

# La extensión del fuero de guerra (que prohíbe el Artículo 13 y la jurisprudencia interamericana)

Alejandro Carlos ESPINOSA\*

\* Ex Juez *Ad Hoc* de la Corte Interamericana de Derechos humanos y profesor por oposición de Derecho Militar en la Facultad de Derecho de la UNAM.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos del Fuero de Guerra y del artículo 13 constitucional*. III. *Breve referencia sobre la Justicia Militar en México*. IV. *Evolución de la jurisprudencia de la SCJN sobre la interpretación del Código de Justicia Militar*. V. *Las cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos periodo 2008-2010 (Radilla, Fernández Ortega, Rosendo Cantú, y Cabrera García y Montiel Flores)*. VI. *El Expediente Varios 912/2010 y la atracción del fuero de guerra*. VII. *Los casos de Fuero de Guerra resueltos por la Suprema Corte en septiembre de 2012 y las tesis derivadas de dichos asuntos*. VIII. *Síntesis de la prohibición sobre la extensión del fuero de guerra*.

## I. Introducción

Las interpretaciones que bajo una visión legal, judicial, doctrinal, y en el ámbito de la crítica se han dado al Fuero de Guerra son los elementos que centraran continuamente esta investigación, que versa sobre un tema que en apariencia no ha sido suficientemente estudiado, pero sobre el cual existen muy variados aportes de juristas nacionales e internacionales que se coleccionan sistemáticamente con el propósito de dar luz a los diversos actores de la justicia militar y federal, reconocer en la justicia militar la existencia de un diseño especializado<sup>1</sup> para los asuntos penales y disciplinarios es un presupuesto para comprender el Fuero de Guerra.

El Código de Justicia Militar es un Código Penal Integral porque reúne en el mismo instrumento normativo disposiciones sustantivas, adjetivas o procesales y de ejecución de las penas así como elementos orgánicos y administrativos que incluyen el diseño institucional del Fuero de Guerra.

<sup>1</sup> ... el Derecho Militar como concepto debe entenderse no sólo como un conjunto de normas especializadas en temas de disciplina, deber de obediencia, estricta subordinación y servicio sino quizá para su mejor comprensión, como un sistema especializado relativo a las Fuerzas Armadas, estrictamente vinculado con la función militar. Cfr. Carlos Espinosa Alejandro, *Derecho Militar Mexicano*, 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 2011, p. 6.

Demostrar la convencionalidad del artículo 13 de nuestra Constitución Política reconocida expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias de sus sentencias, categorizando tal circunstancia en la sentencia Cabrera García y Montiel Flores donde expresamente señala: 234. *Por otra parte, este Tribunal recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

La importancia de que subsista el Fuero de Guerra en beneficio de las instituciones militares y del propio Estado mexicano, su urgente acotamiento legislativo en la normatividad secundaria con la correspondiente reforma al artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar en todos sus incisos<sup>2</sup> y no solo en el inciso a) así como cambios urgentes en relación con la presunción de culpabilidad son el objetivo central de este estudio.

De igual forma la revisión integral del Código de Justicia Militar para estandarizarlo frente a las reformas constitucionales en materia de adversarialidad y presunción de inocencia, que sin duda es una reforma de derechos humanos, y la de diversos dispositivos de forma expresa en esta materia y otras normas secundarias, son las premisas fundamentales del cambio de paradigma en el Fuero de Guerra.

Para comprender la evolución del Fuero de Guerra y del artículo 13 de la Constitución, el presente documento hace un repaso por los puntos de quiebre más importantes del modelo de justicia penal<sup>3</sup> y disciplinaria militar en México, así como de las corrientes de pensamiento jurídico que lo influyeron, particularmente la justicia militar francesa y española, sin dejar de revisar el primer Código de Justicia Militar en México, que es el Código de Justicia Militar del Ejército Mexicano de 1864,<sup>4</sup> conocido como Código de Maximiliano, de efímera vigencia. De igual modo se analizan brevemente las diversas etapas del Derecho Militar para contextualizar su desarrollo.

<sup>2</sup> ... la adecuada interpretación del artículo 13 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos debe llevar a armonizar no solo el artículo 57 fracción Inciso a) del Código de Justicia Militar, sino también los supuestos previstos en los incisos b), c) y d) del ordenamiento normativo indicado. *Cfr.* Voto concurrente del Juez *ad Hoc* Alejandro Carlos Espinosa en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fernández Ortega y otro vs México, 30 de agosto de 2010.

<sup>3</sup> El sistema de justicia penal militar se conforma por cuatro etapas que son: Prevención e investigación del delito militar, procuración de justicia militar, administración de justicia militar y ejecución penal. *Cfr.* Carlos Espinosa Alejandro, *Derecho Procesal Penal Militar*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p. 19.

<sup>4</sup> *Cfr.* Análisis y comentarios al primer Código de Justicia Militar Mexicano por Bermúdez Flores Renato de Jesús y Carlos Espinosa Alejandro en Revista el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de investigación especializada en temas jurisdiccionales N. 6 Especial denominado La Justicia en el Bicentenario de la Independencia de México y en el Centenario de la Revolución Mexicana, año III, agosto 2010 pp. 287-300.

Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación van cambiando de época a época jurisprudencial, destacando por su contraposición a la actual visión de derechos humanos, los de la Quinta Época sobre Fuero de Guerra y facultad extendida o atrayente según se quiera analizar, por lo que se puntualizan algunos criterios que en concepto nuestro son los más relevantes, sin dejar de considerar otras épocas, por ejemplo actualmente se apertura la Décima Época<sup>5</sup> que ya se le conoce como del control de la convencionalidad y los Derechos Humanos.

También se plantean breves consideraciones sobre la justicia militar en México, muy concretamente se hace un alto para revisar la justicia penal militar y la disciplinaria, ambas relativas al Fuero de Guerra, se busca dibujar sus instituciones de justicia penal al tenor de su diseño institucional, por otra parte sólo se enuncian algunas otras vertientes de la justicia militar en las que no se profundiza por separarse del tema central de la investigación, pero se señalan para dar al jurista una visión de conjunto, esto en razón de que la justicia militar sobrepasa el tema penal y disciplinario.

El trabajo aterriza los planteamientos al revisar en los aspectos correspondientes conocidos como los casos militares que sometieron a la justicia militar mexicana frente a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así es que se revisan en este orden los casos de Radilla Pacheco,<sup>6</sup> Fernández Ortega,<sup>7</sup> Rosendo Cantú,<sup>8</sup> Cabrera García y Montiel Flores,<sup>9</sup> conocido este último como el caso de los campesinos ecologistas, en estas experiencias internacionales se fijan criterios por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la restricción al Fuero de Guerra y el control de la convencionalidad.

El Expediente Varios 912/2010<sup>10</sup> y la atracción de los casos de Fuero de Guerra exige dominio para el juzgador al introducir en el ejercicio de juzgar el control convencional *ex officio*, al traducirse en la interpretación que hiciera sobre el cumplimiento de la sentencia del caso

<sup>5</sup> Comunicado de la Sala de Prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 4 de Octubre de 2011 "Entra en vigor la décima época del Semanario judicial de la Federación". <http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/noticias/Paginas/04-Oct-2011.aspx>

<sup>6</sup> Caso Radilla Pacheco vs México, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>7</sup> Caso Fernández Ortega y Otros vs México, sentencia del 30 de agosto de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>8</sup> Caso Rosendo Cantú y Otra vs México, sentencia del 31 de agosto de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>9</sup> Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, sentencia del 26 de noviembre de 2010, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>10</sup> Según resolución de fecha 07 de septiembre de 2010, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Radilla Pacheco la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de modo que se hace un desmembramiento de los elementos que por su trascendencia para la resolución de casos en el orden interno cobra importancia por la preponderancia de aplicación judicial.

Los casos paradigmáticos más importantes que abrieron paso a la discusión en la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la restricción al Fuero de Guerra, particularmente por su facultad de competencia extensiva o atrayente<sup>11</sup> respecto de hipótesis conductuales descritas en el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar que autoriza al Fuero de Guerra, entiéndanse facultades de investigación del Ministerio Público Militar y facultades de juzgamiento por los tribunales militares, para conocer de delitos cometidos en el servicio o con motivo del mismo sin importar que se trate de delitos del fuero común o federal, son los casos de Bonfilio Rubio Villegas<sup>12</sup> y seguidamente el de Silvia Hernández Tamariz,<sup>13</sup> en ambos casos el eje o fundamento de la competencia de la autoridad federal esto es del Poder Judicial de la Federación fue el involucramiento de víctimas civiles en la comisión de delitos de militares en servicio.

En este orden de ideas y frente a la indiscutible visión de derechos humanos que ha impactado como un indiscutible progreso al orden jurídico mexicano<sup>14</sup> resulta e impostergable que legislativamente y no solo por criterio jurisdiccional o de Política Criminal, la regla general para que la extensión del Fuero de Guerra para conocer de asuntos en que se encuentren

<sup>11</sup> Artículo 57 Código de Justicia Militar: "Son delitos contra la disciplina militar: ... II.- Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a).- que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;...".

<sup>12</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció el 21 de agosto de 2012 respecto del Amparo en Revisión 133/2012, que promovieron familiares de Bonfilio Rubio Villegas, quien en 2009 falleció presuntamente a causa de participación de militares, por lo que el Alto Tribunal dispuso que conociera del caso el Poder Judicial de la Federación.

<sup>13</sup> El 29 de diciembre de 2011, el Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Penal del Distrito Federal, concedió amparo respecto de la competencia de la justicia ordinaria y dejó insubsistente el auto de formal prisión en contra de la procesada, por haber sido emitido por autoridad incompetente. Este caso destacó porque fue la primera militar que logró ser procesada por la justicia federal, frente a un caso de presuntas víctimas civiles.

<sup>14</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011)

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. (Adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011).

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. en consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (Adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011)

involucradas víctimas civiles lo ordene la normatividad secundaria que además deberá ajustar sus contenidos sustantivos, adjetivos, de ejecución de pena, orgánicos y administrativos a estándares internacionales, lo que necesariamente implicará la revisión integral del *corpus iuris* de la justicia penal militar en México.

## II. Antecedentes históricos del Fuero de Guerra y del artículo 13 constitucional

Un tratado sería insuficiente para destacar la cantidad de valiosos elementos descriptivos del Fuero de Guerra y por ende del artículo 13 de nuestra Constitución que legitima su existencia en nuestro orden jurídico interno, incluso el tema se complica para precisar su evolución con puntualidad por la ausencia de investigaciones que contemplen en su integridad, tan extenso desarrollo histórico.

