que los tribunales federales conocieran del Juicio de Amparo.²¹⁵

El juicio de amparo además de un control de constitucionalidad es también un control de convencionalidad y legalidad de los actos, normas y omisiones que provienen de las autoridades y de los particulares que actúan como autoridades. El artículo primero de la Ley de Amparo establece que el juicio de amparo tiene por objeto la resolución de controversias que se susciten por:

- Normas generales y actos u omisiones de la autoridad que contravengan o vulneren los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección en la Constitución.
- Normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados y invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución
- Normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución

El juicio de amparo se ha consolidado como el principal medio de defensa de la Constitución y los derechos humanos, se tramita en forma de juicio ante el Poder Judicial Federal y su finalidad es declarar la nulidad del acto reclamado y la reposición del quejoso en el goce del derecho vulnerado.²¹⁶

²¹⁵ Óp. cit. Garita Alonso, Arturo. et al., *Medios de Control Constitucional*, Medios de control constitucional ... p. 13.

²¹⁶ Ídem.

Las reformas realizadas al amparo el 6 de junio de 2011, ampliaron la procedencia de juicio de amparo, al prever su procedencia por violaciones a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte además, se introdujeron figuras con el fin de fortalecer este mecanismo, como el amparo adhesivo y los intereses legítimos individual y colectivo; la adopción de nuevos conceptos en torno a la violación de derechos por omisión de las autoridades; y para hacer más eficaz las sentencia se implemento la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad .

La nueva ley de amparo de 2013, incluyó las reformas realizadas en 2013, y abrogó la antigua ley que estaba vigente desde 1936, en esta se incorporaron además de la protección de los derechos humanos, el concepto de interés legítimo y el procedimiento para realizar una Declaratoria General de Inconstitucionalidad en su artículo 192, de la cual hablaremos más adelante.

Existen dos vías a través de las cuales se puede tramitar el juicio de amparo dependiendo de la naturaleza del acto que se pretenda reclamar, la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales prevé dos vías: el Amparo Directo y el Amparo Indirecto.

El primero de ellos el amparo directo, procede en contra de sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio. Y el amparo indirecto procede en contra de normas generales, actos u omisiones cometidos dentro, fuera o después de concluido un juicio, contra actos u omisiones de autoridades administrativas, contra actos de autoridad que no tengan carácter de sentencias definitivas, así como contra actos en el procedimiento que sean de imposible reparación.²¹⁷

En el caso del amparo indirecto que se promueve contra normas generales, el Congreso de la Unión adquiere el carácter parte en el juicio, por ser la autoridad

²¹⁷ *Ibíd*em, p. 14.

responsable por ser quien emite la norma, por lo que este contrae los derechos y obligaciones previstos por la ley.

Es por esta razón que cuando se estableció jurisprudencia por reiteración sobre la inconstitucionalidad de los artículos de la LGS que contenían el sistema de prohibiciones administrativas que prohibían el consumo lúdico de marihuana, fue al Congreso, como autoridad responsable, a la que se notificó para solucionar el vicio de inconstitucionalidad.

En México, el juicio de amparo es el medio de control constitucional por excelencia que se encuentra a disposición de los ciudadanos, la sentencia de este juicio que concede el amparo obliga a las autoridades responsables a restituir al quejoso en el pleno goce del derecho violentado, regresando las cosas al estado que guardaban antes de dicha violación o bien obligando a la autoridad a que respete el derecho que le haya sido violentado, limitado u obstaculizado.²¹⁸

De acuerdo con el principio de relatividad de las sentencias de amparo, cuando en una sentencia de Amparo indirecto se declare la inconstitucionalidad de una norma general, la inaplicación solo será respecto del quejoso en contra del acto específico que motivó el juicio, lo cual constituye un obstáculo para poder acceder a la protección jurisdiccional de una norma de la cual ya se ha demostrado su inconstitucionalidad y vulnera el principio de igual ante la ley, además de afectar la regularidad del orden jurídico mexicano, pues existen casos de normas generales irregulares por ser contrarias al orden constitucional y aún así siguen formando parte del sistema jurídico.²¹⁹

Por estas razones, en las reformas de 6 de junio de 2011 en donde se llevaron a cabo modificaciones a los artículos relacionados a la figura del amparo,

²¹⁸ *Ibidem*, p. 16.

²¹⁹ Dictamen de la Reforma de 6 de junio de 2011, citado en Senado de la República, *Aspectos de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad de la prohibición del autoconsumo lúdico o recreativo de marihuana*. México, Número 146, 2021.

se introdujo al sistema jurídico la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad, en el punto II del artículo 107 de la Constitución, en el cual se estableció que “cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.” Se establece un plazo de 90 días para para que se supere el problema de inconstitucionalidad, que al vencerse, la SCJN someterá a votación la DGI la cual debe obtener al menos cuatro votos en sala y 8 en pleno para su aprobación y publicación en el DOF.

