

Voto en contra¹

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ²

Cossío narra que lo que resultó interesante de ser ministro fue saber cuándo adoptar un criterio y desechar otro. Es decir, ¿cómo votar en cada caso? Hay ciertas complicaciones de disentir: existen dudas acerca de lo que se defiende y otros ven con claridad, de que aquello que se quiere defender no termine por conformarse intelectualmente o que las posiciones externas a la Corte generen cauces de votación.

Cossío habla de la importancia de decir las razones del disenso. Tal vez lo dicho minoritariamente podrá llegar a ser un elemento para reflexiones futuras y convertirse en un criterio adoptado mayoritariamente. De esta manera, el libro se basa en sus disensos que tuvieron un impacto a nivel social.

CONTENIDO

PARTe I	2
I. Sentenciado por las reglas de un mundo desconocido.....	2
II. La constitución y los tratados internacionales.....	3
III. “¿Sí, bueno?” mi derecho a la privacidad	4
IV. Retenidos en “vía de mientras”	5
V. Combate al virus de la discriminación	5
VI. La cátedra que los ministros no impartieron	6
PARTe II	7
VII. La irreverencia de un poeta.....	7
VIII. Los jueces no son policías de las palabras	8
Parte III	9
XIX. La necesidad de pensar en grande.....	9
Parte IV	11
X. La mamá, el papá y la distancia.....	11
XI. Presunción no es percepción	12
XII. Contra la discriminación en el divorcio	13

¹ Síntesis elaborada por: María Paula Acosta Vázquez.

² Cossío Díaz, José Ramón (2019): *Voto en contra*. Editorial DEBATE.

PARTE I

I. SENTENCIADO POR LAS REGLAS DE UN MUNDO DESCONOCIDO

Es la historia de tres indígenas que tuvieron que pasar por un proceso penal por el que podían recibir 30 años en prisión. Jueces, policías y funcionarios judiciales hablaban un idioma diferente y actuaban en un contexto cultural desconocido.

Detuvieron a Daniel y a Arturo en 2005 bajo el argumento de que transportaban marihuana. Se les hicieron estudios socioculturales y de etnolingüística y se le solicitó a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas que designaran un traductor de la lengua tepehuana para auxiliar a los procesados. En junio de 2006 el juez segundo de distrito los consideró penalmente responsables y dictó sentencia para imponerles prisión. Los sentenciados apelaron y acudieron al amparo sin obtener sentencia favorable. Como último recurso solicitaron a la Suprema Corte la revisión de la última sentencia.

En este caso, los ministros de la Primera Sala tenían que determinar si procedía el amparo, si se había respetado el debido proceso y fijar los derechos concretos de los indígenas. La Sala debía de elegir entre dos caminos:

1. un análisis centrado en la “adecuada defensa”: que los procesados cuenten con un abogado en todo momento.
2. debatir sobre la protección especial que el artículo 2 de la Constitución da a los indígenas.

Los ministros resolvieron que era importante definir quién puede ser considerado indígena y quién y cómo debe disfrutar de la protección del artículo 2. La mayoría decidió resolver el asunto bajo el paradigma de derecho a la defensa y Cossío consideró que los indígenas tienen derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura.

La dificultad de definir quién es indígena se basa en tres puntos:

1. Las minorías indígenas no tienen cultura homogénea.
2. Existen varios patrones de asentamiento geográfico.
3. Hay una gran variación en el grado de “autoconciencia” respecto de su identidad indígena.

La labor de definir quién es indígena debe de tener esto en cuenta, así como de mantener una coherencia entre los derechos y las responsabilidades de los indígenas.

La sentencia aprobada por los ministros giraba en torno a la autoadscripción. La sentencia que resolvió el caso de Daniel y Arturo concluyó en negar la concesión del amparo. En la opinión de Cossío, correspondía la protección de la justicia federal para que se reiniciara el juicio y que el juez ordenara la participación de un intérprete y traductor.

En marzo de 2009 se encontró el cuerpo de Fernando en el municipio de Yoloxóchitl y Mario era uno de los sospechosos. El juez encargado ordenó su aprehensión por homicidio calificado. Mario declaró hablar el español, pero que pertenecía al grupo étnico indígena mixteco, por lo que la autoridad no le nombró traductor.

En diciembre del 2010, el juez estimó que Mario era culpable. Mario impuso un recurso de apelación y solicitó un amparo, por lo que el asunto llegó a la Suprema Corte.

La Sala determinó por unanimidad el conceder un amparo, ya que la ausencia del auxilio procesal obstruyó los derechos fundamentales de acceso a la justicia y ordenó la reposición del procedimiento hasta la fase de preinstrucción.