Lo anterior obliga a cerrar el análisis al Derecho Penal Militar y sus tribunales o jurisdicción, así la normatividad castrense como lo refiere Bermúdez Flores en un documento inédito, que mucho agradeceremos su publicación, podemos verla con claridad en el modelo jurídico de los romanos, que por cierto fue muy reconocida, la llamada *castrensis jurisdictio* (jurisdicción militar) que como bien lo apunta el referido jurista de la Armada de México, se trata de conceptos y principios casi inmutables,<sup>15</sup> que desde nuestro punto de vista se excepcionan en la actualidad frente a la inminente humanización de los procedimientos penales militares en beneficio de civiles y militares, para garantizar el respeto absoluto a los derechos humanos.

De acuerdo con González Licea en alusión al Fuero de Guerra para interpretar debidamente el artículo 13 de la Constitución General, debe atenderse tanto a su redacción como a sus antecedentes históricos y a las condiciones sociales imperantes al momento de su publicación, particularmente si ponderamos que la jurisdicción de antaño no era referida únicamente al juzgamiento de los tribunales militares respecto de delitos cometidos por militares, se trataba de privilegios y exenciones, no sólo en materia penal sino que contenía algunas de carácter civil en pro de los militares y sus familias.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> "... desde épocas pretéritas y de manera universal, soportan a todas las instituciones marciales del orbe; entre otros los relacionados con la estricta disciplina militar, algunas solemnes ceremonias como el acto de la protesta de la bandera, el llamamiento a filas, llamado entre nosotros la prestación del servicio militar...". Cfr. La evolución histórica de la legislación y doctrina militar en México, Bermúdez Flores Renato de Jesús, Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal, Criminogénesis 1, Derecho Penal Militar, México, 2007, p. 19.

<sup>16</sup> Cfr. González Licea Genaro Reflexiones Jurídicas sobre Derechos Fundamentales, Fuero de Guerra y Género en México, Editorial, Criminogénesis, México, 2013, p. 56.

El Fuero de Guerra siempre ha sido controvertido, entre otros elementos por el desconocimiento de su composición y por la naturaleza de sus determinaciones, siempre orientadas a preservar la disciplina y el servicio, sin embargo invariablemente ha estado sustentado en postulados doctrinarios que explican su existencia como lo muestra la Historiografía del Derecho Militar en el mundo<sup>17</sup> y en México.

En concreto no aludiremos a la organización militar de las culturas prehispánicas por carecer de influencia en la organización jurisdiccional y del sistema de justicia militar que se instaló en México, tal y como lo podemos ver en el Código de Justicia Militar vigente, sus fuentes son indudablemente el Derecho Militar Español y el Derecho Militar Francés.

Con el propósito de proporcionar los elementos conducentes a esta investigación referiremos los principales aspectos bajo la siguiente segmentación a saber La Reforma, influencias de las Ordenanzas Hispanas en nuestra legislación, influencia del Derecho Militar Francés y el México contemporáneo, subdividido en legislación y estudios doctrinales de principio de siglo, época de oro y época contemporánea.

Como antecedente es importante destacar el Fuero de Guerra en la Constitución de 1824 vigente hasta 1857 en el que de acuerdo con la investigación de Agenor González Valencia *permitió que en materia militar permanecieran vigentes las ordenanzas de San Lorenzo, sancionando esta declaración el 16 de agosto de 1826, periodo en el cual se emiten disposiciones referentes a someter a los tribunales militares a los criminales peligrosos y se establecen leyes de indultos para desertores...*<sup>18</sup> En esta lógica el artículo 154 del aludido dispositivo legal dispone la continuidad de las leyes vigentes, de la siguiente manera:

154. Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que están en la actualidad, según las leyes vigentes.

Sin embargo, en los debates del Constituyente de 1824, José María Luis De La Mora en tan importante Congreso dibujó, quizá sin saberlo, la importancia de la figura del juez natural y la judicialización de la justicia militar en su discurso sobre los tribunales militares donde

<sup>17</sup> Tal como lo apunta Bermúdez Flores en el documento inédito citado *up supra*... cuando no existía una división tan radical entre el derecho público y derecho privado, las normas del Derecho Militar, aparecían contenidas en la legislación de Roma. Posteriormente, las encontramos en la compilación de Justiniano, y de ahí se trasladan a los diferentes ordenamientos militares hispanos de la época medioeval y siguientes; hasta que finalmente aparecen en la legislación de nuestra patria... (Ordenanza militar de 1852).

<sup>18</sup> González Valencia, Agenor, *Derecho Militar. Fuero de guerra en tiempo de guerra y no de paz*, Flores Editor y distribuidor, México, 2010, p. 95.

*expresó en una nación sabiamente constituida que ha adoptado para su gobierno el sistema representativo, la independencia efectiva del poder judicial es el complemento de las leyes fundamentales y la garantía de las libertades públicas...*<sup>19</sup>

Que los tribunales militares sean jurisdiccionales<sup>20</sup> y no judiciales<sup>21</sup> en el marco del debate sobre los alcances del Fuero de Guerra es un tema que se ha discutido en las últimas tres Constituciones, sin embargo el único fuero que ha logrado resistir los embates de la historia es el Fuero de Guerra, entendido como fuero-jurisdicción y fuero-competencia, de modo que es equivocada la interpretación que los desconocedores del modelo buscan hacer para significar en él la prebenda o privilegio.

A mediados del siglo XIX con el surgimiento de la Reforma se gesta en el marco de un movimiento social de importantes dimensiones la Constitución Federal de 1857, instrumento rector que trata en su artículo 13 constitucional el Fuero de Guerra, en el siguiente tenor:

13. En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación, puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de excepción.<sup>22</sup>

Como se aprecia los lineamientos fundamentales del artículo 13 de la Constitución fueron establecidos desde 1857, destaca por su importancia la subsistencia del Fuero de Guerra restringido a los delitos y faltas militares de exacta conexión con la disciplina militar, aunque queda abierta la interpretación para los casos de excepción.

De modo que comulgamos con el pensamiento del jurista José Ramón Cossío Díaz en el siguiente razonamiento a través de un voto particular,<sup>23</sup> en el que señalo en relación con el Fuero de Guerra:

<sup>19</sup> Cfr. González Valencia, Agenor. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>20</sup> Esta característica tiene que ver con la naturaleza jurídica de los Tribunales Militares, donde la doctrina nacional y extranjera ha reconocido sobradamente que se trata de Tribunales formalmente administrativos por encontrarse insertos en el Poder Ejecutivo Federal y material jurisdiccionales porque emiten resoluciones que en la justicia militar son penales.

<sup>21</sup> Que forma parte del Poder Judicial.

<sup>22</sup> Véase <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1857.pdf>

<sup>23</sup> Voto Particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz, en relación con el Amparo en Revisión 989/2009, p. 8. (Cfr. [http://www.scjn.gob.mx/PLENO/Votos%20Particulares/3\\_4\\_1.pdf](http://www.scjn.gob.mx/PLENO/Votos%20Particulares/3_4_1.pdf)).

... los miembros del Congreso General Constituyente de 1857 acotaron aún más la competencia de los tribunales militares, estableciendo en el artículo 13 de la Constitución Política de la República Mexicana que el fuero de guerra subsistía solamente para los delitos y faltas que tuvieran exacta conexión con la disciplina militar, reservando a la ley secundaria la facultad de fijar dichos casos de excepción.

Nuevamente en el constituyente de 1917 debe reflexionarse en relación con el artículo 13 constitucional el voto particular del diputado General Francisco J. Múgica quien en la parte conducente del mismo a la literalidad expuso *el Fuero de Guerra que se trata de conservar en nuestra Constitución no es más que un resquicio histórico del militarismo que ha prevalecido en toda la historia del país, no producirá más efecto que el hacer creer al futuro Ejército nacional y a los civiles de toda la república, que la clase militar es una clase privilegiada y distinta ante nuestras leyes del resto de los habitantes de este suelo patrio*. Igualmente el General Francisco J. Múgica crítico la subsistencia del Fuero de Guerra y señaló la conveniencia de abolirlo, para que en su lugar los tribunales ordinarios conocieran de los delitos contra la disciplina militar.

Las Ordenanzas Militares españolas son la fuente primaria de nuestra legislación, al respecto valga observar que entre los años de 1821 se aplicaron las ordenanzas militares del siglo XVIII en donde las normas y sus principios doctrinales se enraizaron toda vez que la ordenanza militar española de 1768 como lo afirma Bermúdez Flores, fue impresa en dos ocasiones en México en los años de 1833 y 1842, la primera con adiciones hispanas y las segunda incluyó las mexicanas e incluso cambió de nombre al de *ordenanza militar para el régimen, disciplina, subordinación y servicio del Ejército, aumentada con las disposiciones relativas anteriores y posteriores a la independencia*, dicho instrumento legal rigió hasta 1852.

La primera ordenanza mexicana se llamó *Ordenanza militar para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio del Ejército* en 1852 y se aplicó hasta 1854, sin presentar grandes cambios en relación con el ordenamiento hispano de 1768 y consecuentemente tampoco con su doctrina.

Por lo que hace a la influencia del Derecho Militar Francés *tanto la legislación como la doctrina española mismas que habían venido imperando de manera absoluta e indiscutible entre nuestros juristas, repentinamente resultaron interrumpidas, tanto en su estudio, como aceptación; aun cuando esto haya acontecido brevemente. Ello, en virtud que durante el efímero imperio de*

*Maximiliano de Habsburgo, precisamente en 1864 aplicó el Derecho Militar Francés y de modo particular el Código de Justicia Militar de 1857;*<sup>24</sup> traducido al español.

Como se precisó en la investigación denominada Análisis y comentarios al primer Código de Justicia Militar Mexicano antes referido en *la literatura marcial mexicana poco se hace mención al Código de Justicia Militar del ejército mexicano de 1864, ello en virtud de que la mayoría de nuestros estudiosos de la materia, al citar los antecedentes históricos de los ordenamientos marciales de índole integral, manifiestan que tales disposiciones legales aparecen en nuestro país en las postrimerías del siglo XIX.*<sup>25</sup>

Respecto de la época contemporánea de acuerdo con la clasificación de Bermúdez Flores se debe subdividir en tres etapas, la primera que va de inicios del siglo hasta su segunda década en el marco de la revolución mexicana, etapa en que estuvieron vigentes las disposiciones jurídico militares que fueron promulgadas en el gobierno de Porfirio Díaz. La segunda etapa 1929 a 1955 en donde se dan las principales modificaciones de diseño institucional, legislativo y doctrinal,<sup>26</sup> dentro de las que destacan para nuestro estudio el Código de Justicia Militar y la Ley General de Disciplina, etapa en la que se publicó el prestigiado boletín jurídico militar en donde constaron importantes estudios doctrinales y jurídicos de la justicia militar.