3.1.1.2. *La Declaratoria General de Inconstitucionalidad*

La declaratoria general de inconstitucionalidad es el pronunciamiento que realiza la SCJN sobre la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria que a partir de realizarla se invalida y pierde vigencia.²²⁰

Para que una declaratoria general de inconstitucionalidad sea procedente necesita contar con algunos requisitos:

- Debe existir jurisprudencia establecida por el pleno o alguna de las Salas de la SCJN, sobre la inconstitucionalidad de una norma general, derivada de la figura del amparo indirecto en revisión, o al menos jurisprudencia por reiteración por el pleno de Circuito o un Tribunal Colegiado de Circuito.
- Que la autoridad judicial que determine la inconstitucionalidad de la norma general notifique de tal determinación a la autoridad emisora de la norma, en un plazo de 15 días de haberse establecido la jurisprudencia.
- Que transcurra el plazo establecido de 90 días a partir de la notificación sin que la autoridad responsable haya reformado la norma para superar su inconstitucionalidad, ya sea modificando, adicionando o derogándola. En caso de que la autoridad responsable fuera un órgano legislativo federal o

²²⁰ Campuzano Gallegos, Adriana, *Manual para entender el juicio de amparo teórico- práctico*, Editorial Thomson Reuters, México, 2019, p. 298.

local, se deben considerar para el computo de los 90 días únicamente los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones.

- De cumplirse los requisitos anteriores, el proyecto de la Declaratoria debe ser votado y aprobado por al menos ocho votos por el pleno de la SCJN, el cual deberá en el caso de alcanzarse los votos requeridos declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de la norma.

Según la propia ley de amparo los efectos de esta declaratoria son inmediatos, a menos que la propia Corte establezca la fecha a partir de la cual será aplicable y solo podrá tener efectos retroactivos en materia penal cuando los efectos de la declaratoria sean en beneficio de la persona.

Si la norma declarada como invalida es aplicada después de entrar en vigor declaratoria general de inconstitucionalidad, la persona afectada podrá promover un procedimiento especial previsto en la ley, que se realiza con una denuncia ante el juez de distrito competente en que el acto deba tener ejecución, y en caso de que la norma sea aplicada dolosamente por una autoridad, se impondrá de uno a tres años de prisión o multa de treinta a trescientos días y, en ambos casos, destitución e inhabilitación de uno a tres años para desempeñar otro cargo público.

La declaratoria es un procedimiento que tiene como objetivo dar mayor efectividad al cumplimiento de las sentencias de amparo indirecto, y constituye un medio de control constitucional que dota a las personas de certeza jurídica en la aplicación de norma generales.²²¹

3.2. Efectos de la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018

Antes de la resolución de la Declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018, realizada por el pleno de la SCJN y publica el 15 de julio de 2021, los permisos para el consumo de marihuana con fines lúdicos y el auto cultivo de la planta, estaban prohibidos por la Ley General de Salud, por esta razón era necesario tramitar un

²²¹ Óp. cit. Garita Alonso, Arturo. et al., *Medios de Control Constitucional*, Medios de control constitucional ... p.18

juicio de amparo para poder acceder a este permiso emitido por autoridad administrativa.

A partir de esta fecha la COFEPRIS ya no se encuentra limitada por la norma de salud para poder emitir este permiso personal de autoconsumo, el cual pueden solicitar únicamente personas mayores de edad.

Este permiso les permite a las personas la adquisición de la semilla, siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte, exclusivamente, de marihuana.

La Corte estableció que el ejercicio del derecho de autoconsumo de marihuana no se deberá realizar frente a menores edad, ni en espacios públicos, donde existan terceras personas que no brinden su autorización, ni tampoco operar vehículos o maquinaria peligrosa bajo los efectos de la marihuana.

Además de eliminar el obstáculo jurídico a la autoridad administrativa para que puedan otorgar los permisos de autoconsumo, en la sentencia de la DGI la SCJN exhortó al legislador a regular el ejercicio del derecho de autoconsumo recreativo de marihuana, para que las autoridades de Salud, en este caso la COFEPRIS, cuenten con un marco normativo que les permita establecer adecuadamente los requisitos y lineamientos necesarios para el adecuado ejercicio de este derecho de autoconsumo de marihuana, para que esta forma se pueda garantizar la seguridad jurídica a los usuarios y evitar daños a terceros.

3.2.1. El Procedimiento de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018

El 28 de junio de 2021, el pleno de la SCJN realizó la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, esto derivado de la jurisprudencia que la Primera Sala de la

SCJN estableció en diversos amparos indirectos en revisión,²²² en la que declaró la inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones administrativas contenido en varios artículos de la LGS, la cual prohibía a la Secretaría de Salud emitir permisos para realizar actividades relacionadas con el autoconsumo de marihuana con fines recreativos, por considerar dicho sistema limitaba a los usuarios el ejercicio del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad.

