

El momento actual (2015-2019)

El momento actual de la regulación de la *cannabis* se encuentra enmarcado por acelerados cambios en México como parte del contexto global. Dos eventos son los que muestran más claramente el agotamiento del paradigma prohibicionista en el nivel normativo en México. El primero refiere a las mencionadas jurisprudencias emitidas por la Primera Sala de la SCJN relativas, entre otros temas, a la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de *cannabis*; a su ineficiencia y falta de proporcionalidad como medida para proteger la salud y el orden público, o a su conflicto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El otro evento refiere al decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal, que instruye a la Secretaría de Salud a regular la siembra, cultivo y cosecha para el uso médico y científico de los derivados farmacológicos de la *cannabis*, así como la investigación, producción nacional e importación de los mismos. La reforma de 2017 también permite la comercialización, exportación e importación de productos derivados de *cannabis* que contengan concentraciones menores al 1% de THC para usos industriales. El decreto de reforma instruye a la Secretaría de Salud para reforzar los programas y acciones de prevención, rehabilitación, reinserción social y control del consumo de *cannabis* por parte de niñas, niños y adolescentes, así como el tratamiento de las personas con adicción a la misma.

A continuación, analizaremos los contenidos de cada uno de estos actos normativos para observar sus alcances regulatorios en la conformación del momento actual.

Jurisprudencia en materia de cannabis

El camino para la creación de jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de marihuana, prevista por la Ley General de Salud, ha sido largo. Sin entrar en detalles, basta decir que la jurisprudencia tiene cinco formas de creación: reiteración de tesis, contradicción de criterios, sustitución, resoluciones que deriven de la acción de inconstitucionalidad y resoluciones que deriven de la controversia constitucional. Para el caso del uso recreativo de *cannabis*, fue la reiteración de criterios —es decir, cinco criterios en el mismo sentido sin interrupción por uno en contrario— la forma que permitió la creación de su jurisprudencia. Dicha forma está regulada en el artículo 222 de la Ley de Amparo.

El primer caso resuelto fue el amparo en revisión 237/2014,⁴³ el 4 de noviembre de 2015. Este asunto es conocido como caso SMART (por haber sido promovido por miembros de la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, constituida por integrantes de México Unido Contra la Delincuencia). En principio, 4 personas solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, la expedición de una autorización que les permitiera el consumo personal y regular con fines meramente lúdicos o recreativos del estupefaciente *cannabis* y del psicotrópico THC, en conjunto conocidos como marihuana. Además, dentro del referido escrito, los representantes de la asociación también solicitaron una autorización para ejercer los derechos correlativos al autoconsumo de marihuana, tales como la siembra, cultivo, cosecha,

⁴³ La sentencia completa puede consultarse en: <http://www.estevez.org.mx/wp-content/uploads/2016/05/14002370-002-2780-2.pdf>.

preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo, uso y, en general, todo acto relacionado con el consumo lúdico y personal de marihuana por los peticionarios y asociados de la mencionada persona moral, excluyendo expresamente los actos de comercio, tales como la distribución, enajenación y transferencia de la misma.

La Cofepris negó dichas solicitudes pues ambas sustancias, así como la realización de cualquier acto relacionado con ellas, están prohibidas en todo el territorio nacional por la Ley General de Salud. Las cuatro personas integrantes de la asociación promovieron juicio de amparo indirecto en contra de tal determinación. El juez de distrito resolvió negar el amparo. Inconformes, presentaron un recurso de revisión, el cual fue remitido por el propio tribunal colegiado del conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por considerar que carecía de competencia toda vez que subsistía un problema de constitucionalidad. La SCJN estimó que el sistema de prohibición administrativa de las actividades correlacionadas al uso personal de la *cannabis* resulta inconstitucional por ser violatorio del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El segundo de los criterios se deriva del amparo en revisión 1115/2017,⁴⁴ de fecha 11 de abril de 2018. La protección del amparo fue para el abogado Ulrich Richter, quien solicitó a la Cofepris autorización para consumir marihuana de manera recreativa, regular y personal, así como sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportarla, sin ningún fin comercial o de distribución. La solicitud le fue negada, por lo que promovió un amparo, argumentando que se violentaba el libre desarrollo de la personalidad, el cual también fue negado hasta llegar a la máxima instancia. El criterio amparó a Ulrich Richter en contra de la expedición y promulgación de los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley de Salud. A partir de este momento, la SCJN, a través de la presidenta de la Primera Sala de la Corte, la ministra Norma Piña,