La tercera época conocida también como contemporánea se inicia al desaparecer dicha publicación periódica y llega hasta el momento actual, como sabemos el Fuero de Guerra permaneció intocado desde la entrada en vigor del Código de Justicia Militar de 1934 y solo habían existido breves cambios propios de la política penal nacional, por ejemplo en 1994 se da una reforma penal<sup>27</sup> sin precedente para esa época en donde se muta del cuerpo del delito a los elementos del tipo y en 1999 se vuelve a aplicar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal.

Ambas reformas constitucionales modificaron el Código de Justicia Militar, como también lo hicieron las que en distintos momentos ha tenido el artículo 20 constitucional o bien el

<sup>24</sup> Bermúdez Flores Renato de Jesús, *Op. cit.* pp. 27 y 28.

<sup>25</sup> Revista el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de investigación especializada en temas jurisdiccionales N. 6 Especial denominado La Justicia en el Bicentenario de la Independencia de México y en el Centenario de la Revolución Mexicana. Análisis y comentarios al primer Código de Justicia Militar Mexicano por Bermúdez Flores Renato de Jesús y Carlos Espinosa Alejandro en, año III, agosto 2010, p. 287.

<sup>26</sup> En cuanto al ámbito de la legislación y a los estudios doctrinales va de 1900 a 1926 en la que sobresalieron la Ley Penal Militar; misma que se aplicó indistintamente para los miembros del Ejército federal y para los individuos que integraban grupos revolucionarios, esto es civiles.

<sup>27</sup> Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 22 de julio de 1994, en la que se incluye el cambio en el nombre del Capítulo III del Título II del Código de Justicia Militar.

alineamiento, ligeramente previo, de la supresión de la pena de muerte del Código de Justicia Militar<sup>28</sup> en congruencia con la correspondiente del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>29</sup> otro ejemplo son las modificaciones en materia de derechos humanos, en suma el tema del fuero no se ha modificado aunque si revisado a partir de los casos internacionales llevados al sistema interamericano de derechos humanos y hasta el momento solo ha quedado a nivel de iniciativa de ley.

### III. Breve referencia a la justicia militar en México

Al ser el Derecho Militar un micro sistema de derecho inmerso en un macro sistema de derecho legitimado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o como lo refería don Octavio Vejar, se trata de un orden especial dentro del general del Estado, lo que obliga al estudioso de esta materia a identificar diversas sub especialidades<sup>30</sup> en la misma, en este sentido el Fuero de Guerra habrá que revisarlo en los ámbitos penal y disciplinario, así se desprende del precepto constitucional que dispone su subsistencia.<sup>31</sup> De modo que para los delitos militares la norma secundaria, esto es el Código de Justicia Militar,<sup>32</sup> prevé todo un diseño normativo e institucional que conforma el sistema de justicia penal militar y por su parte las leyes generales de disciplina militar<sup>33</sup> y naval<sup>34</sup> y sus respectivos reglamentos de deberes militares<sup>35</sup> y navales<sup>36</sup> a la luz de su normatividad orgánica reglan el sistema disciplinario y establecen procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio para los Consejos de Honor.

La justicia penal militar que es a la que fundamentalmente corresponde el debate sobre el Fuero de Guerra, presenta un diagnostico que obliga a su revisión y actualización, la falta

<sup>28</sup> Se deroga el artículo 142 del Código de Justicia Militar por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* 29 de junio de 2005.

<sup>29</sup> En el *Diario Oficial* del 9 de diciembre de 2005 queda abolida la pena de muerte al suprimirse el cuarto párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>30</sup> El Derecho Militar es más amplio que el Derecho Penal y Disciplinario de modo que es posible identificar el Derecho de la Seguridad Social Militar, Derecho Administrativo Militar, Derecho Internacional Militar, Derecho de la Guerra, Derecho Administrativo Laboral, entre otras especialidades.

<sup>31</sup> El artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su parte conducente establece... Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar.

<sup>32</sup> El Código de Justicia Militar fue publicado el 31 de agosto de 1933 y entro en vigor en 1934.

<sup>33</sup> La Ley de Disciplina del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de marzo de 1926 y su última reforma fue publicada en el DOF el 10 de diciembre de 2004.

<sup>34</sup> Ley de Disciplina para el Personal la Armada de México, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de diciembre de 2002.

<sup>35</sup> El Reglamento General de Deberes Militares, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 1937.

<sup>36</sup> El Reglamento General de Deberes Navales, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de septiembre de 2003.

de desarrollo doctrinal y de investigación ha impactado a la transformación legislativa, así por ejemplo su diseño judicial a la luz de los Consejos de Guerra Ordinarios no está judicializado,<sup>37</sup> los jueces militares en asuntos que son competencia de los consejos de guerra ordinarios son meros instructores del procedimiento,<sup>38</sup> el Presidente del Supremo Tribunal Militar por disposición del Código de Justicia Militar es un General de guerra,<sup>39</sup> las reglas de la facultad atrayente o extendida previstas en el artículo 57,<sup>40</sup> legitiman el juzgamiento frente a la existencia de víctimas civiles, se presume la culpabilidad,<sup>41</sup> la protesta de los miembros del Consejo de Guerra Ordinario no protege los derechos más elementales del procesado,<sup>42</sup> la técnica legislativa para la redacción de algunos tipos penales militares es francamente obsoleta,<sup>43</sup> no existe la posibilidad de aplicar la teoría de la tentativa,<sup>44</sup> lo cual es grave, de modo que estos y muchos otros elementos a modificar son el presupuesto necesario para lograr estandarizar con lógicas de presunción de inocencia y derechos humanos el Derecho Penal y Procesal Penal Militar.

Es inexacta la apreciación de que quienes observamos estas imprecisiones buscamos la supresión del Fuero de Guerra,<sup>45</sup> tan importante fuero no es susceptible de suprimirse, si así se hiciera la justicia militar se desquebrajaría y el propio Estado podría entrar en una verdadera

<sup>37</sup> En nuestro concepto debemos entender por judicializar, llevar por la vía judicial un asunto, esto es, que la resolución que sea emitida por un juez profesional.

<sup>38</sup> De conformidad con el artículo 76 del Código de Justicia Militar corresponde a los jueces: I. Instruir los procesos de la competencia de los Consejos de Guerra, así como los de la propia; dictando al efecto las ordenes de incoación. II. ...

<sup>39</sup> Artículo 3o.- El Supremo Tribunal Militar se compondrá: de un presidente, general de brigada, militar de guerra y cuatro magistrados, generales de brigada de servicio o auxiliares.

<sup>40</sup> Dicho numeral en su artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar fue declarado inconveniente en el caso Radilla Pacheco vs México e incluso se ordenó al Estado mexicano modificar dicha normatividad secundaria y tal circunstancia se ratificó en las sentencias de los casos de Inés Fernández Ortega vs México, Valentina Rosendo Cantú vs México, Cabrera García y Montiel Flores e igualmente fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los casos Bonfilio Rubio Villegas y Silvia Hernández Tamariz.

<sup>41</sup> Artículo 102 del Código de Justicia Militar establece que: La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario...

<sup>42</sup> Artículo 668 ... "¿Protestáis, bajo vuestra palabra de honor, resolver las cuestiones que se os van a someter, conforme a las leyes de la materia, sin tener en cuenta la suerte que pueda caber al procesado, mirando sólo por la conservación de la disciplina y por el prestigio del Ejército Nacional?"...

<sup>43</sup> Como ejemplo nos ilustra el artículo 203 del Código de Justicia Militar: Se impondrá pena de treinta a sesenta años de prisión, a quien:  
I. ...

II.- Se pase al enemigo;

<sup>44</sup> Artículo 105 del Código de Justicia Militar: Los delitos serán punibles en todos sus grados de ejecución. Estos son conato, delito frustrado y delito consumado.

<sup>45</sup> En varias ocasiones así se ha sostenido verbigracia en las palabras preliminares que Alejandro Carlos Espinosa hiciera al texto *Derecho Militar, Fuero de Guerra en tiempo de Guerra y no de Paz ... discrepo respetuosamente del autor a quien admiro y reconozco como un gran investigador porque pienso no puede concebirse de un militar que ha cometido un delito militar que vaya a un Tribunal común, simple y sencillamente los tribunales comunes no tienen el conocimiento ni la práctica de la vida esencial de las fuerzas armadas...* Cfr. *Derecho Militar, Fuero de Guerra en tiempo de Guerra y no de Paz*, González Valencia Agenor, Plaza Editor y Distribuidor, Tabasco 2010, p. XXVIII.

crisis, por lo que judicializarlo, profesionalizarlo, buscar su alta especialidad, transparentarlo, ceñirlo a estándares internacionales,<sup>46</sup> particularmente buscando proteger a las víctimas civiles, no es contrario a los ejes que sustentan sus bienes jurídicos tutelados, entiéndase la disciplina, el servicio, la obediencia, el Estado, su seguridad interior y exterior, el honor militar, entre muchos otros, toda vez que lo importante será transitar hacia estos aspectos, negar su importancia y su necesidad es obcecado.

Lo ideal sería por una parte encontrar el mecanismo para llevar a los tribunales militares al poder judicial de la federación,<sup>47</sup> lograr que auténticamente estos conozca de asuntos típicamente militares, esto es, de aquellos que requieren calidad específica para su comisión<sup>48</sup> y que además se encuentren descritos en el Código de Justicia Militar.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de jurisdicción militar, como lo refiere Diego García Sayán, quien la preside, muestra problemáticas en dos aspectos, por un lado, el juzgamiento de civiles por tribunales castrenses, cuestión ajena a los casos del Estado Mexicano y el procesamiento y juzgamiento de personal militar y policial por violaciones a los derechos humanos.<sup>49</sup>

En la realidad los cambios son graduales y deben efectuarse con responsabilidad, recordemos por ejemplo el importante número de delitos que no podrán ser considerados en los criterios sobre los que se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por la participación de víctimas civiles, en los que ha ordenado la competencia de las instancias federales, en razón de que todos aquellos delitos comunes y federales en donde no existan víctimas, al menos directas, se seguirán tramitando y juzgando bajo la competencia del sistema de justicia penal militar.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> En nuestro concepto debemos considerarlos como los criterios ordenados como básicos o mínimos por la normativa internacional y su jurisprudencia, a que debe ajustarse la normatividad interna de los Estados que los han suscrito en el concierto internacional.