El catorce de junio de dos mil dieciocho la ministra Norma Lucía Piña Hernández comunicó al Presidente de la SCJN que se habían dos amparos indirectos en revisión 237/2014 y 1115/2017, en los cuales se determinaron la inconstitucionalidad de la porción que ya mencionamos de la LGS. El 19 de junio de 2018, se creó el expediente declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018, se ordenó notificar a las cámaras que integran el congreso de la Unión, y entregar una copia certificada de los amparos indirectos en revisión resueltos. El 23 de enero de 2019, se remitieron a la autoridad responsable copia certificada de las sentencias emitidas en los amparos en revisión 623/2017, 547/2018 y 548/2018.

El 31 de enero de 2019, el presidente de la SCJN admitió la declaratoria general de inconstitucionalidad planteada por la Primera Sala, y ordenó al Congreso de la Unión, al haberse establecido jurisprudencia por reiteración sobre la inconstitucionalidad de la porción de la norma de salud, establecido así en el

²²² 1. Amparo en revisión 237/2014, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de cuatro de noviembre de dos mil quince.

2. Amparo en revisión 1115/2017, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de once de abril de dos mil dieciocho.

3. Amparo en revisión 623/2017, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de trece de junio de dos mil dieciocho.

4. Amparo en revisión 548/2018, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho.

5. Amparo en revisión 547/2018, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho.

Citado en la Sentencia de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad .

procedimiento mencionado en la ley de amparo, antes de la reforma del 7 de junio de 2021, es donde se elimina la jurisprudencia por reiteración para la SCJN.

Se estableció un plazo de 90 días hábiles del periodo ordinario de sesiones del órgano legislativo emisor de la norma considerada inconstitucional, en este caso el congreso de la Unión, ²²³por lo que dicho plazo transcurrió del día 20 de febrero al 31 de octubre de 2019, a esta fecha no se había resuelto el problema de inconstitucionalidad en la Ley General de Salud, la coordinadora de los trabajos legislativos del Senado, solicitó una prórroga del plazo constitucional, a fin de agotar el procedimiento legislativo, el cual fue concedido por la SCJN el 29 de octubre de 2019, y vencería el último día del periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión, plazo que transcurrió del 1 de febrero al 30 de abril de 2020.

Esta primera prórroga se había otorgado de manera excepcional y por única ocasión, sin embargo, en sesión privada de 17 de abril de 2020, el Pleno de la SCJN acordó conceder una segunda prórroga, la cual se venció el 10 de diciembre de 2020, la SCJN aprobó extender esta prórroga hasta el 1 de febrero de 2021, argumentando la situación derivada de la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19. Si bien el Congreso de la Unión realizó un proyecto de ley este no fue aprobado por ambas cámaras y el debate entorno a la regularización no llegó a ningún acuerdo, y se vencieron todas las prórrogas otorgadas a las cámaras.

Finalmente y siguiendo los criterios establecidos en la jurisprudencia establecida sobre el tema, el Pleno de la SCJN aprobó “la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, en su porción normativa “sólo podrán realizarse con fines médicos y científicos y”, y 247, último párrafo, en su porción normativa “sólo podrán realizarse con fines médicos y científicos y”, de la Ley General de Salud, para los alcances establecidos en esta ejecutoria, la cual surtirá efectos generales a partir de la notificación de estos puntos resolutiveos a la Cámara de

²²³ Sentencia de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018. Pp. 28-35.

Diputados y a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, de conformidad con los apartados II y III de esta decisión.”

3.2.2. Efectos de la declaratoria en la actualidad.

A la fecha de la redacción de este trabajo de investigación la autoridad sanitaria ya no tiene el obstáculo legal para negar los permisos personales, pero tampoco cuenta con un marco legal el cual pueda utilizar para establecer los lineamientos de estas solicitudes, generando incertidumbre jurídica en los usuarios consumidores.

El permiso puede tramitarse ante las oficinas de COFEPRIS de la Ciudad de México mediante una cita previa, a través de un escrito libre en donde se solicita al titular de la autoridad, la autorización para realizar actividades relacionadas con el autoconsumo personal de cannabis. Esta solicitud puede presentarse también ante las oficinas de la Secretaría de Salud de los Estados de la República, que cumplen con la función local de la COFEPRIS, que tienen convenios de cooperación, y las cuales deben remitir dichas solicitudes a la autoridad federal, sin embargo miembros de organizaciones civiles, como México Unido contra la delincuencia han detectado que la autoridad sanitaria se ha negado a recibir estas solicitudes en el interior de los Estados de la república, establecido requisitos adicionales que no fueron considerados por la SCJN, y limitado las citas de atención en ventanilla, donde se realiza dicho tramite, argumentando que son medidas de sanidad derivadas de la pandemia de covid.²²⁴

A todas estas y otras acciones y medidas los abogados de México unido contra la delincuencia lo han denominado “burocracia estratégica”, las cuales están

²²⁴ Portal de México Unido contra la delincuencia, <https://www.muco.org.mx/permiso-cannabis/>

encaminadas a impedir el disfrute de los derechos reconocidos en la Constitución y en la jurisprudencia y sentencia de la DGI.²²⁵

Y aunque se cuente con dicho permiso, este no establece cantidades, ni especificaciones sobre su portación o transporte, por lo que esto también representa un riesgo para los consumidores al generarse incertidumbre jurídica al respecto.

