

CAPÍTULO SEGUNDO

AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA. EL CASO *MARIHUANA*¹

El propósito de este capítulo es reflexionar sobre cómo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) contribuyó a la deliberación democrática llevada a cabo tanto en la esfera pública como en el Congreso de la Unión sobre la legalización del uso de la marihuana, con motivo de la resolución dictada por la Primera Sala en el amparo en revisión 237/2014, el 4 de noviembre de 2015. Debo aclarar que no se trata de un comentario detallado sobre los argumentos que sostienen la sentencia, sino de una reflexión sobre el proceso de deliberación democrática que suscitó al plantear un nuevo paradigma sobre el consumo de drogas. En nuestro ámbito resulta extraño pensar sobre este tipo de aportes de la justicia constitucional a la democracia, pues la visión imperante en nuestro medio es indiferente al papel que los tribunales cumplen como promotores e interlocutores en la deliberación pública.

En otro trabajo he explicado con mayor detalle cómo la justicia constitucional puede entenderse como sede, interlocutora, promotora y garante de la deliberación.² Todas estas facetas de la justicia constitucional deliberativa son importantes y deben distinguirse. De acuerdo con esta concepción deliberativa, en la medida en que el proceso democrático y las instituciones representativas no pueden satisfacer todos los requerimientos de la Constitución ideal,³ los tribunales tienen la tarea de fortalecer el proceso deliberativo y lidiar con patologías especiales de las instituciones democráticas. Desde mi punto de vista, la justificación de la justicia constitucional (siempre sin supremacía judicial) en una democracia deliberativa está condicionada

¹ Este capítulo fue publicado previamente en Salazar Ugarte, Pedro; Niembro Ortega, Roberto y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto, *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, IJJ-UNAM, 2019.

² Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

³ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 260 y 261.

a los aportes que haga al proceso de deliberación,⁴ incluyendo aquel que se lleva a cabo en el espacio público informal, pues la formación discursiva de la opinión y de la voluntad en modo alguno se restringe a los parlamentos.⁵

El comentario está dividido en tres apartados. En primer lugar, explico brevemente las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer a la democracia deliberativa, para lo cual distingo entre los aportes a la deliberación parlamentaria y a la esfera pública. Respecto de las contribuciones a la deliberación parlamentaria, me enfoco en cómo los tribunales pueden enriquecerla. Por su parte, tratándose de los aportes a la esfera pública, me concentro en las tareas de promover la deliberación en temas controvertidos, proveer argumentos y convertir problemas en asuntos públicos. Finalmente, analizo las contribuciones que la sentencia del caso *Marihuana* hizo a la deliberación pública.

I. SOBRE LAS CONTRIBUCIONES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

En este apartado distingo los aportes que la justicia constitucional puede hacer para mejorar la deliberación democrática desde un punto de vista constitucional a la luz de sus capacidades y limitaciones institucionales. Al respecto, habrá que distinguir entre los aportes que la justicia constitucional puede realizar a la deliberación parlamentaria, a la que se da fuera del Parlamento y a los esfuerzos que puede hacer para servir como canal de comunicación entre la deliberación que se da fuera del Parlamento con la que se da entre muros.

A. *Contribuciones a la deliberación parlamentaria*

En relación con la deliberación parlamentaria, la justicia constitucional puede contribuir obligando a que los legisladores cumplan con su función de legislar, garantizar que dicha deliberación sea efectiva, representativa, de-

⁴ Dependiendo de la lectura que se haga de la democracia deliberativa, el control judicial puede estar encaminado a lograr la racionalidad de los argumentos, o bien, de las estructuras y procedimientos que regulan y posibilitan la deliberación, por lo que su alcance no es el mismo. Moreno Rodríguez-Alcalá, Diego, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, p. 340. En cualquiera de los dos casos, la función de la justicia constitucional es una muy distinta a aquella que le asigna “la garantía de los derechos fundamentales”.

⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2008, p. 254.

mocrática, pública, libre y en condiciones de igualdad, o enriquecer la deliberación en sede legislativa. Por razones de espacio, en este comentario solo me enfocaré en cómo puede enriquecer la deliberación del poder legislativo.

B. *Enriquecimiento de la deliberación parlamentaria*

La legitimidad de las reglas emitidas por el Parlamento atiende a su producción en un procedimiento legislativo que se pueda considerar racional, es decir, en el que se asegure que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír, se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles.⁶

En esa tesitura, una de las formas en que los tribunales constitucionales pueden enriquecer el proceso de deliberación democrática es compensando las deficiencias argumentativas de las instituciones representativas. Los tribunales pueden: *a)* ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados; *b)* proveer de nuevos argumentos, y *c)* impugnar otros ya dados (p. ej., resultantes de la falta de información, el prejuicio o impulsos de índole meramente perfeccionista).⁷ Distingamos estas tres tareas.

a) Ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados

En este supuesto, los tribunales pueden ser un foro de inclusión para aquellos que no tienen injerencia en el proceso de toma de decisiones⁸ y/o ser un medio para la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria⁹ y resultan afectadas por la decisión.

⁶ *Ibidem*, pp. 92 y 238.

⁷ Gargarella, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, 2005, p. 165. En el mismo sentido, Limbach opina que cuando se haya echado en falta información, competencia profesional y reflexión, cabe al Tribunal devolver al legislador una decisión normativa de valor, que en su momento bien pudo haber decidido mayoritariamente de forma diferente. Pero el *Bundesverfassungsgericht* se guardará mucho de prescribir los contenidos de la regulación a los autores de la ley. Limbach, Jutta, “El papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, julio-diciembre de 1999, p. 101.

⁸ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 696.

⁹ Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, p. 178. Aunque para algunos, si de lo que se trata es de otorgar vías de participación a los

Además de ser un foro de expresión de los excluidos de la sede parlamentaria, los tribunales constitucionales pueden adoptar los argumentos de estos y comunicarlos a los parlamentarios. En este último supuesto, el tribunal hace suyos los argumentos y los transmite a través de sus decisiones.

Cabe recordar que la desatención sobre ciertos intereses puede deberse a problemas de inercia que derivan de las limitaciones de las sesiones o de las prioridades electorales del poder legislativo, a los costos políticos que implican para el grupo político mayoritario o a la falta de revisión parlamentaria.¹⁰ El caso más extremo de intereses no tomados en cuenta es el de quienes no tienen derecho al voto.¹¹

b) Evaluar argumentos y pruebas ya considerados en sede parlamentaria

En esta actividad, los jueces deben contrastar las razones y pruebas aportadas en el procedimiento legislativo.¹² Asimismo, pueden ayudar a distinguir entre acuerdos genuinos y pseudocompromisos basados en relaciones de poder; señalar lo que es de interés del público en contraposición con lo que es de interés particular de un grupo.¹³

grupos aislados, existen otras maneras de perfeccionar las instituciones representativas, sin necesidad de echar mano de un procedimiento cuya legitimidad y eficacia resultan cuando menos dudosas. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, “Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, septiembre-diciembre de 2015, p. 341.

