

**VOTO PARTICULAR Y CONCURRENTES QUE FORMULA EL
MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, RELATIVO A
LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN EL EXPEDIENTE
VARIOS 912/2010.**

En sesión de catorce de julio de dos mil once, las señoras y señores Ministros del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvimos el expediente Varios 912/2010, determinando qué obligaciones surgieron a cargo del Poder Judicial de la Federación con motivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, así como la forma de darles cumplimiento.

Considero que el debate y las conclusiones que resultaron del mismo pueden dividirse en dos partes: (i) una referente a consideraciones generales respecto a la sentencia del *Caso Radilla Pacheco* y su obligatoriedad en términos generales; y (ii) otra relativa a las medidas específicas que resultaron de la sentencia a cargo del Poder Judicial de la Federación.

**I. VOTO PARTICULAR referente a las consideraciones
generales respecto a la sentencia del Caso Radilla
Pacheco y su obligatoriedad en términos generales.**

A pesar del pleno respeto a la opinión de la mayoría, tengo una concepción distinta en relación a una de las decisiones adoptadas en las consideraciones generales sobre la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*.

Para explicar con claridad la razón de mi disidencia, a continuación explico brevemente las principales conclusiones adoptadas por el Pleno

durante el estudio de la parte general del cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana:

- 1) Frente a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede revisar si se configura alguna de las excepciones del Estado mexicano al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de aquélla o alguna de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló al adherirse a la Convención Americana, así como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- 2) Las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos.
- 3) Los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana son orientadores para el Poder Judicial de la Federación.

Así pues, si bien comparto absolutamente las primeras dos conclusiones, **respetuosamente discrepo de la posición mayoritaria en el tema del carácter orientador de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por cuanto hace a los criterios emitidos en aquellos casos en los cuales México no ha sido parte.**

Tal y como lo sostuve en la sesión pública del Tribunal Pleno el martes 5 de julio de 2011, considero que la obligatoriedad de la sentencia de la Corte Interamericana tiene que partir de la sentencia misma, independientemente de nuestra percepción al respecto, en atención a que se trata de cosa juzgada. En este sentido, la mayoría de los Ministros resolvimos que las sentencias dictadas en los casos en

que México fue parte del litigio son obligatorias “en sus términos”; es decir, incluyendo tanto la parte condenatoria como la parte considerativa, tal y como se desprende del párrafo 19 de la ejecutoria.

Ahora bien, por lo que hace al carácter de los criterios emanados del resto de la jurisprudencia interamericana, es decir, de aquellos casos en los cuales el Estado mexicano no haya participado, la mayoría de Ministros consideró que se trata de criterios orientadores. Personalmente, **considero que la Suprema Corte debió haberse pronunciado por la obligatoriedad de dichos criterios.**

En primer lugar, es importante recordar que tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el resto de las cortes internas de los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, están en un diálogo constante con el tribunal internacional, porque ambos tienen la misma finalidad: proteger los derechos humanos.

Así, no se trata de que la Corte Interamericana sustituya a la Corte Mexicana, ni de que su jurisprudencia tenga una aplicación acrítica, sino de que se pretenda, siempre, favorecer a la persona mediante la aplicación de las normas e interpretaciones que le sean más favorables o menos restrictivas. Por lo anterior, si nosotros, como Suprema Corte nacional, tenemos un criterio que es más favorecedor a los derechos de la persona que aquél sostenido por la Corte Interamericana, tendremos que privilegiar este criterio.

Por lo anterior, considero que más que una recepción en automático, debemos hablar de una no contradicción entre los criterios de la Corte mexicana con los criterios de la Corte Interamericana, admitiendo que el sistema nacional y el interamericano se complementan.

Estimo, por tanto, que no hay una disputa, ni un conflicto entre dos órdenes jurídicos distintos, sino que estamos frente a una cooperación, colaboración o diálogo entre la Corte nacional y la Corte de índole internacional.

Es en este sentido en el que resulta evidente que la jurisprudencia interamericana es obligatoria para los jueces nacionales, al igual que resulta obligatoria la jurisprudencia interna, toda vez que ambas sientan las bases para una interpretación mínima respecto a un derecho en particular.

Así pues, no debe entenderse la obligatoriedad de los criterios interamericanos en un sentido fuerte o duro, como un candado que obligaría a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, soslayando, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación; sino como una obligatoriedad que vincula a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o bien podría ser el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas, y el que por supuesto podría ser ampliado eventualmente.