Si bien no contamos con el número exacto de solicitudes presentadas ante la COFEPRIS, las denuncias realizadas por lo lento y complicado que es el resultado del proceso, nos hace sospechar que la autoridad está obstaculizando el cumplimiento de la Sentencia de la DGI, razón por la cual hemos realizado una solicitud de información a la COFEPRIS para conocer la situación actual respecto al número de solicitudes presentadas y el porcentaje que ha sido otorgado.

Conocer la cifra de solicitudes presentadas y permisos otorgados nos ayudaría a conocer si se ha dado el debido cumplimiento a la sentencia de la DGI, y si en efecto el uso de este mecanismo previsto para dotar de mayor eficacia al control constitucional abstracto realizado por la SCJN en los recursos de revisión del amparo indirecto sobre normas generales es efectivo.

A la fecha de la conclusión de la redacción de los resultados de este trabajo de investigación aún no hemos recibido respuesta por parte de la COFEPRIS de la solicitud de información realizada, pero estamos seguros que más adelante podremos realizar el análisis de esta información para realizar un balance sobre la eficacia de los medios del control constitucional para la protección del derecho fundamental al LDP.

²²⁵ Columna periodística consultada en: <https://www.ibericonnect.blog/2020/10/burocracia-estrategica-amparos-timidos-derechos-vacios-las-lecciones-que-deja-el-incumplimiento-de-las-sentencias-sobre-consumo-personal-de-cannabis/>

Conclusiones

El libre desarrollo de la personalidad surgió en el marco del Estado Constitucional de Derecho, es un derecho de libertad que en esencia protege la autonomía de la voluntad de todas las personas, y al brindar protección a todas aquellas acciones que no se encuentran protegidas por otros derechos, su indeterminabilidad es intervenida por la realidad y el acontecer de la vida en sociedad, así como por los problemas que se desarrollan en ella, constituyendo así los límites y el contenido determinado que lo integran.

Sostenemos que el LDP en México es un derecho fundamental que se reconoció en su jurisprudencia gracias al uso de metodologías interpretativas-argumentativas, utilizadas por la SCJN para determinar que este derecho se encuentra implícito en la Constitución en el artículo primero, párrafo quinto, derivado de la dignidad humana.

El LDP tanto en México, como en el resto de los países analizados para esta investigación, tienen una fuerte influencia de la doctrina filosófica del derecho, debido a que este concepto tiene sus orígenes en los primeros conceptos de libertad negativa y se encuentra en constante construcción como respuesta al contexto social, político, económico y a las nuevas necesidades de la sociedad.

En nuestro país, este derecho ha ayudado a las personas a proteger libertades que anteriormente eran consideradas potestades del Estado, el reconocimiento del ámbito personalísimo, que abarca la autonomía, ha contribuido para establecer límites a la injerencia de la norma sobre aspectos como la privacidad, identidad, libre decisión en diferentes ámbitos y esferas personales, como la decisión de contraer y mantenerse en matrimonio, la identidad de género, las actividades que realizamos en nuestro tiempo libre, así como el consumo de sustancias y estupefacientes, incluso si estas decisiones implican algún tipo de afectación para la propia persona.

Tomando en cuenta la teoría de la tridimensionalidad del derecho, el LDP es un derecho humano, que es a su vez utilizado como un principio para su análisis y reconocimiento, es un derecho fundamental en el plano normativo, gracias a la jurisprudencia establecida por la SCJN, y se constituye materialmente en la capacidad de ejercerlo y poder exigirlo a través de medios jurisdiccionales de control constitucional.

A pesar de que en México este derecho es reconocido y garantizado desde el 2009 como un derecho fundamental, su práctica y uso en las argumentaciones judiciales ha sido muy debatida, debido a que por muchos años en nuestro país se ha aplicado el derecho en estricto sentido.

Debemos reconocer que México ha comenzado tarde el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, han pasado hasta la fecha de la redacción de este trabajo, más de diez años desde la implementación de aquellas reformas que buscaban reconocer y proteger los derechos humanos, con herramientas efectivas y democratizadas, y no existe un consenso entre la comunidad jurídica, abogados, jueces y doctrinarios, sobre el uso de estas nuevas herramientas y mecanismos de protección de los derechos humanos.

La decisión judicial, en los casos en donde no se aplica un supuesto normativo por subsunción, no solo debe observar a la Constitución para resolver el conflicto, sino que además debe considerar los principios y valores que existen detrás de ella, y justificar el uso de estos valores debe ser una labor de ponderación axiológica, sistemática, formal y científica.