¹⁰ Dixon, Rosalind, “Creating dialogue about socio-economic Rights: Strong v. Weak-form judicial review revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 3-4 y 19-29. En el mismo sentido, Jiménez Campo señala: “El todavía llamado legislador negativo es visto, cada vez más, como árbitro de la razonabilidad de un segundo procedimiento que daría ocasión para ponderar y entender lo que se juzga mal apreciado o indebidamente postergado en el procedimiento parlamentario”. Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley: Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional de España-CEPC, 1997, p. 20.

¹¹ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control jurisdiccional*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 146.

¹² Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 40; Zurn, Christopher F., “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Cour-Based Constitutional Review”, en Ungureanu, Camil; Günther, Klaus y Joerges, Christian, *Jürgen Habermas*, Reino Unido, Ashgate-Cornwall, 2011, vol. 1, p. 443.

¹³ Benhabib, Seyla, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, en Rosenblum, Nancy L. (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Massachusetts, Harvard University Press, 1989, p. 154.

Así, la justicia constitucional puede hacer ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, así como las contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas.¹⁴

En otras palabras, como regla general, el proceso judicial puede conducir a un proceso reflexivo de deliberación pública que sirva para corregir la parcialidad o suplir la generalidad de la ley¹⁵ y observar las debilidades, fracasos y rupturas del sistema político.¹⁶

c) Proveer de nuevos argumentos

A diferencia del primer apartado, en el que los jueces sirven para transmitir lo que otros les han comunicado, en este supuesto son los jueces los que generan argumentos morales o prácticos distintos a los ya tomados en cuenta. Por un lado, los jueces pueden servir para recordarnos, si es que no lo hemos hecho antes, nuestro compromiso con los derechos fundamentales.¹⁷ Así, los tribunales pueden participar en un diálogo presentando cuestiones de principio a la atención del gobierno y de la gente.¹⁸ Con ello no quiero decir que el lenguaje de los derechos no pueda estar presente en sede política o que esta no sea un lugar idóneo para su exposición, como tampoco puedo aseverar que la consideración de los argumentos de principio por

¹⁴ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-IJ-UNAM, 2010, pp. 353-355.

¹⁵ Spector, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente”, en Alegre, Marcelo *et al.* (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 232-238.

¹⁶ Gargarella, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre de 2006, p. 21.

¹⁷ Ya sean derechos vinculados al proceso participativo o derechos sustantivos.

¹⁸ Roach, Kent, “A dialogue about principle and a principled dialogue: Justice Iacobucci’s substantive approach to dialogue”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, núm. 2, 2007, pp. 449-477. En el mismo sentido, Moreno considera que en un contexto institucional en el que los tribunales no tienen la última palabra, estos puede ayudar a disciplinar el discurso político o colaborar a que el mismo sea conducido con arreglo a consideraciones de principio. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *op. cit.*, p. 286. Para Tushnet, la dificultad de este argumento es que no es fácil distinguir las situaciones en las que las legislaturas no prestaron atención a los principios de aquellas en las que sí lo hicieron pero les dieron un peso distinto al que los tribunales consideran adecuado. Tushnet, Mark, “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, *Law and Philosophy*, núm. 22, 2003, p. 364.

parte de las fuerzas políticas se deba solo a la labor de los jueces, al tratarse de una cuestión contrafáctica.¹⁹ Sin embargo, mientras que en los procesos constitucionales es necesaria la presentación de argumentos basados en la Constitución y su resolución está basada en este y otro tipo de razones, en la deliberación política su consideración es eventual.²⁰ Sobre este punto volveré más adelante al tratar el test de proporcionalidad.

Por el otro lado, los jueces pueden ayudar a subsanar lo que Dixon ha denominado “puntos ciegos”, que se deben a que el legislativo no siempre puede prever los casos en los que la inconstitucionalidad de una ley deviene de su aplicación;²¹ al no poder anticiparse al impacto que pueden tener las leyes en personas con muy distintas experiencias y perspectivas, o por no haber intuido la forma de compatibilizar los derechos con los objetivos políticos.

De hecho, es una forma en que los legisladores cumplan con el deber de cuidado. Este deber implica que pongan atención sobre los efectos de las decisiones que toman o dejan de tomar sobre los ciudadanos y la sociedad, cuál es el impacto que una decisión individual tiene sobre los derechos e intereses de los ciudadanos.²²

Para el enriquecimiento de la deliberación parlamentaria, los tribunales constitucionales aplican métodos específicos para evaluar las razones y las bases empíricas que sustentan la constitucionalidad de las “decisiones” de los otros poderes, como el test de proporcionalidad, y exigen distintos niveles de justificación según se trate de una minoría social que debe ser especialmente protegida.²³ En el caso *Marihuana*, el test de proporcionalidad

¹⁹ Zurn, Christopher F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 204.

²⁰ En este punto coincido con Ferreres, quien afirma que los tribunales constitucionales no huyen de los principios más abstractos de moralidad política que figuran en el catálogo de derechos y libertades de la Constitución. Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 87.

²¹ Para Jiménez Campo, en estos casos lo que corresponde es que el Tribunal sugiera al legislador su modificación. Véase, por ejemplo, la STC 3/1983. Jiménez Campo, Javier, *op. cit.*, p. 70.

²² Waldron, Jeremy, “Principles of legislation”, en Bauman, Richard W. y Kahana, Tsvi (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 24.

²³ De acuerdo con Kenji Yoshino, tratándose de la interpretación de la cláusula de igualdad de la Corte Suprema estadounidense, para determinar si un grupo merece escrutinio estricto, los tribunales consideran si el grupo: 1) ha sufrido un historia de discriminación (este análisis se divide en dos pasos. Primero se compara si el grupo comparte alguna característica con los grupos ya protegidos, segundo, se piensa en las especificidades de opresión del grupo); 2) no tiene poder político, y 3) se define por una característica inmutable. Con

tiene una gran relevancia, por lo que es necesario detenerme a explicar sus características.

El test de proporcionalidad

Empecemos por repasar qué es lo que se evalúa con el test de proporcionalidad. En principio, se trata de analizar la constitucionalidad de la posible restricción de un derecho fundamental o la afectación de un principio por una decisión legislativa, administrativa o judicial. Incluso, esa posible restricción o afectación puede derivarse de un conflicto entre particulares. Pero ¿qué es exactamente lo que se analiza cuando se plantea una posible restricción de un derecho fundamental?