⁴⁴ La sentencia completa puede consultarse en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-03/AR-1115-17-180316.pdf.

notificó al Congreso de la Unión sobre la existencia de estos precedentes, con la intención de iniciar el proceso de la declaratoria general de inconstitucionalidad. Esto, con el fin de que el Congreso tuviese oportunidad de comenzar el estudio de la modificación legislativa de la Ley General de Salud.

El tercer caso es el amparo en revisión 623/2017,⁴⁵ de fecha 13 de junio de 2018. A través de este control constitucional se otorgó protección a Armando Ríos Piter para uso lúdico de marihuana. Finalmente, el 31 de octubre pasado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por cuarta y quinta ocasión consecutiva, los amparos en revisión 547/2018⁴⁶ y 548/2018,⁴⁷ en los que determinó la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de marihuana, prevista por la Ley General de Salud. Se trata de los últimos criterios necesarios para integrar jurisprudencia.

Este largo camino de cinco años ha llegado a la formación de nueve diferentes jurisprudencias.⁴⁸ Para conocer la argumentación que contienen las jurisprudencias es pertinente

⁴⁵ La sentencia completa puede consultarse en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-04/AR-623-2017-180430.pdf.

⁴⁶ La sentencia completa puede consultarse en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-547-2018-181002.pdf.

⁴⁷ La sentencia completa puede consultarse en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-548-2018-181018.pdf.

⁴⁸ Publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* el 22 de febrero de 2019 bajo los rubros PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO. 1a./J.25/2019 (10a.); PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO. 1a./J.9/2019 (10a.); PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS. 1a./J.7/2019 (10a.); INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD. 1a./J.10/2019 (10a.); DERECHOS DE TERCEROS Y ORDEN PÚBLICO. CONSTITUYEN LÍMITES EXTERNOS DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. 1a./J.6/2019 (10a.); DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL. 1a./J.8/2019 (10a.); DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. SU DIMENSIÓN EXTERNA E INTERNA. 1a./L.4/2019 (10a.); DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LA PROHIBICIÓN PARA EL AUTOCONSUMO DE MARIHUANA CONTENIDA EN LA LEY GENERAL DE SALUD INCIDE PRIMA FACIE EN EL CONTENIDO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL. 1a./J.3/2019 (10a.); DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS. 1a./J.4/2019 (10a.).

conocer cuáles son los argumentos que le dieron forma a la jurisprudencia en mención. En la metodología seguida por la SCJN, el primer paso fue preguntarse si los artículos 234, 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, 248, 368 y 479 de la Ley General de Salud son violatorios del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Para responder esto, el Tribunal reconoció que, efectivamente, la Constitución contempla el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, mismo que debe garantizarse. Una de las razones más poderosas ofrecidas por los ministros es que para garantizar la autonomía de las personas es necesario disponer de la libertad para realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros y que el 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. Además, de acuerdo con los jueces, la protección que otorga el derecho no sólo comprende esas decisiones, sino también las acciones necesarias para materializar esa decisión. En este sentido, el derecho fundamental debería permitir que las personas mayores de edad decidan, sin interferencia alguna, qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, así como llevar a cabo todas las acciones necesarias para poder materializar esa elección. De tal forma, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Dicha elección desde luego incluye el consumo de marihuana.