<sup>47</sup> 11. *Ad cuatelam* se debe considerar la importancia y la significación que para el Estado mexicano representa, preventivamente, llevar a sus tribunales militares al Poder Judicial de la Federación, porque si bien es cierto, que en el reciente caso se trata de irregularidades en el procedimiento penal de averiguación previa es factible que casos posteriores enfrenten, adicionalmente, la carga de otro elemento discordante con los estándares internacionales, que en ese supuesto sería la concurrencia de dos poderes del Estado en uno y la ruptura del principio de unidad procesal. (Cfr. Voto concurrente del Juez *Ad hoc* Alejandro Carlos Espinosa en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fernández Ortega y otros vs México, 30 de agosto de 2010).

<sup>48</sup> La calidad específica requerida es precisamente la de militar.

<sup>49</sup> Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Silva García Fernando, *Jurisdicción Militar y Derechos Humanos*, El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, p. XIX.

<sup>50</sup> Muestra de esta problemática es los delitos contra la salud, la portación de arma de fuego y los delitos de lavado de dinero, entre otros.

Lo anterior impide cumplir con el importante principio de especialidad y en donde de acuerdo con la interpretación de las sentencias internacionales de los casos presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en asuntos de Fuero de Guerra, la competencia seguirá siendo de los tribunales militares, es así que la especialización de la justicia militar está en construcción y por lo pronto baste decir que se camina en la ruta correcta.

El reto es buscar cómo hacerlo, los modelos en otras latitudes han profesionalizado y judicializado la justicia militar. Las recientes sentencias que enfrenta el Estado mexicano por asuntos en los que se encuentra involucrado el Fuero de Guerra constituyen la oportunidad para revisar el modelo de justicia<sup>51</sup> y el diseño institucional de los tribunales militares. Los Congresos Internacionales son un espejo en el que debemos mirarnos como Estado, recientemente la Asociación Internacional de Justicia Militares a impulsado la evolución del Derecho Penal Militar.<sup>52</sup> La judicialización y la profesionalización de la Justicia Militar con respeto a la dignidad es el objetivo inaplazable.

La jurisdicción militar vía el Fuero de Guerra debe alinear sus diseños institucionales y normativos con base en lógicas de convencionalidad y su control, en este sentido es fundamental comprender que significa este control, al respecto podemos partir de su conceptualización en sentido *lato*, de este modo el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter "concentrada" por parte de la Corte Interamericana en sede internacional; y otra de carácter "difusa", por los jueces nacionales en sede interna. En diversos votos particulares Sergio García Ramírez ha sostenido que el control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: *realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación y el pacto de san José*. En caso de violación por acción u omisión, la responsabilidad recae al Estado y no sobre alguno de sus órganos o poderes.<sup>53</sup>

Es necesario instalar en la regulación penal militar que se adopte con las inminentes reformas sustantivas y adjetivas principios rectores de los procedimientos penales militares que garanticen la judicialización y profesionalización de su justicia, como lo ordena la Convención

<sup>51</sup> Para tal efecto deben entenderse como necesarios ajustes a las normas sustantivas, adjetivas, de ejecución de penas, orgánicas, así como las reglas de especialización y profesionalización en función de la transparencia y el respeto a los derechos humanos.

<sup>52</sup> Brasilia/Brasil, noviembre de 2000, el segundo, en Florianópolis/Brasil, diciembre de 2003, el tercero, en la ciudad de Santiago/Chile, mayo de 2008, cuarto, en la ciudad de Madrid/España, octubre de 2009, el quinto, en la ciudad de Lima/Perú, abril de 2011, el sexto se realizó en mayo de 2012 en la República de Luanda/ Angola, África del Sur.

<sup>53</sup> *Cfr.* Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el caso *tibi vs Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.

Americana de Derechos Humanos, destacan para todos los juzgadores aun en materia militar, los de independencia e imparcialidad, de modo que por una parte deben ser autónomos, no sólo en el sentido técnico sino en el absoluto y garantizar su imparcialidad.

Tal cuestión pareciera inalcanzable en el diseño institucional que priva actualmente para la justicia militar en México; inamovilidad, este principio simplemente no está regulado en la normatividad militar, se carece de carrera judicial en la práctica es factible y común la remoción o cambio de los Jueces Militares, de modo que en el servicio de justicia militar priva la polifuncionalidad del abogado.

Los abogados militares pertenecientes al Fuero de Guerra como modelo institucional están sujetos al servicio y son proclives a la falta de objetividad frente a la cadena de mando, dicho en otras palabras la autonomía técnica que supone la existencia del Tribunal es insuficiente; los procedimientos seguidos en dichos tribunales están tan burocratizados como los del fuero común o federal, esto es tienen procesos que pueden durar meses o años, de suerte que la falsa afirmación que se formula respecto de la expedites de los Consejos de Guerra Ordinarios es relativa, si partimos de que en todos los casos se deben de instruir los procedimientos penales ante el juez militar, en tanto que además la defensa adecuada es cuestionable al menos la de oficio por estar igualmente afecta al mando.<sup>54</sup>

La situación actual de la justicia militar en México supera en mucho la problemática de la facultad atrayente o extendida del Fuero de Guerra tan profundamente estudiado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aspecto que se advertido desde hace décadas por los investigadores y juristas mexicanos, sus estudios han sido recogidos por publicaciones especializadas nacionales y extranjeras,<sup>55</sup> es necesaria una revisión integral al modelo de justicia penal militar por no corresponder a los lineamientos procesales humanistas que progresivamente y por fortuna se instituyen gradual y sistemáticamente en los todas más modalidades de los modernos Estados democráticos de Derecho.

<sup>54</sup> Código de Justicia Militar. Art. 50 La defensa gratuita de los acusados por delitos del Fuero de Guerra, estará a cargo del Cuerpo de Defensores de Oficio.

<sup>55</sup> Es factible encontrar importantes estudios sobre el Replanteamiento de la Justicia Militar en México en la Revista Española de Derecho Militar, publicación periódica de reconocimiento Iberoamericano. Cfr. Revista Española de Derecho Militar, Ministerio de Defensa, número 84, p. 25, España, 2004.

#### IV. Evolución de la jurisprudencia de la SCJN sobre la interpretación del Código de Justicia Militar

Los razonamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de Fuero de Guerra como en cualquier otra materia a través del tiempo, han tenido importantes modificaciones evolutivas para su interpretación, descansando las más importantes en las cuestiones vinculantes con la facultad atrayente o extensiva que al día de hoy sigue regulando el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar, y sobre el cual se han centrado en el ámbito del Fuero de Guerra las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para el caso de México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco han generado importantes cambios jurisprudenciales, recordemos que en el orden internacional existe jurisprudencia sobre la jurisdicción militar.

La importancia del caso Radilla Pacheco y su interpretación a la sentencia que dictara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se entendió de tal trascendencia que propició el cierre de la Novena Época del semanario judicial y la apertura de la Décima Época<sup>56</sup> que da paso a una visión preponderantemente de derechos humanos y de control de la convencionalidad.

Sin lugar a dudas el momento en que proliferaron mayor número relativos al Fuero de Guerra en los que se convalida y legitima la facultad atrayente o extensiva es a partir de la denominada quinta época.

La quinta época<sup>57</sup> corresponde de 1917 a 1957 en la que se dictaron endurecidos criterios sobre el Fuero de Guerra y se legitimó judicialmente la facultad atrayente o extensiva, en un total de 77 criterios jurisprudenciales en un lapso de 40 años que no evolucionaron en las épocas subsecuentes e incluso en la Décima Época en donde ha variado el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la facultad atrayente o extensiva, no se ha generado aún nueva jurisprudencia, concretamente en el tema de Fuero de Guerra.

La primera jurisprudencia sobre fuero de guerra data de 1953, legitima la facultad atrayente o extendida.

<sup>56</sup> Comunicado de Prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha 4 de octubre de 2011 <http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/noticias/Paginas/04-Oct-2011.aspx>

<sup>57</sup> Cfr. Q.É. <http://ius.scjn.gob.mx/paginas/ResultadosV2.aspx?Epoca=2040800003f00&Apendice=1000000000000&Expresion=fuero%20de%20guerra&Dominio=Rubro&TATJ=2&Orden=1&Clase=TesisBL&bc=Jurisprudencia.Resultados&TesisPrincipal=TesisPrincipal&Hits=20>

Lo que contrasta por constituir su antítesis con la Tesis: P. II/2013 Decima Época, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1 pág. 366

**FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR VIOLA EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL.**

El referido precepto ordinario, al establecer que son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, viola el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto éste dispone que la jurisdicción militar está acotada única y exclusivamente a los delitos y faltas cometidos contra la disciplina militar y que en ningún caso y por ningún motivo podrá extenderse sobre persona que no pertenezca al Ejército.<sup>58</sup> ya que si bien es cierto que la especificación y el alcance de la expresión "disciplina militar" corresponden al legislador ordinario, quien debe precisar cuáles son esas faltas y delitos, también lo es que el mandato constitucional establece dos restricciones que no permiten una libre configuración legislativa: a) está prohibida la jurisdicción militar sobre personas que no pertenezcan al Ejército; y b) cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un civil (paisano), conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la primera restricción constitucional es contundente en determinar que la justicia militar en ningún caso podrá juzgar penalmente a un civil, cuando éste tenga el carácter de sujeto activo de un hecho ilícito, mientras la segunda implica que cuando un miembro de las fuerzas armadas cometa un delito en perjuicio de un civil, invariablemente, debe conocer de la causa penal correspondiente un Juez civil; de ahí que si un Juez Militar conociera de un proceso donde la víctima u ofendido del delito sea un civil, ejercería jurisdicción sobre dicho particular en desacato al artículo 13 constitucional.

**PLENO**

Amparo en revisión 133/2012. 21 de agosto de 2012. Mayoría de ocho votos; votaron con salvedades: José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Sergio A. Valls Hernández y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

<sup>58</sup> El subrayado es nuestro.

Amparo directo 15/2012. 13 de septiembre de 2012. Mayoría de ocho votos; votaron con salvedades: José Ramón Cossío Díaz, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Jorge Mario Pardo Rebolledo; votó en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Amalia Tecona Silva, Eduardo Delgado Durán y José Alfonso Herrera García.

El Tribunal Pleno, el catorce de febrero en curso, aprobó, con el número II/2013 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil trece.