Si partimos de que “tener un derecho” puede significar tener un derecho subjetivo, una libertad, una potestad y/o una inmunidad y la imposición correlativa de un deber (de abstención o de hacer), un no derecho, una sujeción o una incompetencia, respectivamente,²⁴ lo que analizamos a través del test de proporcionalidad es si la regulación legislativa, la determinación administrativa o judicial, o la actuación de los particulares sobre esos derechos subjetivos, libertades, etc., se justifican a la luz de los fines, la relación medio-fin y el balance entre principios.

Además, a través del test de proporcionalidad podemos evaluar si se justifican las condiciones que se imponen al titular del derecho, libertad etc., para que este se cumpla. Por ejemplo, si el titular debe o puede exigir, facilitar, hacer posible o colaborar con el sujeto pasivo para que ese derecho, libertad, etc., se cumpla.²⁵

Ahora bien, para llevar a cabo dicho análisis, el test de proporcionalidad verifica lo siguiente:

- 1) El para qué de la restricción a un derecho fundamental o afectación de un principio, es decir, el fin que se busca proteger, cuya definición puede estar dentro del ámbito de discrecionalidad de la autoridad o

este análisis lo que se busca es que los jueces eviten los mismos prejuicios que las legislaturas, forzándolos a plantearse reflexivamente qué tipo de grupo es y las cuestiones que tienen asumidas sobre el mismo. Yoshino, Kenji, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, vol. 96, pp. 1755, 1766 y 1774.

²⁴ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, núm. 4, 1986-1987, pp. 29-43.

²⁵ Sobre esas condiciones y su carácter deóntico también llama la atención Atienza. *Ibidem*, p. 36.

mandado o excluido por la Constitución.²⁶ Ese fin puede ser un bien colectivo u otro derecho fundamental.

- 2) El cómo de la restricción: ¿hay una relación (idónea) entre el medio y el fin y los medios son los menos lesivos para el derecho fundamental afectado siendo igualmente efectivos (necesidad)? El grado de idoneidad entre el medio y el fin admite distintos niveles, cuya exigencia dependerá del escrutinio que se aplique.²⁷ Por ejemplo, se puede utilizar la idoneidad como un criterio negativo para excluir los medios que no son idóneos, o como un criterio para exigir el medio más idóneo.²⁸
- 3) ¿La intensidad de la restricción de un derecho fundamental o de afectación a un principio²⁹ se justifica a la luz de la importancia³⁰ y satisfacción del fin buscado y otros principios en juego?³¹

²⁶ Alexy habla del margen de acción estructural para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que solo permite que esto suceda en caso de que concurren dichas razones. Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XXII, núm. 66, septiembre-diciembre de 2002, p. 23.

²⁷ Para Alexy, el margen para la elección de medios no origina demasiados problemas cuando los diversos medios son igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen un significado destacable. Esto no ocurre, sin embargo, cuando los diversos medios fomentan el fin en diferente medida o cuando no es seguro en qué medida lo hacen; o cuando los diversos medios se comportan negativamente una medida distinta en relación con otros fines o principios, o cuando no es seguro en qué medida lo hacen. *Ibidem*, p. 25.

²⁸ De acuerdo con Alexy, al legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo. *Ibidem*, pp. 28 y 29.

²⁹ Alexy habla de afectación leve, intermedia y grave, que siempre son concretas. *Ibidem*, p. 33

³⁰ La importancia de los principios puede ser abstracta, aunque se termina definiendo en los casos concretos. *Ibidem*, p. 38. De acuerdo con Alexy, los elementos del caso concreto que resultan esenciales para la decisión son la medida examinada y las consecuencias que su ejecución y no ejecución tienen para los principios implicados.

³¹ Se podría decir que las preguntas que plantea el test de proporcionalidad buscan sacar a la luz errores de la deliberación como: a) que se tomen decisiones sin comprender cabalmente las alternativas y consecuencias; b) que se tengan visiones incompletas de las opciones que tiene la institución, y c) que solo se tomen en cuenta las necesidades e intereses de una fracción de la comunidad. Eskridge, William N. y Ferejohn, John, “Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review”, *Texas Law Review*, vol. 87, 2009, p. 1227. En palabras de Pettit, el control judicial es un mecanismo de réplica que nos permite evitar falsos positivos, es decir, la identificación errónea de políticas que son en beneficio de intereses de

En primer lugar, cabe reiterar que en las tres preguntas hay márgenes de apreciación sobre cuestiones normativas y empíricas.³² Ejemplo de lo primero: ¿el derecho a la igualdad exige una acción afirmativa?; ejemplo de lo segundo: ¿a la luz de los hechos y estudios científicos, el diseño de tal acción afirmativa a favor de las mujeres es efectiva para lograr su participación política? Asimismo, en relación con las cuestiones normativas y empíricas puede haber errores, por no haber contemplado argumentos normativos, o no haber tenido a la mano o no haber tomado en cuenta investigaciones empíricas.³³ Y en los tres pasos pueden aplicarse distintos niveles de escrutinio, más o menos estrictos, según la intensidad de la restricción o afectación, o por las personas involucradas, entre otros criterios.

Desde un punto de vista discursivo, el test de proporcionalidad puede evaluarse como estructura de justificación para los individuos afectados por la decisión³⁴ y/o por los resultados que arroja. Como estructura de justificación, tiene las siguientes características.

En primer lugar, se analiza la decisión de otros poderes y los problemas se plantean en términos de derechos, lo que implica que están presentes en la discusión.³⁵ Como dijimos, esta es una contribución de la justicia constitucional a la deliberación, pues nos obliga a discutir sobre los mismos.

fracciones; mientras que las instituciones parlamentarias son las indicadas para evitar falsos negativos, es decir, fallas en percibir opciones públicas. Pettit, Philip, “Depoliticizing Democracy”, *Ratio Juris*, vol. 17, núm. 1, 2004, pp. 60-63.

³² Esto es inevitable, pues se trata de cuestiones políticas que no son tan arbitrarias como escoger entre dos tipos de comida, pero tampoco son cuestiones de conocimiento en las que los expertos nos puedan dar una respuesta correcta. Pitkin, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 1967, p. 212.

³³ Alexy, Robert, “Epílogo...”, *cit.*, p. 60.

³⁴ Así lo ha llamado Kumm, Mattias, “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalists Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *EJLS*, vol. 1, núm. 2, p. 2. Para Kumm, el principio de proporcionalidad permite a los tribunales evaluar todas las consideraciones morales y pragmáticas relevantes de manera explícita, sin ser una mera discusión legal. El énfasis de que se trata de una justificación *para los individuos* lo hace Dyzenhaus, David, “Proportionality and Deference in a Culture of Justification”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 254 y 258.