Reconocido el derecho, enseguida la SCJN se propuso hacer una prueba de proporcionalidad para conocer si la prohibición contemplada en la Ley General de Salud respecto del consumo de *cannabis* es una medida que obedece a un límite constitucionalmente válido y si la medida es idónea, necesaria y proporcional. Por un lado, la SCJN reconoce que la protección de la salud y medidas prohibicionistas tienen fines constitucionales; sin embargo, asegura que la prohibición del consumo de marihuana, por la mera autodegradación moral que implica, no persigue un fin legítimo por lo que debe descartarse como justificación constitucionalmente permitida para limitar un derecho. En ese sentido, el tribunal constitucional consideró que

se trata de una medida que no sólo es innecesaria, al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que además es desproporcionada, ya que genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar.

En tales circunstancias, la Suprema Corte determinó que las disposiciones 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, tales como sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar, de *cannabis* y de la marihuana son inconstitucionales. No obstante, la jurisprudencia no supone la autorización para realizar actos de comercio, suministro o cualquier otro que se refiera a la enajenación y/o distribución de marihuana.

Pero el camino en torno al uso recreativo de *cannabis* no queda ahí. La jurisprudencia que articula la SCJN, si bien se convierte en una interpretación de la norma obligatoria para todo el Poder Judicial en México, no lo es para las demás autoridades administrativas. Esto resulta de enorme trascendencia, dado que, aunque exista la jurisprudencia en mención, esto no significa que las normas de la Ley General de Salud que prohíben el uso recreativo de *cannabis* dejen de ser parte del sistema jurídico mexicano, por lo que tales conductas no se despenalizan ni pierden fuerza normativa. De hecho, aquellas normas seguirán aplicándose por el órgano encargado de tal menester, la Cofepris, para el público en general. Sin embargo, uno de los efectos de la jurisprudencia en mención es continuar con el proceso de la declaratoria general de inconstitucionalidad.⁴⁹

La declaratoria general de inconstitucionalidad forma parte del control concentrado que la SCJN puede ejercer en la protección del orden constitucional; es decir, esta figura ju-

⁴⁹ Contemplado en el artículo 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

rídica representa la posibilidad de que el máximo tribunal pueda expulsar del ordenamiento jurídico mexicano una norma o normas que considere que están en contra de la Constitución. Esta función no es automática, sino que requiere de una serie de pasos que explicaremos a continuación.

De conformidad con los artículos 231 a 235 de la Ley de Amparo, cuando las Salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la Sala respectiva o de la SCJN lo informará al Congreso de la Unión, para el efecto de que pueda iniciar el estudio de una posible modificación legislativa. En el presente caso, esto sucedió el 14 de junio de 2018, derivado del amparo en revisión 1115/2017.⁵⁰

Posteriormente, de acuerdo con la Ley de Amparo, cuando el Pleno o las Salas de la SCJN establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación al Congreso de la Unión para su modificación o derogación. En ese sentido, una vez formada la jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de *cannabis* —lo cual sucedió el 31 de octubre de 2018—, el 31 de enero de 2019, a través del expediente 1/2018, se admitió a trámite y se ordenó enviar al Congreso de la Unión las resoluciones dictadas en los amparos en los que se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, párrafo último, 237, 245, fracción 1, 247, párrafo último, y 248 de la Ley General de Salud, para los efectos

⁵⁰ Oficio PS_532/2018 de catorce de junio del año en curso, de la ministra Norma Lucía Piña Hernández, presidenta de la Primera Sala de este Alto Tribunal, a través del cual señaló que: "...de conformidad con el artículo 231 de la Ley de Amparo y el punto Segundo del Acuerdo General 15/2013 de veintitrés de septiembre de dos mil trece, relativo al procedimiento para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, hago de su conocimiento que la Primera Sala se ha pronunciado respecto a la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud, por estimarlos violatorios del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, al resolver los siguientes asuntos: -Amparo en Revisión 237/2014... -Amparo en Revisión 1115/2017", disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/denunciaincumplimiento/ConsultaGeneralesAcuerdos.aspx?asuntoID=238513>.

mencionados: su modificación o derogación. La notificación del expediente de inconstitucionalidad al Congreso fue el 13 de febrero de 2019.