No existe acuerdo en torno a si además de intérprete y traductor, el defensor debe contar con conocimiento de la lengua indígena. Aquí Cossío no compartió la totalidad de las consideraciones que llevaron a conceder el amparo porque no se distinguía en la sentencia al intérprete, traductor y defensor como tres personas diferentes que, al actuar en conjunto, asegura el acceso de los indígenas a la justicia.

Cossío critica que el eje de la discusión que tomó la Suprema Corte en este caso fue de un aspecto teórico sobre el alcance del artículo 2 constitucional y no sobre el lograr que en el proceso penal un indígena sea asistido por intérprete, traductor y defensor. Es por ello que la solución que propuso Cossío era más protectora que la de la sentencia y pedía además de la reposición del procedimiento, que el acusado fuera auxiliado por un intérprete, traductor y defensor.

II. LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En septiembre de 2013, el pleno de la Suprema Corte resolvió una contradicción de tesis en la que se llegó a tres importantes conclusiones:

1. Que los derechos humanos (DD. HH) contenidos en convenios internacionales suscritos por México tendrán la misma jerarquía que la Constitución.
2. Que las resoluciones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) serían vinculantes para jueces nacionales siempre que fueran más favorables a la persona.
3. Se estableció que cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de esos derechos, se debería remitir a lo que dice la Constitución.

Cossío votó en contra de la última parte de la sentencia porque lo resuelto era contrario a lo establecido en artículo 1 de la Constitución.

La contradicción se basó en que la Suprema Corte debía analizar el criterio que debía prevalecer en dos temas:

1. La posición jerárquica de los tratados internacionales de DD. HH en relación con la Constitución.
2. El carácter de la jurisprudencia en materia de DD. HH emitida por la CIDH.

Se presentó una propuesta que buscaba llegar al consenso, pero Cossío no estuvo de acuerdo.

La discusión siguió varias rutas por varios meses hasta que en septiembre de 2012 se llegó a la sentencia ya mencionada, invocando la necesidad de encontrar una solución de consenso al problema que la Corte quería resolver. Cossío no compartió esta idea porque dice que hay decisiones constitucionales en donde no se puede tener el consenso como razón de ser. Cossío consideró que el tema de los DD. HH tenía estas características porque la forma en la que el legislador decidió cambiar en junio de 2011 la esencia de la Constitución, poniendo una carga extraordinaria en la protección a los DD. HH a partir del principio *pro persona*.

Cossío argumenta que siempre que se encuentran ante una colisión de derechos, estos deben interpretarse para solucionar estos conflictos. Sin embargo, lo que provocó el criterio es una regla de interpretación general para decidir siempre a favor de la norma constitucional frente a la convencional. Cossío votó en contra de la resolución de la primera conclusión (igualdad de los DD. HH de fuente constitucional y convencional, aunque prevaleciendo la Constitución cuando exista una restricción expresa), pero compartió el criterio de la segunda (la jurisprudencia emitida por la CIDH es vinculante para los jueces mexicanos).

III. “¿SÍ, BUENO?” MI DERECHO A LA PRIVACIDAD

Existe una ola de innovaciones en donde la privacidad del usuario es lo más importante, pues los sistemas de geolocalización trazan un mapa de todos nuestros movimientos. En 2012 la Suprema Corte se enfrentó a un episodio en donde se tuvo que reconciliar a DD. HH – el derecho a la privacidad – con la necesidad de contar con métodos más eficaces para combatir el delito.

En mayo de 2012, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 133 quáter del Código Federal de Procedimientos Penales y 40 bis de la Ley Federal de Telecomunicaciones, que regulaba la localización geográfica de los equipos de comunicación móviles. El artículo 133 permitía al procurador general de la República solicitar a los concesionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica relacionada con ciertos delitos. El artículo 40 obligaba a los concesionarios para colaborar con las autoridades en la localización geográfica de los equipos asociados a una investigación.

Desde el punto de vista de la CNDH, estos artículos transgredían el derecho humano a la privacidad. Cossío votó en contra del proyecto porque consideró que el proyecto se basaba en el argumento de que la localización de equipos móviles no era un acto privativo de derechos sino sólo un acto de molestia. Cossío sostuvo que no se debía dar la inconstitucionalidad en todos los casos de la medida, sino la necesidad del control previo por parte de un juez para evitar la afectación a un derecho que derive en la pérdida de elementos. Reiteró que la facultad de solicitar localización no se encontraba otorgada como parte de la facultad de investigación, sino como una extensión de las ya establecidas en la Constitución. Cossío habla de que insistió que el punto de partida no era la facultad, sino el derecho humano y que debía ser el legislador el que justificara que la limitación al derecho era constitucional.