³⁵ Cabe resaltar que muchas veces a través del test de proporcionalidad los conflictos se entienden como un enfrentamiento entre los derechos de un individuo y los derechos de otros, y no necesariamente entre los derechos de uno frente a las preferencias mayoritarias de otros. Miller, Bradley W., “Justification and Rights Limitations”, en Huscroft, Grant (ed.), *Expounding the Constitution Essays in Constitutional Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 105.

En la literatura especializada suele afirmarse que el punto de partida del test de proporcionalidad es la existencia de una pretensión protegida por un derecho fundamental *prima facie*, por lo que tiene cierta prioridad y las razones para negarla deben tener una fuerza especial.³⁶

Para Kai Möller, por cuanto la aplicación del test exige la posible violación a un derecho *prima facie*, esto provoca la inflación de los derechos, lo que conlleva que todos los problemas legales, por triviales que sean, se planteen en términos de derechos y libertades.³⁷ Es lo que, según Möller, ha pasado en Alemania, en donde, a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cualquier tipo de interés alegado puede encuadrarse dentro de un derecho fundamental.³⁸

En segundo lugar, el test de proporcionalidad es una estructura ordenada y transparente de argumentación que sirve para disciplinar y racionalizar las decisiones judiciales,³⁹ en las que se explicitan y evalúan los fines, los medios, la relación entre ellos y la fuerza que tienen a la luz de otros principios o consideraciones en las circunstancias particulares. Asimismo, cabe recalcar que el análisis que se hace por medio del test de proporcionalidad tiene en cuenta el contexto al momento en que se examina la decisión, mismo que puede ser diferente al del momento en que esta se tomó. Además, es un análisis que atiende a las características del caso concreto que lo distingue del proceso de toma de decisiones del legislador, lo que para algunos puede conllevar una perspectiva reductora.⁴⁰

Eso no quiere decir que no haya un amplio margen de apreciación en cada uno de los pasos que componen el test⁴¹ ni que su aplicación sirva para obtener la respuesta correcta o salve la objeción democrática de que los jue-

³⁶ A este modelo Tremblay lo denomina modelo de prioridad de derechos que contraponen al modelo de optimización. Tremblay, Luc B., "An egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 4, 2014, p. 866. Cabe aclarar que no en todas las concepciones los derechos tienen cierta prioridad especial sobre otros intereses. Véase Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 16-42.

³⁷ Möller, Kai, "Proportionality and Rights Inflation", en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*, p. 155.

³⁸ *Ibidem*, p. 159.

³⁹ Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁰ Ekins, Richard, "Legislating Proportionately", pp. 367-369; Miller, Bradley W., "Proportionality's Blind Spot: Neutrality and Political Philosophy", p. 375, ambos en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*

⁴¹ Antaki, Mark, "The Rationalism of Proportionality's Culture of Justification", en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*, p. 294.

ces tengan la última palabra interpretativa,⁴² pues no excluye un alto grado de subjetividad en un terreno de profundos desacuerdos.⁴³

En tercer lugar, el test de proporcionalidad da la oportunidad para que las autoridades expliciten las razones, los fines, los medios, etc., de sus decisiones que dan contenido a los derechos fundamentales. En otras palabras, no es una estructura monológica en la que el juez fija los límites a los derechos, sino dialógica y, por ende, democratizadora.⁴⁴ Ahora bien, la aplicación del test de proporcionalidad en sede judicial no debe conducirnos al error de pensar que es la única forma de razonar sobre derechos o que formalmente así lo deben hacer los legisladores,⁴⁵ pues solo es una estructura de justificación que sirve para verificar que se hayan dado razones, evaluarlas y, en su caso, excluir algunas e incluir otras que no fueron tomadas en cuenta; además, sirve para evaluar los hechos, la forma de caracterizarlos y el peso que se les dio en la decisión.⁴⁶

En cuanto filtro de razones instrumentales y morales,⁴⁷ el test de proporcionalidad requiere de algo más, pues para decidir si una razón es buena o

⁴² Como sí sostiene Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

⁴³ Por ello es que comparto la conclusión de Gardbaum de que el principio de proporcionalidad no es suficiente para justificar el control de constitucionalidad, sino que debe darse una forma de *weak judicial review* como los del *new Commonwealth model*. Gardbaum, Stephen, “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *op. cit.*, pp. 279 y 283. Por otro lado, no comparto la afirmación del autor de que en los modelos débiles de control judicial se puede revertir la sentencia de inconstitucionalidad sin pasar la carga de la justificación del test de proporcionalidad (*ibidem*, p. 276), pues si la facultad para sobreponerse a la sentencia se aplica con posterioridad a que esta fue dictada, el test de proporcionalidad ya se aplicó.

⁴⁴ No entro al debate sobre si fijar límites es justificar restricciones, interferencias en el derecho, o si es delimitar, especificar los límites del derecho. Sobre el punto véase Webber, Grégoire, “On the Loss of Rights”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire, (eds.), *op. cit.*, pp. 146-149 y Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, pp. 280 y 281.

⁴⁵ Möller, Kai, *op. cit.*, p. 152; Dyzenhaus, David, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁶ Dyzenhaus, David, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁷ Kumm, Mattias, “Institutionalising Socratic Contestation...”, *cit.*, p. 20. Sobre estas dos racionalidades que se evalúan por el test de proporcionalidad llama la atención Pavlakos, George, “Between Reason and Strategy: Some Reflections on the Normativity of Proportionality”, en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire, (eds.), *op. cit.*, p. 92. Pavlakos objeta la idea de filtro por tratarse de un filtro que llega demasiado tarde, pues el acto será moralmente arbitrario hasta que sea pasado por el test de proporcionalidad y por generar una presunción en contra de la legitimidad de las normas legales, *ibidem*, pp. 91 y 110. En mi opinión, el test de proporcionalidad no llega demasiado tarde, pues la evaluación moral de las decisiones autoritativas también se hace en otras sedes sin necesidad de aplicar el test de proporcionalidad. Es decir, solo cuando se piensa que es el único método para evaluar la calidad moral de las decisiones es que se piensa que llega demasiado tarde.

no, si es una razón perfeccionista, si está excluida absolutamente, si trata a las personas como medios⁴⁸ o si es o no una “razón pública”⁴⁹ se requiere de una teoría para evaluarlas. Así, por ejemplo, en muchas ocasiones definir cuál es el fin de una legislación y si está protegido o no por la Constitución, si los medios son los menos restrictivos e igualmente eficaces y si es o no aplicable un precedente, son en parte cuestiones valorativas influidas por la filosofía política.⁵⁰ Y es sobre este punto que el principio de proporcionalidad puede servir para oscurecer, en lugar de transparentar, la discusión; pues bajo el ropaje de un método técnico, los tribunales pueden esconder las razones últimas de su análisis, sobre las que sin duda hay también desacuerdos.⁵¹

Finalmente, por los resultados que podemos esperar del citado test, Alexy considera —y comparto su conclusión— que en algunos casos puede obtenerse un resultado de manera racional.⁵²

Una cuestión distinta, pero más importante aún, es cómo se afecta el debate subsecuente cuando un tribunal determina que tal interés está protegido o no por un derecho. De hecho, cuando un tribunal considera que cierto interés está protegido por un derecho fundamental, este toma una posición especial en el discurso. Este es uno de los privilegios de los tribunales, pues una vez que ellos hablan y dicen que se trata de un interés protegido por un derecho fundamental, debatir sus conclusiones es mucho más difícil, incluso en un sistema dialógico.