La evolución que tuvo el derecho en la última mitad del siglo pasado, ha tenido un impacto significativo en la concepción, aplicación y garantía de los derechos humanos y fundamentales, las teorías de la argumentación jurídica han tomado mucha relevancia pues son la mejor forma de dar una respuesta considerando todas dimensiones que comprenden al derecho y no solo al aspecto normativo.

Las reformas en materia de derechos humanos de 2011 trajeron consigo una profunda transformación para el sistema jurídico mexicano, se fortalecieron los

mecanismos de justicia constitucional y se incluyeron nuevas herramientas interpretativas para la aplicación del derecho, las cuales han sido más efectivas.

Se abandonó el carácter pasivo de la aplicación del derecho basado en la subsunción, debido a la evolución de su concepción, en donde la descripción del derecho como el conjunto de normas, las cuales deben ser siempre suficientes para responder a la realidad, ha quedado atrás. Por esta razón, el uso de metodologías interpretativas y de argumentación ha tomado relevancia en la resolución de los conflictos de derechos.

Hoy en día la función principal del juez gira en torno a la protección de los derechos, incluso si estos son violentados por alguna norma o, más aún, por la propia Constitución.

Muchos de los derechos fundamentales, se encuentran redactados en forma de principios, lo que implica que para su aplicación no basta con agotar el supuesto de hecho que contiene la norma para aplicar su consecuencia, sino se requiere de una interpretación del hecho y la norma.

Determinar el contenido y los límites de cualquier derecho fundamental, representa un reto para todos los operadores jurídicos, por esta razón el uso de metodologías de aplicación del derecho, como lo es el test de proporcionalidad puede contribuir en esta labor, siempre y cuando se establezca claramente cuándo y cómo debe realizarse.

El principio de proporcionalidad es una herramienta interpretativa y argumentativa que ayuda a reconocer cuando un acto de autoridad ya sea administrativa o legislativa tratándose de normas, es contrario a la Constitución. A través del uso de esta metodología, la SCJN ahora puede allegarse y realizar un análisis de evidencia científica, con el objetivo de acercarse lo más posible, y de la manera más objetiva, a la realidad de la situación que sea implementada, y evitar el uso de valoraciones y prejuicios morales de carácter personal sobre las decisiones judiciales.

El uso de estas metodologías ha de ser riguroso, la SCJN debe establecer y difundir los criterios necesarios para su uso y la homogeneización de su aplicación.

Si bien, en las sentencias en donde la SCJN ha hecho uso del juicio de

igualdad y el test de proporcionalidad, se han realizado descripciones amplias sobre el procedimiento para su uso, citando incluso a la doctrina para una mejor comprensión, pudimos dar cuenta gracias al estudio del caso realizado de cómo el uso del test de proporcionalidad utilizado como metodología para el análisis de escrutinio estricto de la Constitución tuvo resultados diferentes al ser aplicado por el juez de distrito y posteriormente por la SCJN, lo cual tiene como consecuencia una incertidumbre jurídica para las personas que recurren a la justicia constitucional para la garantía de sus derechos.

El litigio estratégico en México ha resultado efectivo para la justiciabilidad de los derechos humanos, el reconocimiento de nuevos derechos, el diálogo entre poderes, y ha obligado al poder judicial a argumentar sus decisiones con base a derecho.

Es por esta razón que consideramos que la labor argumentativa del derecho no debe recaer solamente en los juzgadores sino en todos los operadores jurídicos que intervienen en los procesos, para que exista un diálogo adecuado de las ideas que forman la base tanto de las solicitudes planteadas a través de los medios de control constitucional, como de las sentencias que emite el poder judicial.

Si bien los derechos fundamentales redactados en forma de principios son mandatos de optimización, y son vistos como aquel ideal al cual la sociedad aspira, no debemos olvidar que el derecho siempre corresponde a la realidad y al contexto en el que surge, por esto resulta obligatorio tomar consciencia de que el derecho evoluciona y es dinámico, lo que representa para los juristas un compromiso de estudio y actualización constante.

En México existen dos sistemas de control Constitucional que operan simultáneamente, uno a cargo del Poder Judicial de la Federación, el cual puede realizar un control concentrado y declarar la inconstitucionalidad de la norma o acto que analice, y un sistema de control difuso, el cual debe ser realizado por todos los jueces nacionales del país, cuyo efecto es únicamente la inaplicación de las normas que resulten contrarias a la Constitución al caso concreto.

La justicia constitucional en México estuvo basada por muchos años en el juicio de amparo y las controversias constitucionales, las cuales realizan un control

de constitucional abstracto, y no fue hasta el reconocimiento de la convencionalidad en nuestro país, que se aplicó verdaderamente un control difuso, el cual ya no solo es de constitucionalidad, sino que se debe realizar tomando en cuenta todos aquellos derechos humanos contenidos en las convenciones y tratados internacionales.