IV. RETENIDOS EN “VÍA DE MIENTRAS”

La figura de arraigo en 2013 como figura de procuración de justicia llegó a pervertir el trabajo del Ministerio Público, pues primero se privaba a las personas de su libertad y luego se le integraba un expediente. Sólo un 5% de los miles de casos de personas arraigadas terminaban con un expediente ante un juez y se dieron numerosos testimonios de personas sometidas a tratos inhumanos. En 2009 la Suprema Corte tuvo la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del arraigo judicial. La mayoría de los ministros no actuaron en este sentido y Cossío se distanció de esta decisión.

En abril de 2009 se acusó a Jorge de una fuga y un juez de distrito ordenó un arraigo de 30 días en su contra. Se acusó a Jorge de delincuencia organizada y tras serle negado un amparo, Jorge solicitó a la Suprema Corte que revisara el caso.

La objeción de Cossío es que la discusión debía iniciar por preguntarse si la función de los artículos transitorios podía extenderse a una restricción de los DD. HH y facultar a las autoridades a que emitieran una orden que afectara la libertad personal y de tránsito. Cossío especificó que primero se debía de estudiar un derecho para después analizar su restricción, a diferencia de lo que hizo la mayoría. Cossío estableció de igual manera que para determinar la validez de una norma, se debía de analizar en conjunto todos los DD. HH contenidos en la Constitución y tratados internacionales de los que México era parte, la jurisprudencia del Poder Judicial y los criterios de la CIDH, ello con el fin de determinar en cada caso cuál estándar favorecía más la protección de la persona.

Cossío expone que el arraigo se debe de entender como una medida auxiliar en la investigación y que las hipótesis referidas dependen del éxito de la investigación, por lo que en los casos en donde se tuvieran los elementos suficientes para la acusación, el arraigo no tenía sentido. La postura de Cossío sobre el caso de Jorge fue declarar inconstitucional la figura de arraigo del entonces Código Federal de Procedimientos Penales y ordenar al Tribunal Colegiado que analizara de nuevo a el caso excluyendo las pruebas que estuvieron vinculadas.

V. COMBATE AL VIRUS DE LA DISCRIMINACIÓN

Se habla de un caso que llega a la Suprema Corte en donde varios militares fueron expulsados de las fuerzas armadas al ser catalogados como “inútiles” por tener el VIH.

En 2007 el pleno de la Suprema Corte resolvió varios asuntos sobre militares con VIH. Se reclamó el carácter inconstitucional de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las fuerzas armadas, en donde el artículo 226 establecía el ser portador de VIH como causa de retiro por “inutilidad”.

Muchos militares promovieron juicios de amparo en donde pedían que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 226, fracción 45 de la ley ya mencionada, pero los distintos jueces de distrito dictaron resoluciones no favorables. Interpusieron recursos de revisión y los Tribunales Colegiados de Circuito remitieron los asuntos a la Suprema Corte. La Corte concedió los amparos

para que se anulara el procedimiento en contra de los militares, se les reincorporara a las fuerzas armadas, se les cubrieran los haberes y tuvieran asistencia médica.

Para este caso, Cossío contactó al presidente de la Academia Mexicana de Ciencias para que diera respuesta a sus inquietudes sobre si en verdad había inutilidad por portar VIH. Los especialistas determinaron que con la enfermedad no existe afectación física ni mental que pudiera limitar las actividades militares, por lo que no puede inferirse que la seropositividad implique inutilidad. La amplitud de la causa de retiro no respaldada por criterios médicos era un foco de discriminación injustificada.

Algunos ministros intentaron relacionar la “inutilidad” para el ejército y la seropositividad del VIH a partir del riesgo de contagio. La evidencia médica respondió a esto que el riesgo de contagio no es mayor en el ejército que en el resto de las profesiones en donde el VIH no es causal de discriminación.

Cossío plantea la duda sobre si se debe conformar con la información que presentan las partes en el juicio o documentarse sobre áreas científicas que desconoce. Cossío cree que los ministros de la Suprema Corte no tienen la obligación de manejar el conocimiento médico en materia de VIH, pero sí de informarse cuando el respeto a los derechos de las personas depende de que una ley no establezca determinaciones arbitrarias sobre el tema.

Se discuten aspectos más teóricos sobre la fundamentación de la sentencia. En el caso estaban en conflicto dos principios constitucionales: el de “eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros” y el de “igualdad y no discriminación por razón de salud”. Cossío compartió la decisión final de la sentencia, pero se apartó de las consideraciones que la sostuvieron debido a que:

1. Le pareció más complicado que clarificador sostener que del conjunto de artículos 4, 13, 32, 123 y 129 de la Constitución se extraía el “principios de salvaguardar al ejército” debido a que las previsiones sobre el ejército en esos preceptos son de diversa naturaleza como para englobarlas en un mismo principio.