En conclusión, ya sea que evaluemos el test de proporcionalidad como estructura de justificación o por los resultados que arroja, considero que es un instrumento que contribuye a legitimar las decisiones —sin que asegure

⁴⁸ Kumm, Mattías, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en Pavlakos, George (ed.), *Law Rights and Discourse The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Hart Publishing, 2007, p. 133. Para Kumm, el discurso de los derechos, además de utilizar el principio de proporcionalidad, se acompaña de razones excluidas (p. ej., en el ámbito del derecho a libertad de expresión, discriminar entre opiniones con base en su plausibilidad o corrección) y prohibiciones de usar a las personas como medios. En mi opinión, el principio de proporcionalidad nos da la oportunidad de analizar si estamos frente a ese tipo de circunstancias.

⁴⁹ Para Kumm, el principio de proporcionalidad es una estructura de justificación de un acto en términos de la razón pública. Kumm, Mattías, “Institutionalising Socratic Contestation...”, *cit.*, p. 12. Estoy de acuerdo con la primera parte de la afirmación —es una estructura de justificación—, pero no necesariamente con la segunda —que se hace en términos de razón pública— si por ello se entiende un tipo de razones y no un método para razonar.

⁵⁰ Miller, Bradley W., “Proportionality’s Blind Spot...”, *cit.*, pp. 375-394. Kumm, Mattías, “Political liberalism...”, *cit.*, p. 148.

⁵¹ *Ibidem*, p. 396.

⁵² Alexy, Robert, “Epílogo...”, *cit.*, p. 32.

su justicia—, dado que racionaliza y transparenta la discusión a través de un método que puede aceptarse razonablemente.

II. PROMOVER Y GARANTIZAR LA DELIBERACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN LA ESFERA PÚBLICA

En el apartado anterior repasamos algunas de las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer al procedimiento de deliberación parlamentaria. Ahora toca pensar en las contribuciones que puede hacer para vitalizar el proceso comunicativo en la esfera pública, como base de la legitimidad democrática y realización del autogobierno.⁵³ En efecto, un procedimiento parlamentario público sin una esfera pública serviría solo para dotarlo de prestigio, pero no de legitimidad.⁵⁴ La idea de esfera pública se refiere a la deliberación crítica entre individuos y grupos sobre cuestiones de interés general que genera una opinión pública. Esta última tiene como tarea criticar y controlar formal (elecciones) e informalmente el ejercicio del poder estatal,⁵⁵ aunque también puede ser objeto de manipulación en beneficio de personas, instituciones, consumidores o programas.⁵⁶ En la esfera pública puede haber tantos públicos como asuntos controvertidos.⁵⁷

Las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer a la deliberación y participación en la esfera pública son: *a)* igualar las oportunidades para participar discursivamente en el debate público; *b)* fortalecer el debate en tiempos electorales; *c)* promover la deliberación en asuntos controvertidos, y *d)* proveer de argumentos y convertir problemas en asuntos públicos. Por razones de espacio me limitaré a las contribuciones identificadas con los incisos *c)* y *d)*.

⁵³ Post, Robert, “First Lecture: A short history of representation and discursive democracy”, *Citizens divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014, pp. 5, 36, 38, 41.

⁵⁴ Habermas, Jürgen, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)”, en Gripshud, Jostein *et al.* (eds.), *The Idea of Public Sphere*, Maryland, Lexington Book, 2010, p. 119.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

⁵⁶ Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, trad. de Thomas Burger, Massachusetts, MIT Press, 1991, pp. 200 y 236.

⁵⁷ Benhabib, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, MIT Press, 1992, p. 87. En el mismo sentido, Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig (ed.), *op. cit.*, p. 122-128.

A. *Promover la deliberación en asuntos controvertidos*

De acuerdo con Nino, la justicia constitucional de la democracia deliberativa tiene como fin incentivar el diálogo y mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y la justicia de toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas.⁵⁸

En mi opinión, la promoción intencionada del diálogo es imperiosa cuando existe un fuerte desacuerdo sobre lo que la Constitución exige. En qué medida existen esos desacuerdos es una cuestión subjetiva, pues mientras hay autores —como Alexy— que consideran que en todas las áreas de la Constitución existen abundantes supuestos pacíficos,⁵⁹ otros pensamos que no los hay tantos. En este sentido, no se trata de establecer *a priori* una serie de supuestos en los que dicho impulso resulta adecuado, pues estimo que esa es una empresa destinada al fracaso. Lo importante es que para arribar a su conclusión establezcan un discurso (horizontal) en varios niveles con el legislador, la opinión pública y la ciencia.⁶⁰

Lo anterior no equivale a decir que en caso de cuestiones controvertidas la decisión deba ser dejada en manos de la política, mientras que las pacíficas deban ser definidas por los jueces.⁶¹ Lo que quiero manifestar es que, tratándose de asuntos constitucionales en los que tenemos desacuerdos profundos,⁶² el juez debe procurar incentivar un diálogo entre los otros actores constitucionales a fin de intentar obtener, en un momento determinado,

⁵⁸ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia...*, cit., p. 293. Según Kramer, esta forma de concebir al control judicial empezó a gestarse desde 1790, cuando se divisó a este como otro mecanismo que haría prevalecer “la razón” en la discusión pública, al agregar otra voz capaz de promover la deliberación constitucional. Sin que con ello, por cierto, se quitara al pueblo la última palabra. Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 114.

⁵⁹ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed, Madrid, Trotta, 2009, p. 46.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 47. He agregado entre paréntesis la palabra “horizontal” para enfatizar que debe tratarse, por lo menos, según la teoría deliberativa, de un discurso en posición de igualdad de los participantes. Contrario a lo que sucede con un discurso “vertical”.

⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

⁶² Lo que no sucede, por ejemplo, con la pena de muerte en Europa o con las reglas establecidas en términos específicos y categóricos. Sobre este último punto véase Ferreres Comella, Víctor, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, *Jurisdicción constitucional y democracia: Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional de España-CEPC, 2011, p. 15.

la mejor respuesta posible.⁶³ De la misma manera que si el juez estima que hay una interpretación constitucional que ha prevalecido durante un largo periodo debe poner de manifiesto a la ciudadanía que una nueva ley se desvía profundamente de esta y que es necesario el desarrollo de un nuevo debate en la esfera pública.⁶⁴

Es verdad que esta propuesta parece presentar una contradicción con la filosofía de un juez deliberativo, por cuanto la decisión sobre la existencia o no del desacuerdo queda (aparentemente) solo en sus manos; sin embargo, esto no es exactamente así. En primer lugar, porque los jueces viven ese desacuerdo al igual que todos y son capaces de percibirlo. Pero también porque a través de diferentes medios pueden conocer lo que opinan los diferentes actores constitucionales, como son las audiencias públicas, los *amicus curiae*, las respuestas del legislador ordinario a sus sentencias, etc. En cualquier caso, es importante hacer notar que estamos ante supuestos en los que el juez actúa intencionadamente como un motor de discusión, pues habrá ocasiones en que, sin buscarlo, también promueva el diálogo.⁶⁵

De este modo, la justicia constitucional puede ser un medio de promoción del debate popular sobre el sentido de la Constitución, que nos ayude como *demos* a tomar decisiones basadas en procesos deliberativos más robustos.

B. *Proveer de argumentos y convertir problemas en asuntos públicos*

Como hemos visto, la justicia constitucional puede enriquecer la deliberación parlamentaria mediante argumentos no tomados en cuenta o proveyendo de nuevas perspectivas, etc. Lo mismo sucede con la deliberación pública, ya que los jueces pueden contribuir con argumentos y puntos de vista novedosos a la esfera pública.

Por otro lado, por cuanto la lucha por incluir temas en la agenda es una lucha por la justicia y la libertad,⁶⁶ los jueces pueden identificar proble-

⁶³ Aarnio, Aulis, “La tesis de la única repuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 8, 1990, p. 36. Esto no significa que efectivamente se obtenga la “mejor interpretación”, sino que buscan obtenerla.

⁶⁴ Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo...*, *cit.*, p. 127.

⁶⁵ Así, por ejemplo, Friedman considera que este es una consecuencia inevitable de una decisión importante o controvertida. Friedman, Barry, “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 72, 2004, p. 1296.

⁶⁶ Benhabib, Seyla, “Models of Public Space...”, *cit.*, p. 79. Benhabib menciona como ejemplos la lucha por la inclusión en la esfera pública de las relaciones sobre la propiedad, la familia y la esfera privada, relaciones colectivas.

mas que no pueden convertirse en públicos por la distribución imperante del poder y abogar por su inclusión en la esfera pública;⁶⁷ es decir, pueden redefinir asuntos que se consideran “privados” como públicos y, por tanto, necesitados de ser discutidos públicamente.⁶⁸ De especial relevancia es hacer públicas las desigualdades sociales de diversos tipos que, en muchas ocasiones, se consideran cuestiones privadas.⁶⁹

Es cierto que los jueces, por sí solos, no pueden redefinir algo privado como público, pues no es una tarea unilateral, sino que la definición queda en manos de todos los participantes en la esfera pública.⁷⁰ El punto es que los jueces tienen herramientas eficaces para intentarlo.

III. CONTRIBUCIONES DE LA SUPREMA CORTE A LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA. EL CASO *MARIHUANA*

El 4 de noviembre de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 237/2014 y declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud⁷¹ que prevén un sistema de prohibiciones administrativas para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar la marihuana con el fin de su consumo lúdico personal, excluyendo del análisis las actividades relacionadas con el comercio. El amparo se otorgó en beneficio de las cuatro personas que promovieron el juicio, acorde con el principio de relatividad de las sentencias de amparo, es decir que solo se protege a los promoventes. El juicio fue interpuesto como un litigio estratégico buscando que la Suprema Corte se pronunciara sobre el tema.

⁶⁷ Benhabib, Seyla, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, en Rosenblau, Nancy L. (ed.), *Liberalism and Moral Life*, Massachusetts, Harvard University Press, 1989, p. 154.

⁶⁸ Benhabib, Seyla, “Models of Public Space...”, *cit.*, p. 84.

⁶⁹ Fraser, Nancy, *op. cit.*, p. 120.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 129.

⁷¹ Se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 235, último párr., 237, 245, frac. I, 247, último párr., 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 marihuana, 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), en conjunto conocido como marihuana.

En un primer apartado, la sentencia argumenta que las medidas prohibitivas impugnadas inciden *prima facie* en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido jurisprudencialmente en el amparo directo 6/2008. Este derecho protege un espacio residual de autonomía no cubierto por las otras libertades específicas previstas en la Constitución o en los tratados internacionales. El libre desarrollo de la personalidad garantiza la *libertad* de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros o sea contraria al orden público, por lo que protege *prima facie* la decisión de qué actividades recreativas o lúdicas desean realizar los individuos, como el consumo de marihuana. Además, es contrario al paternalismo del Estado.

En un segundo apartado, la sentencia analiza el sistema de prohibiciones administrativas a través del test de proporcionalidad. Primeramente identifica que la prohibición tiene como fines legítimos la protección del derecho a la salud y el orden público, aclarando que la medida no podría tener y no tiene un fin perfeccionista, es decir, que las personas se conduzcan de acuerdo con un determinado modelo de virtud. En segundo lugar, considera que la medida es idónea para el fin buscado, pues existe una relación de medio a fin entre la prohibición y la protección del derecho a la salud y el orden público, pues, con base en literatura científica, concluye que el consumo de la marihuana es dañino para la salud, aunque no supone un riesgo importante, salvo en el caso de que se utilice de forma crónica y excesiva. Además, destaca que la marihuana tiene un nivel de incidencia *muy bajo* en el consumo de otras drogas más riesgosas y no incentiva la comisión de otros delitos —distintos a los accidentes viales—. En tercer término, analiza la necesidad de la medida y concluye que existen medidas igualmente idóneas que afectan en menor intensidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como un régimen de permisión controlado semejante al del tabaco y el alcohol acompañado de políticas educativas y de salud,⁷² por lo que la prohibición absoluta es inconstitucional. Finalmente, considera que la medida no es proporcional en sentido estricto, pues es una afectación intensa al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se alcanza con la misma.

⁷² Este régimen consiste en: *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, y *iv*) restricciones a la edad de quienes la pueden consumir.