Hoy en día, el mecanismo de control constitucional más usado en nuestro país sigue siendo el juicio de amparo, el cual ha demostrado ser una herramienta eficaz para ejercer derechos.

Con la reforma realizada al juicio de amparo indirecto sobre normas generales y la integración de la DGI, se fortaleció este control de constitucionalidad y podemos afirmar que la labor realizada por la SCJN, cuando conoce de los recursos de revisión a través de su competencia original, resulta más efectiva al realizar una DGI.

El libre desarrollo de la personalidad, así como todos los derechos fundamentales reconocidos por nuestro sistema jurídico, puede ser garantizado a través de los medios de control constitucional, como el juicio de amparo y la DGI, aunque el acceso de este mecanismo puede verse obstaculizado para la mayoría de las personas en nuestro país, ya que su trámite implica un costo económico, que muchas veces resulta muy elevado para el ingreso promedio de los mexicanos.

Sumado a esto, la falta de estandarización y de criterios oficiales sobre el uso de las metodologías empleadas para el análisis de la constitucionalidad de normas y actos de autoridad, pueden llegar a obstaculizar la efectividad de estos mecanismos de garantía de los derechos fundamentales.

A pesar de haberse reconocido el derecho a las personas de consumir marihuana con fines lúdicos y recreativos, a través del juicio de amparo y la posterior DGI, las autoridades administrativas han sido ineficaces en el cumplimiento de ambas sentencias y han obstaculizado el proceso de obtención de permisos con requerimientos excesivos. Como efecto de esto, colectivos y activistas han promovido el procedimiento especial previsto en la ley de amparo para denunciar el incumplimiento de la sentencia, ya que sobre esto no procede algún otro recurso judicial.

Podemos afirmar que si bien la justicia constitucional en México es efectiva, al momento de materializarse -la ejecución de la sentencia- resulta inadecuada, pues poco ha cambiado la situación para las personas consumidoras de cannabis, y la continuidad del prohibicionismo normativo y administrativo que motivaron este interesante proceso de justiciabilidad siguen existiendo.

El Congreso de la Unión aún no ha establecido la normativa necesaria para la regulación del autoconsumo personal de *cannabis*, a pesar de contemplarse en los resolutivos de la sentencia.

Ha resultado necesario llevar a cabo medidas extraordinarias para proteger a las personas consumidoras y dotarlas de seguridad jurídica, como la despenalización de la portación de más de cinco gramos de esta sustancia por parte de la SCJN, acciones administrativas por parte de los gobiernos dentro de las entidades federativas, como en el caso del municipio de Oaxaca de Juárez, en donde la alcaldía solicitó a los elementos de la fuerza policiaca abstenerse de realizar detenciones a personas que consumieran marihuana en la vía pública, al no contar con una reglamentación que les permitiera realizar dichas detenciones. Esto da oportunidad para dar continuidad al análisis de la ejecución de una de las sentencias más emblemáticas de los últimos años y evidenciar la efectividad de los mecanismos jurisdiccionales para la protección de derechos fundamentales en nuestro país.

Fuentes

Bibliografía

AGUILERA PORTALES, RAFAEL ENRIQUE, “Los Derechos Humanos Como Triunfos Políticos En El Estado Constitucional: El Dilema Entre Democracia Comunitaria Y Liberal En Ronald Dworkin” *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Núm. 9, enero-diciembre de 2015, pp. 377-408.

ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Atienza, Manuel y Espejo, Isabel, 2da. Edición, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.

ALVARADO TAPIA, KATHERINEE DEL PILAR, “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España.” *IUS. Revista de investigación de la facultad de derecho*, Núm. 10-1.

ATIENZA, MANUEL, *Introducción al derecho*, México, Fontamara, , 1999.

BALLESTEROS, JESÚS, *¿Derechos? ¿Humanos?* Universidad de Navarra, 2003.

BERLIN, ISAIAH, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, 1988, Alianza.

BERNAL PULIDO, CARLOS, “El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio”, *Isonomía [online]*, 2008, n.29.

BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, 4ª edición, Colombia, Universidad Externado De Colombia, 2014.

BIX , BRIAN H., *La filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

BIX, BRIAN H., Teoría del Derecho: tipos y propósitos. *Isonomía [online]*. 2006, n.25.

BRITO MELGAREJO, RODRIGO, *Control jurisdiccional y protección de los derechos humanos en México*, México, CNDH, 2015.

CÁCERES NIETO, ENRIQUE, “Constructivismo Jurídico, Entropía y Neguentropía en Serna de la Garza, José María, De los Santos Olivo, Isidro, Coords., *El Constitucionalismo contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

CAMPUZANO GALLEGOS, ADRIANA, *Manual para entender el juicio de amparo teórico-práctico*, Thomson Reuters, México 2019.

CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL, *La libertad. Dilemas, retos y tensiones*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2008.

CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL, *Los derechos fundamentales y su interpretación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

CARBONELL, MIGUEL, coord. *Derechos fundamentales y democracia*, Instituto Nacional Electoral, México, 2020.

CÁRDENAS GRACIA, JAIME, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

CASARÍN LEÓN, MANLIO FABIO, "Creación de normar infra legales para el control de la administración" en, Cisneros Farías, Germán y Coords., *Control de la administración pública*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, *Sistemas y Modelos de Contro Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.

DEL PINO PADRON, MARÍA CANDELARIA. "El derecho humano a la educación proyección: en el libre desarrollo de la personalidad". *Rev. Fac. Der., Montevideo*, n. 44, 2018.

DÍAZ-POLANCO, HÉCTOR. "Autodeterminación, autonomía y liberalismo. Autonomía Indígenas". *Diversidad de culturas, igualdad de derechos*, 1998.

EBERLE, EDUARD J., "Observations on the Development of Human Dignity and Personality in German Constitutional Law: An Overview", *Liverpool Law Review Journal. of Contemporary Legal and Social Policy*, vol. 33, núm. 3, 2012.

FAJARDO, ZAMIR. *El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica*. Documento inédito en proceso de edición e impresión. Disponible[en línea]<
https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, Y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa- UNAM, 2013.

GARCÍA CASTILLO, TONATIUH, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p.59- 69.

GARITA ALONSO, ARTURO. et al., *Medios de Control Constitucional*, México, Senado de la República, 2018.

GODOY ARCAYA, ÓSCAR, *libertad y consentimiento en el pensamiento político de John Locke*, Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile, *Revista De Ciencia Política / Volumen Xxiv / No 2 / 2004 / 159 – 182.*

GRONDONA, MARIANO, *Los pensadores de la libertad*, Buenos Aires, Edit. Sudamericana, 1986.

GUTIÉRREZ ORTIZ MENA, ALFREDO, Y GARCÍA SARUBBI, DAVID, “De la intimidad tutelada y de la regulación del Estado: la doctrina jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte sobre el consumo de marihuana” México, en Silva García, Fernando, Coord. *Garantismo Judicial, Marihuana y Jueces*, edit. Porrúa, México, 2021.

HERRÁN AGUIRRE, ALEJANDRO F., *Tomando la identidad Trans en serio: sobre derechos, debates en redes y libertad*, Tirant lo blanch, México 2021.

HUERTA OCHOA, CARLA, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

HUERTA OCHOA, CARLA, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

IBARRA OLGUÍN, FRIDA DANIELA, “La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *El test de proporcionalidad convergencias y divergencias*, México, Centro de estudios constitucionales SCJN, 2021.

Instituto de Estudios Legislativos, *Libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de los derechos*, México, 2015.

JÜRGEN SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.

LARA CHAGOYAN, ROBERTO, *Manual mínimo de argumentación jurídica*, México, edit. Tirant lo blach, 2021.

LÓPEZ SÁNCHEZ, ROGELIO, “Indeterminación y Contenido Esencial de los Derechos Humanos en la Constitución Mexicana”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*”, 2017, n.37, pp.229-263.

MARTÍNEZ LÓPEZ, CORNELIO Y GALINDO SÁNCHEZ SONIA, “Medios De control Constitucional” , *Mirada Legislativa* Núm.189, México 2020.

MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN ANTONIO, “Autodeterminación” *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Madrid, 2007, Vol. 8

MILL, STUART, *Sobre la libertad*, edición editorial alianza, 2019.

MORALES-PAULÍN, CARLOS A. “La Justicia Constitucional en México, avances y perspectivas. Una propuesta” VALADÉS, DIEGO, et al. *Justicia, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Tomo I, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

MORENO CARLOS, “El concepto de autonomía en la fundamentación de la metafísica de las costumbres de I. Kan”, *CUADRANTEPHI*, No. 17, Colombia, 2008.

NEGRETE CÁRDENAS, MICHAEL ROLLA. “La nueva jurisprudencia por precedentes: un reto para la Suprema Corte en la construcción de líneas jurisprudenciales”. *Hechos y Derechos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,2021.

NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO, “Contribuciones de la Suprema Corte a la deliberación democrática. El caso Marihuana”, en Salazar Ugarte, Pedro *et al.* (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, UNAM, 2019.

NIKKEN, PEDRO, “El derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno”, *Revista IIDH*, 2013, Vol. 57.

NINO, CARLOS, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a ed., Buenos Aires, Astrea, 1989.

ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, “El libre desarrollo de la personalidad (Un bien jurídico digno del Estado constitucional)”, 2006, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, España, vol. 8, núm. 15.

ORDOÑEZ MALDONADO, ALEJANDRO, “Personalísimo, libre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común” *Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, Núm. 509-510, 2012.

ORTIZ, SERAFÍN, *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, México, Edit. Porrúa, 2014.

RIVERA MOYA, MARLA DANIELA, “De los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho”, *Revista Cijurep Textos Jurídicos y Políticos*, 2015.