2. Cossío celebró que se tuviera un método especificado que facilitara a la Suprema Corte la resolución justificada de conflictos entre principios para determinar qué principio prevalece, pero cree que este asunto no exigía la aplicación de la totalidad de este método.

VI. LA CÁTEDRA QUE LOS MINISTROS NO IMPARTIERON

En 2017 se dio la oportunidad para que la Suprema Corte ejerciera la facultad de atracción sobre una revisión de amparo indirecto de un Tribunal Colegiado, ayudar a los jueces a apoyar a las familias víctimas de la desaparición forzada y fijar obligaciones a las autoridades locales para transparentar la manera en que son tratadas las personas detenidas.

El caso es sobre la detención de un civil, Javier, en su hogar y en donde al buscarle, ninguna autoridad tenía registro o información sobre su detención. Su esposa, Cecilia, promovió un juicio de amparo indirecto al que una jueza de distrito de Guanajuato ordenó a las autoridades la libertad

del civil. Cecilia amplió el amparo al ser acosada por los militares y la jueza dictó sentencia en la que ordenó a la Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas de la PGR investigar el delito de desaparición forzada de Javier. Se interpusieron recursos de revisión en contra de la sentencia por parte de diferentes autoridades, alegando que la jueza de distrito se había extralimitado en sus funciones. La jueza de distrito solicitó a la Suprema Corte que ejerciera su facultad de atracción para conocer del asunto. Cossío votó por ejercer la facultad de atracción, pero la mayoría decidió ir en un sentido contrario.

Cossío identificó cuatro puntos de interés para ejercer la facultad de atracción:

1. Con el asunto se podría determinar cuáles son los alcances del juicio de amparo cuando funciona como recurso *habeas corpus* en el tema de desaparición forzada.
2. La diferencia entre el margen de actuación de un juez federal en un juicio de amparo, en relación con las violaciones de DD. HH derivadas de la desaparición forzada y el margen de actuación de un juez en un juicio penal con motivo del análisis del delito de desaparición forzada.
3. Se advertían varias aristas relacionadas con la técnica del juicio de amparo.
4. Dadas las medidas de reparación por violación grave de los DD. HH de la víctima por parte del ejército, las autoridades se inconformaron porque se les obligaba a aceptar conductas delictivas sin que se hubiera seguido un juicio penal.

La mayoría de los jueces respondió que estas interrogantes se escapaban del tema de constitucionalidad en el que la Suprema Corte debe emitir sus pronunciamientos.

PARTE II

VII. LA IRREVERENCIA DE UN POETA

Sergio Hernán Witz Rodríguez publicó en 2001 un poema que hacía referencia a la bandera y una asociación civil lo denunció ante la Secretaría de Gobernación, pues estimó que insultaba a la bandera. Después de varias sentencias, el poeta recurrió a un juicio de amparo indirecto, pero la sentencia también fue desfavorable. Solicitó que se revisara esta última decisión y el Tribunal Colegiado que recibió su petición envió el asunto a la Suprema Corte.

La Primera Sala discutió si el artículo 191 del Código Penal Federal viola el derecho humano a la libertad de expresión. La mayoría de los ministros determinó que el artículo no era inconstitucional, por lo que el juez que tenía el caso podía aplicar la sanción conveniente. Cossío consideró que el problema no es la sanción, sino la razón para establecerla. Para él la sentencia reflejaba un entendimiento erróneo del contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, así como la manera en que un Estado democrático puede condicionar su libre ejercicio mediante la ley.

La libertad de expresión tiene dos facetas:

1. Es de carácter individual y le impone al Estado el deber de no interferir en la actividad expresiva de los ciudadanos.

2. Es de dimensión pública, institucional o colectiva. Es la total libertad para expresar, difundir y publicar ideas que sirven para poder ejercer otros derechos como el de asociación.

Cada que un tribunal resuelve sobre un caso de libertad de expresión, no sólo afecta a los participantes del juicio en concreto, sino que es un pronunciamiento sobre el grado en el que en el país quedará protegida la libre circulación de noticias e ideas. Cossío defiende que ambos valores, libertad de expresión y democracia, se retroalimentan y son interdependientes.

Las libertades de expresión e imprenta se protegen de manera clara y enérgica en materia política, pero ello no quiere decir que no tengan límites. Cossío considera que serán consideradas inconstitucionales las leyes que afecten el ejercicio del derecho a la libre expresión cuando el legislador no haya equilibrado las exigencias derivadas de este derecho con las limitaciones establecidas en la Constitución.