La influencia y cultura judicial que ha permeado en el orden interno mexicano respecto del *corpus iuris* interamericano, de modo que hoy es factible mirar pronunciamientos que involucren a la Convención Americana de derechos Humanos como lo demuestra el criterio que se pone a consideración:

[TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 364

#### FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR CONTRAVIENE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, con base en los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinó que las conductas cometidas por militares que puedan vulnerar derechos humanos de civiles no pueden ser competencia de la jurisdicción militar, porque en ese supuesto los tribunales militares ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal tanto para efectos de la reparación del daño, como para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En este contexto, el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar,<sup>59</sup> al dar lugar a que la jurisdicción militar conozca de las causas penales seguidas contra militares respecto de delitos del orden común o federal que, cometidos por aquéllos al estar en servicio o con motivo de éste, puedan afectar los derechos humanos de personas civiles, contraviene la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sentencia emitida

<sup>59</sup> El subrayado es nuestro.

por la Corte Interamericana en el caso citado, máxime que de lo previsto en el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se colige que la jurisdicción militar deba conocer de los juicios seguidos contra militares por delitos que puedan implicar violación de derechos humanos de víctimas civiles, como lo determinó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente varios 912/2010.

## PLENO

Competencia 38/2012. Entre el Juzgado Quinto de Distrito en el Estado de Morelos y el Juzgado Quinto Militar, adscrito a la Primera Región Militar. 9 de agosto de 2012. Mayoría de ocho votos en relación con el sentido; votó por consideraciones distintas: José Ramón Cossío Díaz; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 770/2011. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 60/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 61/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A.

Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

Amparo en revisión 62/2012. 3 de septiembre de 2012. Mayoría de siete votos en relación con el sentido; votaron en contra de las consideraciones: José Ramón Cossío Díaz y José Fernando Franco González Salas; votó con salvedades: Luis María Aguilar Morales; votó en contra del sentido y de las consideraciones: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ausentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, Sergio A. Valls Hernández y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

El Tribunal Pleno, el catorce de febrero en curso, aprobó, con el número VI/2013 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil trece.

*Nota: La ejecutoria relativa al expediente varios 912/2010 citado, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313.*

Los progresos que se han alcanzado frente a la interpretación que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, particularmente en caso Radilla Pacheco y que formalizó a través del dictado de la Sentencia Varios 912/2010 han marcado el surgimiento de nuevos tiempos, no solo para la jurisdicción militar, que de suyo es un gran logro, sino también en materia de interpretación conforme y control *ex officio* de la convencionalidad bajo la figura de control difuso, lo que se complementa con la muy importante reforma que en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 que en su artículo primero dispone como eje fundamental a los derechos humanos y a los tratados internacionales, que constituyen la ampliación del bloque de constitucionalidad, siempre y cuando no contravengan la esencia de lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## V. Las cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos periodo 2008-2010 (Radilla, Inés Fernández, Rosendo Cantú, y Cabrera García y Montiel Flores)

La revisión de la competencia y jurisdicción militar mexicana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con cuatro casos que han culminado en sentencias al Estado mexicano que a saber son: Radilla Pacheco; Fernández Ortega, Rosendo Cantú y Cabrera García y Montiel Flores conocidos como Campesinos ecologistas. Sin embargo el primer caso

del que conoció el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el Caso Gallardo<sup>60</sup> que solo se resolvió hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien dentro de sus propuestas sugería, aunque sin sustento de análisis jurídico interesantes reflexiones sobre el Fuero de Guerra.<sup>61</sup>

En dicho caso la Comisión concluyo que el Estado mexicano debe respetar y garantizar los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, del general brigadier José Francisco Gallardo Rodríguez, de conformidad con los artículos 5, 7, 8, 11 y 25 de la Convención Americana, por los reiterados hechos ocurridos en México desde 1988.<sup>62</sup>

El cambio de visión de la justicia penal militar lo da sin duda el Caso Radilla Pacheco que se ve complementado en el estudio y el análisis por los otros tres casos referidos y el antecedente aludido que se ventilo en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1988, con el propósito de fortalecer los criterios de estudio sobre el Fuero de Guerra<sup>63</sup> en México, se analizan en su parte conducente los siguientes casos.

### 1. Caso Rosendo Radilla Pacheco

El Estado mexicano ha sido sentenciado por la Corte Interamericana en cuatro ocasiones por asuntos vinculados con los delitos de desaparición forzada de persona, violación y tortura, en el primer caso en agravio de Rosendo Radilla Pacheco por agentes del estado pertenecientes al ejército mexicano, hechos ocurridos en Atoyac de Álvarez, en el Estado de Guerrero el 25 de agosto de 1974 en el marco de la denominada "Guerra Sucia" y por lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordeno en sentencia del 23 de noviembre de 2009 en su punto resolutive 10. *El estado deberá adoptar en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar*<sup>64</sup> con los estándares

<sup>60</sup> El 15 de octubre de 1993... la revista Fórum... número 22, publica una síntesis de la tesis de maestría en la que propone crear un ombudsman militar en México, para acabar con las violaciones a los derechos humanos por parte de militares. El 9 de noviembre de ese año es arrestado y acusado por delitos Contra el Honor Militar y Difamación de las Fuerzas Armadas y encarcelado en la prisión militar.

<sup>61</sup> *El Poder Judicial debe atraer la administración de la justicia militar, abrogar el fuero de guerra, que no debe existir en tiempo de paz...* Cfr. González Valencia, Agenor, *Derecho Militar. Fuero de Guerra en tiempo de guerra y no de paz*, 1a. ed., Ed. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Flores Editor y distribuidor, México, 2010, p. 230.

<sup>62</sup> Cfr. Informe número 43-96 Caso II.430 México 15 de Octubre de 1996.

<sup>63</sup> La doble acepción del vocablo se encuentra aplicada en el artículo 13 de la Constitución que, por una parte, pruebe su existencia, entendida como prerrogativa, trato diferenciado o privilegio, en tanto que legitima su existencia tratándose de delitos y faltas contra la disciplina militar, esto es como sinónimo de competencia... Cfr. Diccionario Jurídico, el Derecho Penal a Juicio, Voz Fuero, por Alejandro Carlos Espinosa, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 2009, p. 303.

<sup>64</sup> Debe destacarse que en los últimos 12 años se han presentado un importante número de iniciativas de ley que han buscado reformas al Código de Justicia Militar y concretamente al Fuero de Guerra, a partir de la sentencia del

*internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente sentencia.*

En este sentido el punto de la sentencia que interesa para este análisis es el 342 en el que establece incompatibilidades que se traducen en inconventionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar con la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer 342. *No obstante lo anterior, la Corte declaro en el capítulo 9 de este fallo que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párrafos 287 y 289) en consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta sentencia.*

Para seguir con el desglose de la resolución y poder aterrizar en el orden interno la mejor interpretación sobre el fuero de guerra y sus alcances, así como sus necesarias transformaciones en el orden interno es necesario reproducir los contenidos de los párrafos 286, 287 y 289 de la sentencia del caso Radilla Pacheco al tenor siguiente:

*286. La Corte estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.*

*287. Con base en lo señalado precedentemente, es posible considerar que la disposición en estudio opera como una regla y no como una excepción, característica indis-*

---

Caso Radilla destacan la iniciativa impulsada en el gobierno de Felipe Calderón que incluso se ofreció como prueba de cumplimiento a la sentencia la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos la estimo insuficiente, la iniciativa del 2012 impulsada en la Legislatura LXI que incluso llego a Comisiones que en nuestro concepto planteaba con gran claridad una importante regla general en su artículo 58 que establecía: *Artículo 58. Será competencia de las autoridades y tribunales civiles del orden federal los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en contra de civiles, así como aquellas violaciones a los derechos humanos.* Y actualmente se debate una nueva iniciativa del Senado de la República LXII Legislatura 2013, en la cual se analiza el modelo de justicia militar teniendo como eje el Fuero de Guerra donde destacan las posturas del titular del Ejecutivo Federal, Senador Lázaro Mazon, Senador René Arcé, Senador Pablo Escudero y Senador Alejandro Encinas, que van desde la atención específica a los delitos motivo de las sentencias de la Corte Interamericana (ejecutivo federal), pasando por diversas modalidades de protección a víctimas civiles (Senadores Mazon, Arcé, Escudero), hasta la restricción para conocer solo de delitos típicamente militares (Senador Ensinas).

*pensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. En este sentido la Corte fortalece su postura de criterio al pedir confrontar su razonamiento con el Caso Las Palmeras Vs. Colombia, supra nota 274, párr. 51; Caso La Cantuta Vs. Perú, supra nota 51, párr. 142, y Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, supra nota 83, párr. 200.*

Por su parte el aludido numeral 337 que cita lo solicitado por los representantes de las víctimas en el C.2 relativo a reformas a disposiciones legales en dicha resolución establece:

*337. Los representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, "aunque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho [...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos".*

Sobre el particular y en este contexto la Corte Interamericana considero determinar la convencionalidad del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bajo la consideración del punto 341... *Este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Como se aprecia la convencionalidad del artículo 13 constitucional es absoluta y la disposición que vulnera en el presente caso la Convención Americana de Derechos Humanos es el Código de Justicia Militar en su artículo 57 relativo a su facultad competencial extendida o atrayente para conocer delitos del fuero común o federal diversos de los típicamente militares.

Por su parte el artículo 289 dispone:

*... El Tribunal estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.*

Como se advierte de lo razonado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para llegar a lo ordenado en el punto 10 que en concreto es reformar el artículo 57<sup>65</sup> del Código de Justicia Militar, con el propósito de que éste acorde con los estándares internacionales, esto es con ese mínimo de elementos exigidos por el *corpus iuris* interamericano, pues como ahora sabemos dicho numeral transgrede a la convención e igualmente excede lo ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos en su artículo 13 que como quedo claro en la consideración de la Corte en su punto 341 es convencional y no necesita ser modificado, como sabemos en el orden interno se trata de una garantía de igualdad que no ha sido modificada por su pulcritud desde su expedición en 1917.

En este sentido el Estado mexicano ha trabajado y trabaja en proyectos de ley que buscan dar cumplimiento a la sentencia que en este caso emitiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la parte correspondiente a reformar conforme a estándares internacionales el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de modo que se exponen los proyectos hasta ahora más significativos y que sin duda buscan encontrar satisfacción y cumplimiento con la sentencia.