De esta manera, la Corte protegió la autonomía individual de las personas que desean consumir marihuana por razones lúdicas, es decir, la decisión de quienes la consumen porque es parte de su plan de vida.⁷³ Conforme a una visión liberal del Estado que asume la sentencia, corresponde a cada uno tomar esa decisión en lo individual, sin que se vea obstaculizada por el Estado atendiendo a razones perfeccionistas o paternalistas.⁷⁴ Por esta razón, el obstáculo que significa la Ley General de Salud es declarado inconstitucional, pues interfiere sin justificación en el área de libertad protegida por el libre desarrollo de la personalidad.⁷⁵

Es importante notar la diferencia entre autonomía y libertad (negativa) a las que se refiere la sentencia. Mientras que la autonomía consiste en la facultad que tienen las personas de escoger su propio plan de vida y su concepción del bien, del cual puede formar parte el consumo de marihuana, y ante el cual el Estado debe permanecer neutral, la libertad negativa es la esfera de no interferencia que el Estado debe respetar y, por tanto, no debe expedir leyes que la restrinjan injustificadamente.⁷⁶ En otras palabras, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege, junto con otras libertades constitucionales, la esfera en la cual el Estado debe abstenerse de interferir, lo que a su vez permite a los individuos decidir autónomamente.⁷⁷

Pues bien, el proceso de deliberación democrática generado por la sentencia sobre el uso lúdico de la marihuana es un caso sin precedentes en México. La deliberación comienza dentro de la misma Corte en la sesión pública de 4 de noviembre de 2015, en la que se discutió el proyecto de sentencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea, la cual posteriormente se vio reflejada en los dos votos concurrentes y el voto particular que se formularon. En su voto concurrente, el ministro Gutiérrez Ortiz Mena hace valer su preocupación por la legitimidad democrática de la intensidad del control

⁷³ Buss, Sarah y Westlund, Andrea, "Personal Autonomy", en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/personal-autonomy/>

⁷⁴ Para una visión liberal y perfeccionista véase Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986. Un comentario a la visión de Raz véase en Waldron, Jeremy, "Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom", *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989.

⁷⁵ Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", *Sobre la libertad*, trad. de Julio Bayón et al., Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 205.

⁷⁶ En la tradición liberal, el principio de prevención del daño a terceros es el punto de partida para definir cuándo está justificado restringir esa esfera de no interferencia. Véase Mill, John Stuart, *On Liberty and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 13 y 14.

⁷⁷ Waldron, Jeremy, "Autonomy and Perfectionism...", *cit.*, p. 1104.

que aplica la Suprema Corte, pues, desde su punto de vista, la sentencia no establece con claridad el tipo de escrutinio con el que debe analizarse una medida que invade una expectativa razonable de privacidad, en cuyo caso debe aplicarse un escrutinio más estricto. Además, señala que a la Corte no le corresponde sustituir al legislador democrático, por lo que este puede volver a legislar determinando la mejor política pública en el tema, evitando los vicios de inconstitucionalidad detectados.

Por su parte, en su voto concurrente, el ministro Cossío Díaz manifestó su desacuerdo con la metodología, pues, en su opinión, “[...] hubiera sido deseable acudir a conocimiento técnico y científico especializado *de manera formal*, así como escuchar las opiniones de diversos sectores”, para que la Corte se constituyera en el foro nacional para la discusión y futura implementación de una política integral en materia de drogas. Asimismo, argumentó que para analizar la constitucionalidad de la legislación, el único criterio no puede ser la magnitud del daño, pues hay otro tipo de consideraciones relacionadas con la salud pública que puede tener en cuenta el poder legislativo. Además, propugnó por darle un efecto estructural a la sentencia, consistente en proveer lineamientos para el establecimiento de una política integral en materia de drogas y exhortar al poder legislativo a reformar las normas como la Ley General de Salud y el Código Penal Federal, y aprobar el Presupuesto de Egresos 2016 incrementando los recursos necesarios a las autoridades competentes en materia de prevención y control de adicciones. También consideró que debió exhortarse a diversas autoridades administrativas para que implementen políticas públicas acordes con el paradigma de la permisión.

Por último, en su voto particular, el ministro Pardo Rebolledo manifestó estar en contra de la sentencia, pues técnicamente no podía concederse el amparo para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar la marihuana si no se otorgaba el amparo para adquirir la semilla o la marihuana, lo que no era parte de la *litis* y constituye actividades delictivas.

Respecto del proceso de deliberación que se dio con posterioridad a la sentencia, es importante destacar que, con motivo de dicha resolución, el presidente de la República convocó a un Debate Nacional sobre el Uso de la Marihuana. Este debate se llevó a cabo en cinco grandes foros, divididos a su vez en distintas mesas. Los foros que tuvieron lugar fueron los siguientes: 1) Salud Pública y Prevención; 2) Ética y Derechos Humanos; 3) Aspectos Económicos y de Regulación; 4) Seguridad Ciudadana, y 5) se reiteraron las temáticas de los foros anteriores.

En el Debate Nacional se discutió el tema de la permisión o prohibición desde distintos ángulos: salud pública, derechos humanos, política de seguridad y criminal, justicia y ética, etc. Algunas intervenciones en el Debate

Nacional estuvieron enfocadas en analizar la argumentación de la sentencia, pero la gran mayoría en tratar el tema desde diferentes perspectivas. Así, la sentencia generó un proceso de deliberación sobre los argumentos que la sustentan y dio pie a una discusión que va más allá de la sentencia.

Con posterioridad al Debate Nacional, el presidente de la República expresó las siguientes conclusiones del encuentro:

- 1) 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;
- 2) el consumo de marihuana debe atenderse desde una óptica de salud pública;
- 3) las adicciones deben tratarse con prevención y soluciones terapéuticas integrales, sin criminalizar a los consumidores;
- 4) se deben reforzar las acciones para prevenir el consumo de drogas, incluyendo la marihuana, especialmente las campañas orientadas a niños y jóvenes, y
- 5) se debe facilitar el acceso a sustancias controladas, para fines terapéuticos e investigación científica. Además, anunció que presentaría una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud y al Código Penal Federal para autorizar el uso de la marihuana con fines científicos y médicos, la que finalmente fue aprobada y publicada el 19 de junio de 2017.⁷⁸

Por su parte, la Cámara de Senadores organizó audiencias públicas sobre las alternativas de regulación de marihuana y creó el Consejo Técnico para las Alternativas de Regulación de la Marihuana. Estas audiencias públicas se organizaron en las siguientes mesas:

- 1) regulación en el consumo, autoproducción y derechos humanos;
- 2) regulación en el contexto internacional;
- 3) regulación en relación con la política criminal y el sistema penitenciario;
- 4) regulación en relación con la seguridad pública;
- 5) regulación en relación con su uso medicinal o terapéutico;
- 6) efectos de la marihuana en la salud del consumidor y en la salud pública;

⁷⁸ Se reformaron los arts. 237, párr. primero; 245, frac. I, II y IV; 290, párr. primero; y se adicionan el art. 235 bis y un segundo párr. a la frac. V del art. 245 de la Ley General de Salud.