Al analizar el artículo 191 del Código Penal con el límite que impone la Constitución sobre la libertad de expresión, se encuentra que no se debe de atacar la moral. El concepto de moral tiene una carga valorativa que no se puede basar en lo que el legislador entienda por moral. Para este caso sólo se tenía que precisar lo que no queda comprendido dentro de este término. En ese sentido, el término de moral debe entenderse en un sentido muy restrictivo equivalente a la moral pública básica. Como existe una diferencia en la valoración que se da a los símbolos patrios, no se le puede dar una sanción penal para quienes les den un valor diferente al esperado.

Tampoco podía sostenerse que el delito de ultraje a la bandera quedara cubierto por el límite que el ejercicio de la libertad de expresión no “perturbe el orden público”. Es difícil considerar que el delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal sea un instrumento para el mantenimiento del orden público porque significaría que ciertas formas de libertad de expresión ocasionarían, antes de que sucedan, una alteración a la paz pública. De igual manera, la Constitución no menciona a la bandera o al escudo como bienes constitucionalmente valorados y protegidos.

Era incompatible con el marco constitucional mexicano que el Estado decidiera defender con el uso del derecho penal un ícono simbólico mayoritario, sacrificando derechos fundamentales de los individuos que, a diferencia de la bandera, sí están protegidos por la Constitución.

El artículo 191 del Código Penal ha de considerarse violatorio de la libertad de expresar ideas y escribir y publicar escritos, pues posibilita la sanción de conductas que están lejos de provocar perturbaciones a la paz pública.

VIII. LOS JUECES NO SON POLICÍAS DE LAS PALABRAS

El caso es de marzo de 2013 en donde la Primera Sala de la Suprema Corte estaba llamada a determinar si una columna publicada en un periódico local afectaba el derecho al honor de una persona o si la publicación estaba protegida por la libertad de expresión. La mayoría de los ministros resolvió revocar la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado, la cual había concedido

un amparo al columnista por expresiones ofensivas homófobas que no está protegidas por la Constitución. Cossío se separó de esta decisión porque consideró que la decisión no atendió debidamente al caso concreto y establecía un estándar impreciso que impone restricciones a la libertad de expresión en los términos previstos por la Constitución.

De inicio en la sentencia de la Corte se reiteró el criterio en que la Constitución no reconoce un derecho al insulto o la injuria. Se sostuvo que el derecho al honor prevalece cuando la libertad de expresión usa frases ultrajantes u ofensivas fuera de la protección constitucional. De acuerdo con la mayoría, un tipo de manifestación discriminatoria era la homófoba por usar las palabras “maricones” y “puñal” como una diferenciación peyorativa. Por lo anterior, la mayoría justificó que las expresiones carecían de utilidad funcional dentro del texto periodístico y no estaba justificada ni protegida su inclusión.

Cossío advirtió que la Primera Sala estaba construyendo un estándar impreciso que limitaba la libertad de expresión, alejado de las circunstancias especiales del caso concreto y con el potencial efecto de restringir excesivamente la libre manifestación de ideas e incentivar la judicialización de las diferencias periodísticas. Las razones que separaron a Cossío de la mayoría giran en torno a:

1. La supuesta inexistencia de un derecho al insulto. Para Cossío el mero insulto no es un criterio para evaluar cuándo se está frente a un discurso protegido por la Constitución. La Constitución no prohíbe ni permite el insulto, sino que éste puede generar una responsabilidad posterior cuando es un medio para vulneración de DD. HH como el derecho al honor o la intimidad. Sin embargo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH se pronunció al estimar que “el carácter ofensivo por sí solo no es razón suficiente para restringirlo”. A Cossío le pareció que la Primera Sala negó la protección al insulto y no generó un criterio con el cual el ciudadano pueda determinar los casos en los que se va a sancionar o no su conducta.

2. La sentencia no atendió las circunstancias del caso concreto porque no tomó en cuenta que era una confrontación en donde los dos periódicos estaban en igualdad de circunstancias, que la intención del artículo periodístico impugnado era criticar de manera ofensiva y no discriminar y que la pretensión del actor en el juicio ordinario civil era ser indemnizado por sentirse vulnerado por su derecho al honor y la buena fama no por discriminación.

3. Existía una excepcionalidad de una limitación a la libertad de expresión en razón de su contenido. Cossío detalla que la función de los tribunales no es ser policías de las palabras, sino de identificar los casos concretos en los cuales su uso debe prohibirse por generar odio. Lo que no queda en esos apretados límites vinculados con las circunstancias fácticas del caso en cuestión, los tribunales deben permitir la libertad de expresión.