En nuestro concepto no es necesario modificar el artículo 13 de la Constitución General, así ha quedado claramente establecido en el cuerpo de las sentencias motivo de este análisis; en donde hay que hacer importantes modificaciones es en la normatividad secundaria, fundamentalmente en la penal, sin que se excluyan los otros diseños institucionales y normativos, se trata de entender a las sentencias de la Corte Interamericana como el parámetro para considerar la importancia de ajustes en las disposiciones secundarias que sean conformes con los estándares internacionales ordenados por el *corpus iuris* de la región interamericana.

Como quedo precisado en el Caso Radilla Pacheco se da el punto de quiebre sobre la interpretación de la Justicia Militar y que la autoridad debe administrarla en diversas condiciones,

<sup>65</sup> Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar:

I.- Los especificados en el Libro Segundo de este Código;

II.- los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

- a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;
- b).- que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;
- c).- que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra;
- d).- que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;
- e).- que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I.

Cuando en los casos de la fracción II, concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar. Los delitos del orden común que exijan querrela, necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos en los incisos (c) y (e) de la fracción II.

particularmente cuando intervengan víctimas civiles, en este sentido como igualmente se señaló en párrafos anteriores fue ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta sentencia la reforma al artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar, como es sabido la responsabilidad de la Corte Interamericana respecto de los casos sometidos a su jurisdicción no termina con la emisión de la sentencia, sino que le sigue un exhaustivo seguimiento sobre su cumplimiento de lo que deben informar formalmente los Estados.

De conformidad con el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que "*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*". Para ello los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal, entendiéndose la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en resoluciones de fechas 19 de mayo y 1 de diciembre de 2011, 28 de junio de 2012 y 14 de mayo de 2013 se ha pronunciado sobre el sentido del cumplimiento de sentencia, concretamente en el tema de la facultad atrayente o extensiva que regula el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar lo hizo en la primera<sup>66</sup> y la última de las referidas resoluciones, con relación a la primera resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia expresamente estableció:

*... La Corte estima que si bien son positivos los esfuerzos del Estado para reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, la iniciativa presentada es insuficiente pues no cumple plenamente con los estándares indicados en la Sentencia.<sup>67</sup> En efecto, dicha reforma sólo establece que la jurisdicción militar no será competente tratándose, únicamente, de la desaparición forzada de personas, la tortura y la violación sexual cometidas por militares. No obstante, en la Sentencia, este Tribunal reiteró su jurisprudencia constante en el sentido de que "el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar"...<sup>68</sup>*

<sup>66</sup> En esta ocasión la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la iniciativa de reforma presentada por el Ejecutivo federal sometió al Congreso de la Unión una iniciativa de reforma que incluye las modificaciones ordenadas por la Corte Interamericana al artículo 57 del Código de Justicia Militar". En este sentido, manifestó que "en la iniciativa se propone excluir de la jurisdicción militar los delitos de desaparición forzada de personas, tortura y violación, a fin de que sean competencia de los tribunales del fuero [ordinario]". Cfr. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2011 Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.

<sup>67</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>68</sup> *Idem*.

Como se aprecia el Caso Radilla Pacheco modificó transversalmente el orden jurídico nacional al cambiar los paradigmas de juzgamiento con una visión de derechos humanos y de juez natural, mirando siempre por la protección de las víctimas civiles al establecer reglas claras, precisas y avaladas por la jurisprudencia interamericana en relación con la facultad atrayente o expansiva.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana en las subsecuentes sentencias fortalecieron su criterio jurisprudencial en relación con el Fuero de Guerra, particularmente respecto del artículo 57 del Código de Justicia Militar al reiterar su inconventionalidad y la obligación del Estado Mexicano de modificar su normatividad interna en esta materia.

## 2. Caso Fernández Ortega<sup>69</sup>

Dentro de los elementos que destacan y hacen muy importante el caso de Inés Fernández Ortega es que se trata de una mujer que es pobre, indígena, miembro del Pueblo Me'phaa (tlapaneco), de 27 años y su familia se integra por su esposo y cuatro hijos, menores de edad, no obstante estas condiciones fue violada y torturada por elementos del Ejército Mexicano el 22 de marzo de 2002.

Los preceptos vulnerados que señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte para conocimiento del caso fueron:

Violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento).

Violación del derecho a vivir libre de violencia y discriminación (artículo 7 de la Convención de Belém do Pará).

Incumplimiento de las obligaciones de investigar y sancionar la tortura (artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura).

La Corte Interamericana dictó sentencia sobre el caso el 30 de agosto de 2010 por lo que estableció en su punto 173.

<sup>69</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Fernández Ortega y otros vs. México sentencia de 30 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

*Los representantes alegaron que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de la señora Fernández Ortega al someter el caso a la jurisdicción militar, con fundamento en los artículos 13 de la Constitución Política y 57.II.a del Código de Justicia Militar y al no promover un recurso efectivo para impugnar la aplicación de dicha jurisdicción al caso. La jurisdicción militar no cumple con los requisitos de imparcialidad, independencia y competencia para conocer violaciones a los derechos humanos y el sometimiento del caso a la misma viola la garantía de juez natural. Esta práctica se debe a la ausencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico mexicano que excluya del conocimiento del fuero militar los delitos de este tipo y a la remisión genérica a dicho fuero, con fundamento en el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de los delitos de orden común cometidos por militares en servicio activo o con motivo del mismo. Todo ello es consecuencia de la ambigüedad del artículo 13 de la Constitución Política y del artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar. Adicionalmente, destacaron que la situación antes señalada se agrava en virtud de que el artículo 10 de la Ley de Amparo contempla tres supuestos en los que es procedente el juicio de amparo promovido por las víctimas y ofendidos al exigir la reparación del daño o la responsabilidad por la comisión de un delito, dentro de los cuales no existe uno que permita cuestionar la declinación de competencia a favor de la jurisdicción militar. Por lo anterior, solicitaron a la Corte que declare que el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura, y en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.*

Con el propósito de contextualizar la postura y criterio de la Corte Interamericana se hace necesario referir su posicionamiento.

*178. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar (supra párr. 162)201. Al respecto, la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.*

179. En el caso *Radilla Pacheco* el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte<sup>203</sup>. El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En consecuencia, la Corte estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

La Corte en su punto resolutivo 13 en relación con el acotamiento del Fuero de Guerra estableció:

13. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 239<sup>70</sup> de la presente Sentencia.

El voto prospectivo de tipo concurrente que emitió el Juez *Ad Hoc* Alejandro Carlos Espinosa en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, de 30 de agosto de 2010, plantea la necesidad de llevar a los Tribunales Militares al Poder Judicial de la Federación y destaca la necesidad de revisar en su integridad el Código de Justicia Militar por presumir la culpabilidad y algunas otras cuestiones que se señalan por tener plena relación con el Fuero de Guerra.

<sup>70</sup> 239. La violación y tortura de Inés Fernández Ortega; la discriminación de que fue objeto la víctima por su condición de mujer e indígena; la falta de debida diligencia en la investigación y sanción de los responsables de estos hechos; la utilización del fuero militar para la investigación y juzgamiento de violaciones a los derechos humanos; los obstáculos para que las personas indígenas, en particular las mujeres, puedan acceder a la justicia; la falta de reparación adecuada en favor de la víctima y sus familiares; el impacto negativo de los actos de amenaza y hostigamiento contra la víctima, sus familiares y representantes, constituyen violaciones a los derechos protegidos por los artículos 5, 8, 11 y 25 de la Convención Americana; incumplimiento de la obligación general de respeto y garantía contemplada en el artículo 1.1 del mismo instrumento; violación del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará; e incumplimiento de las obligaciones bajo los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura.

1. El presente voto concurrente vale para el caso citado *ut supra* así como para el caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México* en consideración a las razones siguientes:

a) Se trata de militares en servicio, esto es agentes del Estado mexicano, que bajo una condición especial incurrieron en violaciones graves de los ordenamientos internos e internacionales, que debieron observar en atención a su calidad de garantes del orden interno del Estado mexicano y respecto de los derechos de sus connacionales;

b) El sujeto pasivo del delito de violación sexual por el que se enderezó este caso, es una mujer, pobre e indígena expuesta a una alta vulnerabilidad; además de no hablar el idioma español;

c) Se aplica igualmente el Código de Justicia Militar para investigar delitos cometidos por militares y en donde se encuentran involucradas víctimas civiles en atención a lo dispuesto por el artículo 57 fracción II inciso a) del referido ordenamiento legal; mismo que fue ordenado modificarse en el caso *Radilla Pacheco Vs. México*;

d) ...

2. ...

3. Como lo indica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la subsidiaridad de la jurisdicción interamericana de los derechos humanos frente a la jurisdicción interna es fundamental, por ser coadyuvante y también complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos; por ello considero que la adecuada interpretación del artículo 13 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos debe llevar a armonizar no sólo el artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar, sino también los supuestos previstos en los incisos b), c), d), y e), del instrumento normativo indicado.

4. Pese a las deficiencias estructurales y normativas que presenta el Código de Justicia Militar que data de 1933, debe observarse que existió voluntad del Estado mexicano de investigar institucionalmente el caso, pero también es evidente que no fue más allá de realizar diligencias de rutina a sabiendas que de esa manera no se aclararían los hechos ni se fincarían responsabilidades a los agentes del Estado involucrados, sin considerar además la máxima en procuración de justicia "conforme el tiempo pasa la verdad se aleja".

5. El Estado mexicano debe procurar que no ocurra más la inseguridad jurídica que representa a un gobernado el hecho de que se investiguen delitos por una y otra aplicación de fuero constitucional, esto es que se instruyan procedimientos de investigación sin criterios jurídicos definidos derivados de la relatoría de los hechos, dado que si se imputan conductas delictivas a militares resulta poco congruente que se asuman investigaciones en el fuero común, dejando en estado de indefensión a las víctimas frente a la falta de recursos legales para enderezar sus defensas y garantizar su acceso a la justicia.

6. Debe destacarse que si bien quedó debidamente demostrada la negligencia y falta de resultados a cargo de la procuración de justicia por parte del Estado mexicano, en los diversos fueros constitucionales... de carácter competencial en materia penal...

7. ...

10. El presente caso paradigmático debe ser oportunamente aprovechado por el Estado mexicano no solo para lograr reivindicar su compromiso con la sociedad civil sino también para que, a la par, dar un oportuno cumplimiento a la Sentencia recaída tanto en este caso como en el caso Rosendo Cantú y otra; es momento de que inicie la revisión y transformación de un modelo de justicia militar rezagado, no solo en la técnica legislativa, sino en la conformación de sus instituciones de justicia y su normatividad tanto sustantiva como adjetiva y así plantearse un nuevo modelo que, sin restar importancia al servicio, la obediencia y la disciplina, permita la transformación del sistema de justicia militar mexicano.