- 7) regulación del consumo en relación con el tratamiento de adicciones;
- 8) regulación en relación con la responsabilidad de daños frente a terceros;
- 9) regulación en relación con su control sanitario;
- 10) regulación adecuada para la producción, distribución y comercialización de la marihuana, y
- 11) diseño de una política pública para la regulación de la marihuana.

En la Cámara de Senadores se presentaron distintas iniciativas de reforma a la Ley General de Salud y otras leyes⁷⁹ para regular el uso medicinal y lúdico de la marihuana, fundamentándose en buena medida en los argumentos de la sentencia de la Suprema Corte. En la Cámara de Diputados también se presentaron distintas iniciativas de reforma a la ley referida, entre otras.⁸⁰

De hecho, el 19 de junio de 2017 se publicó la reforma a la Ley General de Salud, que establece que la Secretaría de Salud deberá diseñar y

⁷⁹ El 2 de noviembre de 2015, los senadores Mario Delgado Carrillo, Luz María Beristáin Navarrete, Alejandro Encinas Rodríguez, Angélica de la Peña Gómez, Armando Ríos Piter, Benjamín Robles Montoya, Isidro Pedraza Chávez, Zoé Robledo Aburto y Raúl Morón Orozco (Partido de la Revolución Democrata [PRD]) propusieron reformar algunos artículos de la Ley General de Salud. El 10 de noviembre de 2015, la Senadora Cristina Díaz Salazar (Partido Revolucionario Institucional [PRI]) propuso reformar los arts. 237 y 245, frac. I de la Ley General de Salud, así como el cap. 12, apdo. 12.11 y el cap. 30, apdos. 30.03 y 30.04 de la Ley de Impuestos Generales de Importación y Exportación. El 31 de marzo de 2016, los senadores Angélica de la Peña Gómez, Miguel Barbosa Huerta, Luis Sánchez Jiménez, Alejandro Encinas Rodríguez, Armando Ríos Piter, Fidel Demediéis Hidalgo, Zoé Robledo Aburto, Raúl Morón Orozco, Luz María Beristáin Navarrete, Humberto Fernández Fuentes, Verónica González Rodríguez, Benjamín Hernández Ruíz, Fernando Mayans Canabal y Alejandra Roldán Benítez (PRD y Partido del Trabajo [PT]) propusieron reformar diversos artículos del Código Penal Federal. El 6 de diciembre de 2017, el senador Mario Delgado Carrillo (PT) propuso expedir la Ley General para el Control de la Cannabis y sus Derivados, así como reformar algunos artículos de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y de la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios. El 13 de marzo de 2018, el senador Marlon Berlanga Sánchez (PT) propuso expedir la Ley sobre la Cannabis y la Erradicación de la Violencia Provocada por su Prohibición en los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁰ El 18 de noviembre de 2015, el diputado Jonadab Martínez García (Movimiento Ciudadano) propuso reformar algunos artículos de la Ley General de Salud y del Código Penal Federal. El 26 de abril de 2016, los diputados José de Jesús Zambrano Grijalva y Guadalupe Hernández Alcalá (PRD) propusieron adicionar y reformar artículos de la Ley General de Salud. El 5 de noviembre de 2015, los diputados Jorge Álvarez Máynez y Víctor Manuel Sánchez Orozco (Movimiento Ciudadano) propusieron expedir la Ley de Amnistía, a favor de los sentenciados por delitos relacionados con el consumo o posesión de *cannabis sativa*, indica o marihuana.

ejecutar políticas públicas que regulen 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; se retiró a la *cannabis sativa*, índica y americana o marihuana, de la lista de sustancias y vegetales respecto de las cuales se prohíbe sembrar, cultivar, cosechar, elaborar, preparar, acondicionar, adquirir, poseer, comerciar, transportar en cualquier forma, prescribir médicamente, suministrar, emplear, usar y consumir; se clasificó como sustancia psicotrópica con amplios usos terapéuticos y un problema menor para la salud a los productos que contengan derivados de la cannabis en concentraciones de 1% o menores de THC y que tengan amplios usos industriales, los que podrán comercializarse, exportarse e importarse. Asimismo, se reformó el Código Penal Federal para establecer que la siembra, cultivo o cosecha de plantas de marihuana no será punible cuando estas actividades 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.

Finalmente, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México creó un micrositio destinado al análisis de la sentencia, se escribieron artículos académicos y periodísticos sobre el tema, se organizaron programas de televisión y hubo muchas discusiones de sobremesa entre ciudadanos.

De la lectura de las intervenciones en los foros organizados con motivo de la sentencia referida resulta evidente que esta contribuyó al debate público de diversas formas. Por un lado, incentivó el debate sobre un tema profundamente controvertido como la prohibición del consumo lúdico de la marihuana. Además, puso sobre la mesa argumentos científicos sobre los daños que ocasionan y su relación con la comisión de delitos o la propensión a consumir drogas más fuertes. Por otro lado, incorporó la perspectiva de los derechos humanos al debate, enfatizando la violación que una prohibición absoluta conlleva al libre desarrollo de la personalidad, como concluyó después de realizar un test de proporcionalidad. Es decir, modificó el discurso sobre la prohibición de la marihuana, pues de ahora en adelante nos obliga a tener en cuenta la autonomía personal. Adicionalmente, utilizó una metodología que sirve para transparentar, ordenar y racionalizar la decisión, lo que permite a sus interlocutores tener un mejor debate. De hecho, los argumentos de la sentencia fueron discutidos tanto en la esfera pública informal como en sede parlamentaria. En los citados foros se reiteró que la regulación de la marihuana debe basarse en evidencia científica, sus riesgos y semejanzas con otras sustancias como el alcohol, teniendo en cuenta los

derechos fundamentales afectados, los aspectos de salud pública y seguridad, educación sobre sus efectos, etcétera.

De esta manera, la sentencia del caso *Marihuana* es paradigmática, pues promovió la deliberación sobre un tema controvertido, aportó nuevos argumentos e incentivó que fueran tomados en cuenta, a la vez que moderó sus efectos en un asunto controversial. Así, ayudó a que los ciudadanos y el poder legislativo reconsideraran la prohibición del consumo lúdico de la marihuana, pero no necesariamente a abandonarla. A través de esta decisión con efectos para las partes, la Suprema Corte generó un diálogo sin pretender darlo por concluido. De hecho, de haber adoptado la propuesta de exhortar a los otros poderes del Estado para llevar a cabo reformas legislativas e implementar determinadas políticas públicas, la Corte habría coartado en buena medida la deliberación subsecuente. Esto no quiere decir que los argumentos que sostienen la sentencia deban considerarse como irrefutables, sino como una invitación a continuar el diálogo democrático sobre un tema que nos afecta a todos.