PARTE III

XIX. LA NECESIDAD DE PENSAR EN GRANDE

En 2015 la Primera Sala de la Suprema Corte concedió la protección de la justicia federal a cuatro personas para que la Secretaría de Salud les expidiera una autorización para el autoconsumo

con fines lúdicos o recreativos de marihuana, sin autorización para comercialarla o suministrarla. Cossío estuvo de acuerdo con las conclusiones de la sentencia, pero no compartió la metodología usada para resolver el asunto.

Cuatro personas solicitaron a la Cofepris autorización para el consumo de marihuana. Se les informó que no se les podía dar la autorización y así promovieron un juicio de amparo indirecto en contra de la decisión de la Cofepris, alegando la inconstitucionalidad de los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud. Se negó el amparo y solicitaron a un Tribunal Colegiado que revisara el caso, quienes enviaron el asunto a la Suprema Corte por tratarse de un tema de constitucionalidad. La Primera Sala determinó la inconstitucionalidad de los artículos y ordenó a la Cofepris que expidiera la autorización solicitada.

La política prohibicionista en materia de drogas ha fracasado y se requiere un debate amplio, incluyente e informado que lleve a las autoridades del Estado y sociedad a replantear su papel en el fenómeno de consumo y producción de drogas. Cossío cree que la resolución debió tener efectos mayores y más específicos, además de haberse hecho cargo de las medidas necesarias para una concesión integral del amparo.

El primer aspecto metodológico criticado es que la decisión implicaba un pronunciamiento respecto a la política nacional sobre drogas, por lo que era deseable acudir al conocimiento técnico y científico especializado de manera formal, así como escuchar la opinión de diversos sectores.

El segundo aspecto metodológico con el que Cossío no estuvo de acuerdo es que cuando se coloca como argumento central el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no se entiende por qué se requeriría una autorización administrativa para el consumo de sustancias que producen una afectación “no tan grave”, pues deberían considerarse como siempre permitidas.

Cossío estuvo de acuerdo en la conclusión de la sentencia, pero consideró que se le debió de haber dado un enfoque de salud pública, pues la autorización de las sustancias necesariamente conlleva a su regulación a partir de ese eje central.

En México la sentencia llevó a un proceso inverso en donde se otorgaron las autorizaciones antes de construir un marco regulatorio. Cossío critica que la sentencia se quedó corta al asumir únicamente los efectos tradicionales del juicio de amparo y no tener en cuenta las medidas de carácter integral y justicia. La resolución debió atender dos dimensiones de los efectos y las medidas propios de la concesión del amparo. La primera correspondía al caso concreto y la segunda es que se debió emitir una sentencia exhortativa de carácter estructural que posibilitara la creación de una política pública integral en materia de drogas.

La sentencia debió tratar de modular la actuación de la Cofepris. No hacerlo implica dejar a la autoridad con un amplio margen de discrecionalidad que podría dificultar el cumplimiento de lo que se ordenó en la sentencia.

La Suprema Corte debió exhortar a todas las autoridades del Estado mexicano involucradas en la política pública nacional en materia de drogas a revisar el modelo prohibicionista para

replantear el marco normativo y enfocar el problema desde el punto de vista de la salud pública integral.

PARTE IV

X. LA MAMÁ, EL PAPÁ Y LA DISTANCIA

Es un conflicto de 2014 que llegó a la Primera Sala en donde el centro del conflicto eran dos niños extranjeros que eran disputados por sus padres, una en México y el otro en España. La madre salió del país y se trasladó a México, mientras que el padre recurrió a vías diplomáticas y jurídicas para exigir la restitución de sus hijos. La Primera Sala anuló la sentencia de un Tribunal Colegiado que ordenaba la restitución de los niños a su padre con el argumento de que el tribunal no había analizado la totalidad de las circunstancias y los elementos para valorar debidamente y conforme al interés de los menores si se actualizó un riesgo grave en su restitución inmediata.

Por motivos de violencia, Mariela se fue con sus hijos a Nayarit y denunció penalmente a su pareja y en la vía civil demandó la disolución de matrimonio, la pérdida de la patria potestad guarda y custodia, y el pago de una pensión alimenticia. El juez civil nombró tutor dativo de los niños a la Procuraduría Auxiliar de la Defensa del Menor y la Familia en el estado de Nayarit, determinó la custodia provisional a favor de la madre y pensión alimenticia. El padre solicitó desde España el regreso de los niños en apego al Convenio sobre Sustracción de Menores. En ese entonces los niños contaban con dos y un año de edad.