De acuerdo con la Ley de Amparo, el Poder Legislativo tiene 90 días naturales para atender el problema de constitucionalidad. En caso contrario, es decir, una vez concluido ese plazo sin que se haya modificado o derogado la norma inconstitucional, la SCJN podrá establecer la declaración general de inconstitucionalidad, siempre que exista la aprobación de una mayoría de cuando menos ocho votos de los ministros del Pleno. Lo anterior significa que, si la norma inconstitucional se modifica o deroga dentro del plazo señalado, la declaratoria general de inconstitucionalidad se deberá declarar sin materia. La posible elaboración de la declaración de inconstitucionalidad de las normas de la Ley General de Salud quedó a cargo del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria y tendrá efectos generales.

Es necesario precisar que, si bien la Constitución federal indica que se trata de 90 días naturales, el artículo 232 de la Ley de Amparo establece que, cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo de 90 días naturales se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución local, según corresponda.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal

A raíz de la primera sentencia de amparo en revisión resuelta por la SCJN, mediante la cual se determinó la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud (LGS) al amparar a cuatro personas para que el Poder Ejecutivo les otorgase el permiso para el

uso lúdico y personal de la marihuana, el gobierno de la República convocó al Debate Nacional sobre el Uso de la Marihuana, mismo que se desarrolló durante cuatro foros temáticos y un foro de conclusiones llevados a cabo de enero a marzo de 2016.

Otro antecedente judicial importante adicional al Debate Nacional sobre el Uso de la Marihuana fue que, en 2015, una pareja solicitó al Consejo de Salubridad General que se les permitiera la importación y uso de un medicamento con cannabidiol (CBD), componente de la marihuana, para el tratamiento del síndrome de Lennox-Gastaut que padece su hija. El Consejo de Salubridad General negó la solicitud fundado en: *a)* que no existe evidencia científica que permita concluir la eficacia terapéutica del CBD para el tratamiento de la epilepsia, y *b)* que el Consejo carece de facultades para emitir dicho permiso. Frente a esta negativa, la pareja acudió a presentar amparo indirecto ante el juez tercero de distrito, quien otorgó la suspensión a la resolución, argumentando que la negativa a otorgarles a los padres solicitantes el permiso atentaba contra el derecho a la salud de la niña. A partir de la difusión del caso, conocido como el *caso Grace*, otros pacientes con padecimientos similares solicitaron permisos de importación para medicamentos a base de CBD. Resultado de esta situación, el 31 de enero de 2016, la Cofepris emitió dos permisos de importación para un producto de origen estadounidense.

En la presentación de las conclusiones de los foros del Debate Nacional sobre el Uso de la Marihuana, el ex presidente Peña Nieto señaló la existencia de un “consenso de que existen limitaciones en el enfoque actual con el que México ha atendido el tema de la marihuana”. Además, identificó cinco posiciones constantes que se reproducen a continuación:

Primera. La necesidad de atender el tema de las drogas, en general, y el de la marihuana, en particular, desde la perspectiva de los derechos humanos.

Segunda. El consumo de marihuana debe atenderse desde una óptica de salud pública.

Tercera. las adicciones deben tratarse con prevención y soluciones terapéuticas integrales, sin criminalizar a los consumidores.

Cuarta. Se deben reforzar las acciones para prevenir el consumo de drogas, incluyendo la marihuana, especialmente las campañas orientadas a niños y jóvenes.

Quinta. Se debe facilitar el acceso a sustancias controladas, para fines terapéuticos e investigación científica.

Fundado en lo anterior, presentó una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud enfocada en tres puntos: autorizar el uso de medicamentos elaborados a base de marihuana y/o sus ingredientes activos; autorizar la investigación clínica con fines de registro, para productos que contengan marihuana y sus ingredientes activos, y despenalizar la posesión para uso personal de hasta 28 gramos de marihuana, conforme a estándares internacionales.