11. Ad cautelam se debe considerar la importancia y la significación que para el Estado mexicano representa, preventivamente, llevar a sus tribunales militares al Poder Judicial de la Federación, porque si bien es cierto que en el presente caso se trata de irregularidades en el procedimiento penal de averiguación previa, es factible que casos posteriores enfrenten, adicionalmente, la carga de otro elemento discordante con los estándares internacionales, que en ese supuesto sería la concurrencia de dos poderes del Estado en uno y la ruptura del principio de unidad procesal.

### 3. Caso Valentina Rosendo Cantú<sup>71</sup>

Se trata de otro caso paradigmático de litigio estratégico en el que se establece responsabilidad al Estado Mexicano por violación y con la agravante de que en el momento en que ocurrieron los hechos Valentina Rosendo Cantú era menor de edad y las condiciones de vulnerabilidad muy semejantes a las del Caso Inés, quizá la Corte Interamericana debió haber acumulado los Casos, sin embargo se describe en la parte conducente a nuestro estudio sobre Fuero de Guerra. La sentencia dispone en su punto:

*157. Los representantes alegaron que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de la señora Rosendo Cantú al someter el caso a la jurisdicción militar, con fundamento en los artículos 13 de la Constitución Política y 57.II.a del Código de Justicia Militar, así como por no promover un recurso efectivo para impugnar la aplicación de dicha jurisdicción al caso. La jurisdicción militar no cumple con los requisitos de imparcialidad, independencia y competencia para conocer las violaciones a los derechos humanos, y el sometimiento del caso a la misma viola la garantía de juez natural. Esta práctica se debe a la ausencia de una norma expresa en el ordenamiento jurídico mexicano que excluya del conocimiento del fuero militar los delitos de este tipo y a la remisión genérica a dicho fuero, con fundamento en el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de los delitos de orden común cometidos por militares en servicio activo o con motivo del mismo. Todo ello es consecuencia de la ambigüedad del artículo 13 de la Constitución Política y del artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar. Adicionalmente, destacaron que la situación antes señalada se agrava en virtud de la ineffectividad de los recursos internos para cuestionar la jurisdicción responsable de la investigación del caso pues en dos oportunidades "el juicio de amparo mostró ser inefectivo e inadecuado como medio de tutela de los derechos de [la víctima], pues las investigaciones [...] siguieron [...] a cargo de la jurisdicción militar". Por lo anterior, solicitaron a la Corte que declare que el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, así como en los artículos 1, 6, y 8 de la Convención contra la Tortura, y en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.*

162. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar<sup>217</sup> (supra párr. 144). Al respecto,

<sup>71</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Rosendo Cantú y otra vs. México sentencia de 31 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)

la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.

163. En el caso Radilla Pacheco el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica ésta última indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En consecuencia, la Corte estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.

222. No obstante, como ha sido declarado en el Capítulo IX de este Fallo, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párrs. 162 y 163). En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.

De igual manera se establecen respecto del Fuero de Guerra o Jurisdicción Militar, particularidades que deberán observarse en la normatividad secundaria esto es en el Código de Justicia Militar para compatibilizar sus contenidos con los estándares internacionales, en el sentido destaca el punto resolutivo número 12 de la sentencia:

12. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los

estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 222 de la presente Sentencia.

#### 4. Caso Cabrera García y Montiel Flores

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)

Los aportes del destacado caso conocido como "campesinos ecologistas" constituye muy importantes aportes con sentido complementario y que significa conjuntamente con las otras sentencias sobre de jurisdicción militar una beta que empieza a pulsarse debidamente en el orden interno por los estudiosos de la materia y también por los legisladores.

4. Adecuación del derecho interno mexicano respecto a la intervención de la jurisdicción penal militar

*205. Por otra parte, el Tribunal observa que la intervención del fuero militar se basó en el artículo 57.II.a del Código de Justicia Militar (supra párr. 189). Al respecto, la Corte reitera que dicha norma: es una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado. La posibilidad de que los tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense.*

*206. En el caso Radilla Pacheco el Tribunal consideró que la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica ésta última indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte. Al respecto, la Corte resalta que el cumplimiento de dichos estándares se da con la investigación de todas las vulneraciones de derechos humanos en el marco de la jurisdicción penal ordinaria, por lo que no puede limitar su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual.*

*El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En consecuencia, la Corte concluye que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.*

### *c.3 Garantías de no repetición*

#### *i) Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de*

##### *Justicia*

*224. La Comisión solicitó a la Corte que ordene a México limitar el alcance de la jurisdicción militar. Los representantes –solicitaron– que se ordene al Estado [...] reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, con el fin de que establezca de manera clara, precisa y sin ambigüedades, que la justicia militar debe abstenerse en cualquier supuesto de conocer sobre violaciones a derechos humanos presuntamente cometidas por miembros de las fuerzas armadas mexicanas, encontrándose o no en servicio–. Asimismo, solicitaron el establecimiento de un –recurso efectivo para impugnar la decisión de traslado de un proceso a la jurisdicción militar–. Finalmente, ante la información estatal en cuanto a una propuesta de reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar en cumplimiento de la Sentencia de la Corte en el caso Radilla Pacheco, los representantes señalaron que –la información difundida por la Presidencia hace suponer que la iniciativa de reforma [...] no cumplirá con [lo establecido en dicha Sentencia]– y que, en todo caso, –la reforma [...] no se ha producido–.*

*234. Por otra parte, este Tribunal recuerda que ya consideró, en el Caso Radilla Pacheco, reiterado en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú, que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En cambio, como ha sido declarado en el Capítulo IX de esta Sentencia, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párr. 206). En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares*

*internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia.*

#### *XI Puntos Resolutivos*

*15. El Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia, de conformidad con lo establecido en el párrafo 235 de la presente Sentencia.*

#### *IV. El Control Difuso de Convencionalidad por los Jueces Mexicanos*

*64. Las anteriores características de la doctrina jurisprudencial del –control difuso de convencionalidad– aplican para el sistema jurisdiccional mexicano. Hasta la fecha se ha reiterado en cuatro casos relativos a demandas contra el Estado mexicano: Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009); Fernández Ortega y Otros vs. México (2010); Rosendo Cantú y Otra vs. México (2010); y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010).*

*77. Los jueces mexicanos deben, por una parte, realizar interpretaciones constitucionales y legales que permitan a –las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares a tener derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario; por lo que –esta conclusión aplica no solo para casos de tortura, desaparición forzada y violación sexual, sino a todas las violaciones de derechos humanos (subrayado añadido). De tal manera que esa obligación hacia los jueces mexicanos resulta –inmediata y con –independencia de las reformas legales que el Estado debe adoptar (reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar) II. Lo anterior cobra mayor importancia si se atiende al texto del artículo 13 de la Constitución federal mexicana, precepto que estimó convencional la Corte IDH y, por ello, las interpretaciones a las normas legales secundarias deben ser conformes con el texto constitucional y la Convención Americana:*

*En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.*

## VI. El Expediente Varios 912/2010 y la atracción del Fuero de Guerra

Lo resuelto en el expediente varios 912/2010 equivale a un cambio de paradigma respecto a la interpretación de la facultad atrayente o extensiva, debido a que dicha resolución establece claramente a que se encuentra obligado el Poder Judicial de la Federación e incluso las autoridades jurisdiccionales en otras competencias en los casos en que se vulneren Derechos Humanos.

Para entenderla es necesario conocer los antecedentes del Caso Radilla Pacheco<sup>72</sup> valga señalar que se trata de hechos ocurridos hace aproximadamente 40 años que datan del 25 de agosto de 1974 cuando fue desaparecido presuntamente por elementos del Ejército Mexicano en el municipio de Atoyac de Álvarez, sus familiares tras una intensa lucha en la integración de averiguaciones previas el 15 de noviembre de 2001, con el apoyo de una Organización no gubernamental,<sup>73</sup> denunció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estos hechos en contra del Estado Mexicano.

En esta razón y toda vez que el Estado mexicano no atendió lo recomendado por la Comisión Interamericana, el 15 de marzo de 2008, el asunto se sometió a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posteriormente el 23 de noviembre de 2009 la Corte Interamericana dictó la sentencia<sup>74</sup> correspondiente.

<sup>72</sup> Fue un caficultor guerrerense, nacido en Atoyac de Álvarez en 1914. Tenía una familia compuesta por su esposa, 11 hijas y su hijo... También era músico. Dedicó algunos de los corridos que compuso a los movimientos encabezados por Lucio Cabañas y Genaro Vásquez, al parecer esta fue la "razón" por la cual Radilla Pacheco fue arbitrariamente detenido y posteriormente desaparecido. Cfr. El libro La sentencia de la Corte IDH, Caso Radilla Pacheco v.s. Estados Unidos Mexicanos, Editado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., México 2010 P. 15.

<sup>73</sup> Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos, Asociación Civil.

<sup>74</sup> En congruencia con lo referido por Sergio García Ramírez en el prólogo del libro con el mismo nombre, *la sentencia de este caso, que a suscitado distintas opiniones constituye un acto de inexcusable cumplimiento por parte del Estado mexicano y pone a la vista ciertas cuestiones relevantes dentro de la Jurisprudencia Interamericana*. Cfr. Obra citada P. 7.

Frente a tales circunstancias el 26 de mayo de 2010 el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación formulo consulta al Tribunal en Pleno y se formó el expediente varios 489/2010. Era importante que el Pleno de nuestra Corte determinara la participación que corresponde al Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco y en este sentido analizar lo que en ese entonces señalaba el artículo 33 constitucional regulatorio de la facultad correspondiente al Presidente Constitucional.<sup>75</sup>

Por otro lado debía estudiarse la salvedad que establecía respecto de la competencia contenciosa sobre hechos posteriores a la fecha de reconocimiento, es decir la supuesta salvedad para hechos del pasado, por lo que debía interpretar el alcance de las reservas y de interpretaciones, muy particularmente para objeto de nuestro estudio los puntos 4 y 5 hechos por México en la reserva a la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José que a saber son:

4. Cumplir con una sentencia de la Corte Interamericana que determine violaciones a la Convención Americana y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por hechos y actos previos al reconocimiento de su competencia, salvo los casos de violaciones continuas o permanentes tales como la desaparición forzada de personas;<sup>76</sup>

5. Reconocer la falta de competencia de los tribunales militares para conocer de los hechos constitutivos de desaparición forzada de persona cometidos por los militares en servicio, así como considerar de tribunales especiales a esos órganos jurisdiccionales (reserva al artículo IX de la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas).<sup>77</sup>

En su considerando quinto el proyecto de la sentencia varios 912/2010 propuso:

Que no se configuraba ninguna de las salvedades que condicionaron el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte de México, por lo que la sentencia que se analiza resulta obligatoria.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> Que consistía en inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, expulsar a todo extranjero del que se estimara inconveniente su estancia en el país e igualmente respecto a la prohibición de que extranjeros participen en asuntos políticos.