A través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el juez recibió el exhorto internacional. El juez determinó negar la restitución de los menores de conformidad con el artículo 13 del Convenio sobre Sustracción de Menores, pues consideró que les podría causar un daño en su salud psicológica, por lo que fijó sólo un régimen de convivencia con el padre. El padre promovió un juicio de amparo directo y el Tribunal Colegiado que conoció del juicio, ordenó la restitución de los menores a su padre, ya que no se podía afirmar que se hubiera actualizado la excepción prevista en el artículo 13. La madre solicitó a la Suprema Corte que revisara el caso.

La mayoría revocó la sentencia para que el Tribunal Colegiado emitiera una nueva en la que resolviera el problema planteado atendiendo a los lineamientos del fallo. Ello bajo los razonamientos siguientes:

1. Que en el caso no se había seguido la directriz de resolver los procedimientos de restitución de menores de forma pronta, pues la solicitud se había presentado en 2011 y para 2014 no existía resolución final.
2. Se determinó que se debía garantizar el derecho de participación en el procedimiento de los menores sin importar su edad.
3. La mayoría consideró que aun cuando en el caso la solicitud de restitución se presentó a los dos meses de la sustracción, ello no era obstáculo para analizar si los menores ya se habían integrado a su nuevo entorno familiar.

Cossío coincidió con la decisión de la mayoría en el sentido de que no bastaba con la mera presentación de la solicitud de restitución internacional de menores para otorgarla automáticamente, sino que la autoridad correspondiente debía cerciorarse si el regreso del menor a su lugar habitual de residencia era conveniente. Cossío no compartió la interpretación de los artículos 12 y 13 del Convenio sobre Sustracción de Menores propuesta por la mayoría.

Cossío encontró tres cuestiones de la resolución que consideró entraron en conflicto con los objetivos convencionales:

1. Los criterios para tener por probado un alegato de violencia doméstica que sirva para fundamentar la excepción a la restitución. Desde el punto de vista de Cossío, el Tribunal Colegiado sí valoró todos los elementos aportados y concluyó que no se había logrado probar la violencia familiar en el sentido en el que la acusación de la madre sin otros elementos de prueba no permitía llegar a otras conclusiones.

2. Los alcances del derecho de participación del menor durante el procedimiento. Cossío coincidió con sus pares sobre la conveniencia de que los niños fueran escuchados, pero profundiza que ello debe ser hecho mediante un representante imparcial que los auxilie durante el procedimiento.

3. La interpretación propuesta del artículo 12 del Convenio sobre la integración del menor al nuevo entorno como excepción a su restitución. Al parecer de Cossío, de la interpretación literal del artículo 12 del Convenio, la excepción para negar la restitución del menor debido a que ya se integró a su nuevo entorno se puede usar únicamente cuando el niño ya se haya integrado a su nuevo entorno, se puede usar únicamente cuando el proceso de solicitud de restitución se haya iniciado un año después del momento de traslado. En este caso la solicitud se presentó a los dos meses, por lo que a Cossío no le pareció que fuera razón para poner en entredicho la restitución de los niños.

XI. PRESUNCIÓN NO ES PERCEPCIÓN

En 2012 la Primera Sala de la Suprema Corte tuvo que resolver una contradicción de tesis entre dos Tribunales Colegiados para determinar si para el otorgamiento de pensión alimenticia solicitada por una esposa a su pareja existía la presunción de necesitar alimentos que demandaba y, en consecuencia, es el esposo quien debía destruir esa presunción o si al no gozar de esa presunción, era la esposa quien estaba obligada a demostrar la necesidad de recibirlos.

La opinión mayoritaria fue que la esposa que demandaba el pago tenía a su favor la presunción de necesitarlos siempre que argumentara haberse dedicado preponderantemente al hogar, cuidado o educación de los hijos. Cossío no compartió las bases argumentativas en que se apoyó la decisión, ni la conclusión.

Alondra se divorció de Felipe y demandó el pago de una pensión alimenticia. Felipe presentó un recurso de apelación, en el cual se confirmó la sentencia anterior, así que promovió un juicio de amparo en el que el Tribunal Colegiado ordenó que se volviera a dictar una nueva sentencia en la que se analizara si Alondra había presentado pruebas suficientes para probar la necesidad de

alimentos. En el caso de Brenda y Ernesto, un Tribunal Colegiado dio una respuesta opuesta a la del otro Tribunal.

En la sentencia de la Primera Sala se estableció que no había una presunción legal que implicara que la mujer tenía derecho a recibir una pensión alimentaria por el simple hecho de acreditar ser la esposa del demandado. Se concluyó que sí existía una presunción humana a favor de la esposa sobre la necesidad alimentaria cuando su solicitud se basara en que se dedicó al trabajo del hogar. Tal presunción tenía como consecuencia que la mujer se libera de la carga de demostrar que necesita alimentos. Cossío no estuvo de acuerdo con la presunción humana que se estableció en la sentencia, pues tenía inconsistencias argumentativas que impiden afirmar la validez de la conclusión.