El Decreto, finalmente aprobado por el Congreso de la Unión, reprodujo las finalidades de los primeros dos puntos, pero no consiguió consenso respecto de la despenalización de la posesión para uso personal de hasta 28 gramos. Es decir, se consiguió la autorización para el uso de medicamentos e investigación clínica de la *cannabis*, pero no así la despenalización de una posesión mayor a los cinco gramos que se permiten actualmente. Los contenidos de la reforma aprobada son los siguientes:

- ▶ Adicionó un artículo 235 Bis para dar facultades de política pública a la Secretaría de Salud, con la finalidad de regular el uso medicinal de los derivados farmacológicos de la *cannabis* sativa, índica y americana o marihuana, entre los que se encuentra el tetrahidrocannabinol, sus isómeros y variantes estereoquímicas, así como normar la investigación y producción nacional de los mismos.
- ▶ Reformó el artículo 237 para eliminar a la *cannabis* sativa, índica y americana o mariguana, de la lista de sustancias y vegetales que se encuentran prohibidos dentro del territorio nacional.

- ▶ Modificó artículo 245 en su fracción I para eliminar al THC (tetrahidrocannabinol) e isómeros y sus variantes estereoquímicas de la lista de sustancias que “tienen valor terapéutico escaso o nulo y que, por ser susceptibles de uso indebido o abuso, constituyen un problema especialmente grave para la salud pública”.
- ▶ Cambió al mismo artículo 245 en su fracción II para incluir al THC (tetrahidrocannabinol) mayor a 1% de concentración dentro de las sustancias y vegetales que tienen amplios usos terapéuticos y constituyen un problema menor para la salud pública.
- ▶ Incluyó un último párrafo en el artículo 245, fracción V, para permitir la comercialización, exportación e importación de los productos que contengan derivados de la *cannabis* en concentraciones del 1% o menores de THC y que tengan amplios usos industriales.
- ▶ Alteró el artículo 290 para otorgarle facultades a la Secretaría de Salud para autorizar la importación de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, productos o preparados que los contengan —incluyendo los derivados farmacológicos de la *cannabis* sativa, índica y americana o marihuana, entre los que se encuentra el tetrahidrocannabinol, sus isómeros y variantes estereoquímicas— exclusivamente a farmacias y establecimientos.
- ▶ Agregó un párrafo último al artículo 198 del Código Penal Federal para establecer que la siembra, cultivo o cosecha de plantas de marihuana no serán punibles cuando se lleven a cabo con fines médicos y científicos en los términos y condiciones de la autorización que para tal efecto emita el Ejecutivo federal.
- ▶ Estableció en el artículo segundo transitorio la obligación para la Secretaría de Salud de reforzar los programas y acciones de prevención, tratamiento, rehabili-

tación, reinserción social y control del consumo de *cannabis* por parte de niñas, niños y adolescentes, así como el tratamiento de las personas con adicción.

- Ordenó en el artículo tercero transitorio que el Consejo de Salubridad General deberá determinar el valor terapéutico o medicinal de la producción de fármacos derivados de la *cannabis* para garantizar la salud de los pacientes.
- Finalmente, el artículo cuarto transitorio instituyó un plazo de 180 días para armonizar los reglamentos y normatividad en el uso terapéutico del THC.

El 30 de octubre de 2018 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* los lineamientos en materia de control sanitario de la *cannabis* y derivados de la misma por la Comisión Federal de Prevención contra Riesgos Sanitarios. Hasta la entrada de la nueva administración federal, la Cofepris había otorgado más de 300 permisos conforme a la nueva normatividad. El nuevo comisionado federal revocó los lineamientos con fecha del 26 de marzo de 2019 en razón de que: *a)* no se sometieron los lineamientos al análisis de impacto regulatorio de la Comisión de Mejora Regulatoria y *b)* los lineamientos pretenden autorizar la importación de mercancías que actualmente se clasifican como prohibidas en términos de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación.⁵¹

A pesar de lo anterior, podemos afirmar que tanto el decreto de reforma a la Ley General de Salud como las jurisprudencias emitidas por la SCJN son una muestra importante del cambio regulatorio en México respecto de la *cannabis*, siendo ambos eventos normativos las características principales del momento actual.

⁵¹ Oficio núm. S00/134/2019 signado por José Alonso Novelo Baeza, comisionado Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, 26 de marzo de 2019.