ROSEN, JONATHAN DANIEL, *La guerra contra el narcotráfico en México: una guerra perdida*, Rev. Reflexiones 94, México, 2015.

SALAZAR UGARTE, PEDRO, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano" en *El constitucionalismo contemporáneo, homenaje a Jorge Carpizo*, Gonzáles Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego, Coords. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.

SALAZAR UGARTE, PEDRO, "Un concepto clave: el control de convencionalidad" UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, 2014.

SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, "Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto", en: *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, Coord. González Carvallo, Diana B. y Sánchez Gil, Rubén, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, México, 2021.

SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, "Nuevos apuntes sobre el principio de proporcionalidad" *Revista del centro de estudios constitucionales de la SCJN*, México, 2015.

SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", *El test de proporcionalidad convergencias y divergencias*, México, Centro de estudios constitucionales SCJN, 2021.

SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", *El test de proporcionalidad convergencias y divergencias*, México, Centro de estudios constitucionales SCJN, 2021.

SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", en: *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, Coord. González Carvallo, Diana B. y Sánchez Gil, Rubén, Centro de Estudios Constitucionales SCJN, México, 2021.

SCHIMITT, CARL, *La defensa de la Constitución*, trad. SÁNCHEZ SARLO, MANUEL, Ed. Labor, España, 1931, citando en FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humano*, Ed. UDUAL, México, 1988.

SCUBLINSKY, DARÍO, "Uso de la marihuana medicinal en enfermedades reumáticas" *Revista Argentina de Reumatología*, 2017.

SECRETARIA DE SALUD, ENCODAT, *Encuesta Nacional de Consumo de Drogas, Alcohol y Tabaco 2016-2017 reporte de Drogas*, P. 47, México, 2017.

SERNA, PEDRO, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. de la crisis del Positivismos a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2012.

SERNA, PEDRO, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos, de la crisis de positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Edit. Porrúa, México, 2006.

SILVA GARCÍA, FERNANDO, *Garantismo Judicial, Marihuana y jueces*, edit. Porrúa, México, 2021.

SILVA MEZA, JUAN N. Y VALLS HERNÁNDEZ, SERGIO A., *Transexualidad y Matrimonio y Adopción por parejas del mismo sexo, criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Editorial Porrúa, 2011.

STRAEHLE, EDGAR, "Por Una Repolitización De Los Derechos Humanos: Reflexiones En Torno Al Artículo 29.1." Foro Interno. *Anuario de Teoría Política*, no. 16, 2016.

URIBE ARZATE, ENRIQUE, *El sistema de Justicia Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2006.

VÁZQUEZ SÁNCHEZ, OMAR, *Teorías neoconstitucionalistas*, México, Edit. Palestra, 2020.

WITKER VELÁSQUEZ, JORGE ALBERTO, *Juicios Orales y derechos humanos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016.

ZALDÍVAR, ARTURO, "El juicio de amparo y la defensa de la Constitución" en José Ramón Cossío y Luis M. Pérez de Acha, (compiladores), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 2000.

Jurisprudencias

Tesis Aislada (Constitucional), 1a. CCLXII/2016 (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, 25 de noviembre de 2016.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. *Semanario Judicial de la Federación*. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Diciembre 2009.

Tesis aislada del Tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P. LXVI/2009, Núm. de Registro: 165822, *Semanario Judicial de la Federación* y su

Gaceta Tomo XXX, Diciembre de 2009, del Amparo directo 6/2008 de 6 de enero de 2009.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, sentencia de 4 de noviembre de 2015, México.

Novena Época, Registro: 165698, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, Materia(s): Civil, Tesis: P. LXIX/2009.

Novena Época, Registro: 40696, Instancia: Pleno, Tipo: Sentencia de la Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIV, Septiembre de 2011.

Décima Época, Registro: 2008492, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II , Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. LIX/2015 (10a.).

P. LXVIII/2009, sustentada por el Tribunal Pleno, consultable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, Diciembre de dos mil nueve, página seis, de rubro: "DERECHO A LA SALUD. NO SE LIMITA AL ASPECTO FÍSICO, SINO QUE SE TRADUCE EN LA OBTENCIÓN DE UN DETERMINADO BIENESTAR GENERAL".

Primera Sala, Tesis Aislada (Constitucional), Tesis:1a. CCLXVIII/2016 (10a.) del Amparo en revisión 237/2014. Josefina Ricaño Bandala y otros. 4 de noviembre de 2015.

Legislación Nacional

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación.

Dictamen de la Reforma de 6 de junio de 2011, citado en Senado de la República, *Aspectos de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad de la prohibición del autoconsumo lúdico o recreativo de marihuana*. México, Número 146, 2021.

Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1995.

Sentencia de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 1/2018.

Legislación Internacional

Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949.

Naciones Unidas, Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el protocolo de 1972 de Modificación de la Convención ÚNICA DE 1961, Nueva York, 30 de marzo.