La mayoría basó su argumentación en que en la estadística las mujeres le dedican un mayor porcentaje de su tiempo al trabajo doméstico. Cossío critica que con esa afirmación se confunde un indicio con una presunción y la sentencia los toma como sinónimos. Cossío también considera que para la solución de este tipo de asuntos podía acudirse a las reglas generales sobre las cargas probatorias y aplicar el principio según el cual “lo ordinario se presume y lo extraordinario se prueba”.

Cossío considera que no era aceptable generar presunciones que pueden no tener validez en todos los casos por la circunstancia que los rodea, sobre todo cuando basta con acudir a las reglas generales sobre cargas probatorias para tomar una decisión de acuerdo con los escenarios y situaciones particulares de cada caso, favoreciendo a los derechos de equidad procesal y acceso a la jurisdicción.

XII. CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DIVORCIO

Martha y Jorge solicitaron la disolución de su matrimonio, asegurando que la guarda y custodia de los hijos se diera a la madre y fijaron un régimen de convivencia con el padre. El hijo mayor empezó a tener problemas con la madre, por lo que ambos hijos se fueron a vivir con el padre. Jorge pidió a un juez que cambiara el convenio sobre la guarda y el pago de pensión, pero antes de su resolución, los padres acordaron que el hijo viviría con el padre y la hija con la madre. El juez dictó sentencia y determinó la guarda en favor del padre. En apelación, se determinó que lo mejor para la niña era estar con su padre de manera inmediata. La madre promovió un juicio de amparo, pero no se decidió en su favor. Martha solicitó la revisión de la Suprema Corte en relación con la inconstitucionalidad del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal y se confirmó la sentencia, pero con razones diferentes a las del juez de distrito.

La mayoría estimó que el ordenamiento jurídico no podía establecer una presunción de idoneidad absoluta a favor de alguno de los padres, pues en principio tanto padre como madre están igualmente capacitados para atender a los hijos. Así concluyeron que el juez debía tomar la decisión sobre la guarda y custodia únicamente atendiendo al interés superior del menor, valorando las circunstancias de cada caso. Cossío estimó que el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal vulneraba el principio del interés superior de la niñez y el derecho a la igualdad, por ello era inconstitucional.

Esta controversia es un ejemplo de cómo las instituciones encargadas de impartir justicia tienen que estar preparadas para modificar la interpretación de las normas. Los patrones culturales y dinámicas familiares cambian, teniendo un impacto en el derecho.

i) El peso de la cultura. A Cossío le pareció que en un contexto sociocultural en donde está la concepción de que la mujer es más apta y capacitada para el cuidado de los niños, la Suprema Corte fue renuente en cuestionar la regla con un origen enraizado en la sociedad mexicana. La justificación de esta regla fue la supuesta idoneidad biológica y moral de las mujeres para el cuidado de los niños. El artículo establece una distinción basada en el sexo de la persona, lo que los obligaba a analizar el artículo con un nivel más riguroso. Se tenía que examinar la finalidad de la norma, el grado de conexión entre la misma y su finalidad y el grado en su uso puede ser necesario y proporcional para alcanzar ese fin. No se hizo ese análisis y la mayoría de los ministros optó por aludir a la doctrina en torno a la interpretación de las normas sobre la guarda y custodia.

ii) La evidencia científica. Cossío obtuvo una respuesta científica en donde se concluyó que la evidencia biológica sobre qué es más benéfico para un menor en el caso de que sus padres se separen es la existencia de un cuidador primario estable y sensible, en independencia al género de los padres.

iii) El (ab)uso de la “interpretación conforme”. La sentencia pretendió apoyarse en la técnica de “interpretación conforme” a la Constitución para hacer consistente el artículo 282 del Código Civil para la Ciudad de México con el artículo 4 constitucional que prevé el interés superior del menor. Para Cossío, esto fue incorrecto. El uso de este presupuesto ineludible es que al menos una de las interpretaciones sea constitucional.

Optar por la defensa de la constitucionalidad de este precepto cuando la ciencia ha demostrado la falsedad de sus argumentos tiene como consecuencia reforzar el estereotipo de género, según el cual las mujeres están mejor capacitadas para el cuidado de los hijos. A manera de recapitulación, a este asunto se debió: 1) aplicar un escrutinio constitucional más estricto al tratarse de una discusión basada en el sexo, 2) usar la evidencia científica como elemento de juicio y 3) declarar la inconstitucionalidad de la disposición, en lugar de recurrir a la técnica de “interpretación conforme”.