<sup>76</sup> Crónicas del Pleno y de las Salas. Sinopsis de asuntos destacados del Tribunal en Pleno. Sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011. Caso Radilla Pacheco. Cronista: Lic. Héctor Musalem Oliver.

<sup>77</sup> Ídem.

<sup>78</sup> Ídem.

Por otro lado también fueron considerados otros elementos de importante trascendencia como es el caso del razonamiento previsto en el considerando sexto relativo a las reservas o consideraciones interpretativas que México realizó cuando se adhirió al pacto de San José, esta reserva fue relativa a la desaparición forzada de personas, por lo que en su parte conducente dicho considerando estableció... *la reserva hecha por México al artículo IX de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas fue declarada inválida por la Corte Interamericana pues implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la investigación y eventual sanción de los responsables.*

Destaca en la sentencia varios en el considerando séptimo desde un punto de vista estrictamente técnico y competencial la distinción entre las obligaciones administrativas del Estado y las de carácter interpretativo, así en la parte conducente el considerando séptimo dispone:

...debe distinguirse entre las obligaciones concretas de índole administrativa y las que tienen que ver con la emisión de criterios interpretativos que en lo futuro deben adoptar los órganos jurisdiccionales del país.<sup>79</sup>

Respecto de las obligaciones específicas que impone la sentencia varios 912/2010 destaca en correlación del párrafo 339<sup>80</sup> de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del señor Rosendo Radilla Pacheco la obligación únicamente para los Jueces Federales de realizar un Control Convencional de oficio de las leyes respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, en el considerando noveno esta sentencia interpretativa de la dictada en el Caso Radilla Pacheco por la Corte Interamericana dictó reglas precisas en congruencia con la reforma al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se incluyen principios rectores de Derechos Humanos entre los que destacan el de conformidad y el *pro-persona*, es así que el considerando noveno establece:

<sup>79</sup> Ídem.

<sup>80</sup> En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Considerando Noveno. Que consecuentemente, como el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, a partir de ahora, el fuero militar establecido en el artículo 57 del Código de Justicia Militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles.<sup>81</sup>

Finalmente en el considerando decimo alusivo a las obligaciones administrativas impuestas, el Poder Judicial se pronunció por diversas medidas de reparación, por ello propuso establecer programas o cursos relativos permanentes enfatizados en los límites de la jurisdicción militar, las garantías judiciales y de protección judicial y los estándares internacionales aplicables a la administración de justicia y en paralelo propuso la creación de un programa de formación sobre el debido juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, en donde se destacan el estudio de elementos técnicos y científicos sobre el fenómeno de desaparición forzada y la utilización de la prueba circunstancial.

La parte fundamental de la sentencia varios 912/2010 se centra en lo que se determinó en la sesión del 5 de julio de 2011, donde por mayoría de ocho votos se estableció que frente a las sentencias condenatorias no se pueden realizar las excepciones y las salvedades o interpretaciones hechas por el Estado mexicano. Tal postulado legitimó el sentido y alcance restrictivo ordenado por la sentencia del Caso Radilla Pacheco.

Otro aspecto contundente de la resolución es que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos.

En postulado diverso se ordenó en la sentencia que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación cuando México no sea parte, esto es aquellos que no son dirigidos a nuestro país y que generen jurisprudencia.

En posterior sesión el 12 de julio de 2011, en relación con el considerando octavo citado *ut supra* relativo al Control de la Convencionalidad, la Suprema Corte determinó que de conformidad

---

<sup>81</sup> Ídem.

con el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco "el Poder Judicial de la Federación debe ejercer el Control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana..."<sup>82</sup>

Por lo que toca al considerando noveno que alude al Fuero de Guerra se desprende que del contenido de los párrafos 339 a 342 existen obligaciones para los jueces del Estado mexicano de ejercer el Control de Convencionalidad y por ende todos los jueces deben aplicar en casos futuros el criterio de restricción al Fuero Militar.

Es importante establecer que en la sentencia varios la Suprema Corte ordena reasumir competencia originaria para conocer de los conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la civil.

Son estos y muchos otros aspectos que por la naturaleza del análisis no desarrollan, lo que en dicha sentencia se determinó y que para tal efecto en sus puntos resolutivos dispuso:

PRIMERO. La participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la CIDH en el "Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos" se circunscribe a los términos precisados en la presente ejecutoria.<sup>83</sup>

SEGUNDO. Infórmese esta determinación al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, y al titular del Poder Ejecutivo Federal por conducto de las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, para los efectos a que haya lugar.<sup>84</sup>

## VII. Los casos de Fuero de Guerra resueltos por la Suprema Corte en septiembre de 2012 y las tesis derivadas de dichos asuntos

En este apartado se hace breve referencia a los casos de Bonfilio Rubio Villegas y Silvia Hernández Tamaríz<sup>85</sup> por haber cambiado el paradigma para juzgamiento frente a la presencia de víctimas civiles; presentan variables y condiciones distintas que permiten reflexionar al juzgador sobre el gran cambio que significará para la justicia militar mexicana, dado que

<sup>82</sup> Ídem.

<sup>83</sup> Ídem.

<sup>84</sup> Ídem.

<sup>85</sup> Amparo Indirecto 1220/2011 Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Penal. Toca 27/2012 del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, que fue remitido a Suprema Corte de Justicia de la Nación para ser tratado en Sesión Plenaria.

el número de combinaciones y supuestos es muy amplio, lo que se ejemplifica con estos dos casos en los que la Corte del Estado mexicano determinó la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II inciso a), puesto que en el caso Bonfilio se trata de un indígena que falleció producto de una acción militar, y el caso Tamariz es una mujer sargento militar procesada a causa de la participación de presuntas víctimas civiles, lo que perfila la necesidad de una alta especialización de la justicia militar para temas vinculados con servicio, disciplina y obediencia así como los demás valores que inspiran el quehacer militar.

Dado que la tendencia es que prevalezca la institución del juez natural y a pesar de que los cambios normativos aún se discuten y pueden verse gradualmente, es evidente que el modelo se está transformando conforme a estándares internacionales y los cambios logrados en el orden interno, por ejemplo las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008, sobre la presunción de inocencia y la correspondiente del 10 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos, así como las resoluciones emitidas por la Corte declarando la inconstitucionalidad de diversos preceptos adjetivos<sup>86</sup> y sustantivos<sup>87</sup> del Código de Justicia Militar y por supuesto lo establecido en la sentencia varios 912/2010.

En el Orden Interno la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó los lineamientos para conocer de asuntos del Orden Militar donde se encuentren involucradas víctimas civiles, de modo que en las resoluciones judiciales fue posible apreciar razonamientos como el siguiente: *por lo que en atención a la circular No. 4/2011-P que fue dirigida a los Magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito se refiere que en el párrafo 55 de la resolución de 14 de julio de 2012, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente "Varios" 912/2010, relacionado con el caso Radilla Pacheco se determinó lo siguiente "55. Se ordena a todos los juzgadores y tribunales del país que en caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a esta Suprema Corte para que ésta reasuma su competencia originaria o bien ejerza su facultad de atracción por tratarse de un tema de importancia y trascendencia"*

<sup>86</sup> La inconstitucionalidad del artículo 57 fracción II inciso a) en los casos de Bonfilio Rubio Villegas y Silvia Hernández Tamariz.

<sup>87</sup> La inconstitucionalidad determinada respecto del artículo 102 del Código de Justicia Militar en el que dispone: "Artículo 102.- La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. . ."

La presunción de que un delito es intencional no quedara destruida, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias. . ." Por ser contrario a lo dispuesto en su parte conducente por el artículo 20 constitucional: ". . . b. De los derechos de toda persona imputada: I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;.."

*Como se aprecia el caso Radilla Pacheco puede ser considerado como un parte aguas en las nuevas concepciones de la justicia en México, por lo que los asuntos vinculados con el Fuero de Guerra han constituido el mecanismo transformador frente a las obligaciones interamericanas contraídas por el Estado Mexicano.<sup>88</sup>*

Que la Suprema Corte de Justicia resolviera dichos casos y aplicara la sentencia varios 912/2010 aparejo que se estableciera para esos casos la inconstitucionalidad del artículo 57 fracción II inciso a) del Código de Justicia Militar y que los Tribunales Militares son incompetentes para conocer de asuntos en que se encuentren involucradas víctimas civiles con independencia del contexto.

### VIII. Síntesis de la prohibición sobre la extensión del fuero de guerra

La presente investigación plantea y fundamenta la prohibición convencional y la necesaria adecuación en el orden interno para que el Fuero de Guerra o militar no extienda su competencia para conocer de delitos que no sean típicamente militares, esto es, hipótesis conductuales para las cuales se requiere la condición específica de militar, sin dejar de observar que esto significa un tránsito gradual dadas las aristas y complejidades del tema.

El primer paso será, quizá, el juzgamiento de casos en tribunales federales frente a la participación de militares como presuntos sujetos activos en delitos donde existan víctimas civiles, sin embargo el tema de la alta especialización del Fuero de Guerra en delitos típicamente militares enfrenta un problema aún no tratado en el orden interno, ni en el internacional y tiene que ver con el juzgamiento en tribunales militares a militares por delitos federales o del fuero común en donde no existan víctimas.

De modo que con las particularidades decididas por el legislador el Fuero de Guerra deberá enfrentar en el Código de Justicia Militar reformas acordes con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, en este sentido el Poder Judicial Federal se ha pronunciado con suficiencia y tal como se recogió en este apartado fijó con claridad los criterios interpretativos que deben ser observados en materia de jurisdicción militar, esto es Fuero de Guerra, además de haber instalado como un progreso judicial invaluable los principios de interpretación conforme y de control *ex officio* de la convencionalidad.

<sup>88</sup> De conformidad con el decreto promulgado por el titular del Ejecutivo el 17 de diciembre de 1998, "Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"