Hecha la aclaración anterior, creo que existen tres situaciones de las que también se desprende la obligatoriedad de los criterios contenidos en la jurisprudencia interamericana, independientemente de que México no hubiese sido parte en los casos que les dieran origen:

1. La idea de que sólo son vinculantes los criterios contenidos en las sentencias donde el Estado mexicano ha sido condenado resulta simplista e, incluso, ficticia. No creo que sea posible trazar claramente la distinción entre los criterios que se recogen en una sentencia donde México es parte y los criterios contenidos en sentencias donde el Estado mexicano no lo es, toda vez que

estamos dejando de lado la distinción entre “creación” y “aplicación” de jurisprudencia. Así pues, la sentencia del *Caso Radilla Pacheco* es, en su mayoría, un caso de aplicación de jurisprudencia, de tal suerte que la interpretación de los derechos relevantes fue establecida por la Corte Interamericana en otros casos donde México no fue parte.

En este sentido, una vez aceptado como lo fue, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para el Estado mexicano y, en especial, para los jueces y tribunales nacionales, resulta muy complicado sostener que sólo es vinculante aquélla que se encuentra *en las sentencias en las que México es parte*, por la sencilla razón que una línea jurisprudencial se va construyendo a lo largo del tiempo en varias sentencias que se encuentran interconectadas.

Un posible matiz o salvedad que podría hacerse al respecto es que, efectivamente, la Corte Interamericana revisa las particularidades del caso que está estudiando antes de aplicar su jurisprudencia, lo que incluye el análisis del ordenamiento jurídico del Estado sometido a juicio. Por lo anterior, es evidente que el tribunal internacional verifica la aplicabilidad de su jurisprudencia en cada caso concreto.

No obstante, también es evidente que los operadores jurídicos nacionales podrían llevar a cabo un ejercicio similar al momento de estudiar la posible aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, corroborando, primero, que el supuesto fáctico se adecue al previsto en los precedentes interamericanos; segundo, que dicho estándar sea aplicable a la luz del marco constitucional mexicano, para lo cual podrían hacerse algunas modificaciones que permitan dicha aplicación; y, finalmente, aplicar el estándar

interamericano “mexicanizado” a la jurisprudencia y haciéndola parte de nuestra realidad jurídica.

2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana, al definir el contenido de los derechos reconocidos en la Convención Americana, en realidad está interpretando y dotando de contenido las fórmulas genéricas empleadas en dicho tratado internacional, de modo **que la jurisprudencia en cita se vuelve una extensión de la Convención misma**. Lo mismo sucede en México con la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, cuya observancia se vuelve obligadora para los operadores jurídicos aún y cuando no haya derivado de un caso resuelto por el juez que ahora se ve obligado por la interpretación de los tribunales federales.

Al respecto, no debemos olvidar que, como lo he destacado en este voto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es complementaria de la emitida por el Poder Judicial de la Federación, **de modo que su obligatoriedad se da sólo en tanto que representa un estándar mínimo que puede ser ampliado en cumplimiento al mandato del artículo 1° constitucional reformado**, buscando siempre la interpretación más favorable a las personas.

3. Para concluir con este apartado, es fundamental recordar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene una doble función, pues es, por un lado, *reparadora*, al interpretar el derecho humano vulnerado a la luz de la Convención Americana y de las decisiones de la propia Corte, optimizando con ello la posibilidad de darle una adecuada y eficaz protección; y, por otro, es **preventiva, pues mediante su observancia se evitan eventuales sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, como consecuencia de un incumplimiento a**

los estándares mínimos de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

Por todo lo anterior, **estimo que este Alto Tribunal debió concluir que los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorios para México, aún y cuando el Estado mexicano no hubiese sido parte en el caso que les dio origen.**

II. VOTO CONCURRENTE relativo a las medidas específicas que resultaron de la sentencia a cargo del Poder Judicial de la Federación.

Por lo que hace a las medidas u obligaciones específicas a cargo del Poder Judicial de la Federación, yo sostuve la opinión de la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno y comparto integralmente las consideraciones que sostienen la Resolución, mismas que, esencialmente, consisten en lo siguiente:

- 1) De conformidad con el párrafo 339 de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*, todos los jueces nacionales deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de conformidad con el modelo de control difuso adoptado en la resolución adoptada por el Tribunal Pleno.
- 2) Los jueces mexicanos deberán reiterar en casos futuros el criterio de la Corte Interamericana sobre la restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia en el *Caso Radilla Pacheco* y en aplicación del artículo 1º constitucional. Asimismo, esta Suprema Corte debe reasumir su competencia originaria para resolver los conflictos competenciales que se presenten entre la jurisdicción

militar y la ordinaria. Para cumplir con esta obligación, el Poder Judicial de la Federación adecuará sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, orientándose con los criterios contenidos en la jurisprudencia de la Corte interamericana.

- 3) El Poder Judicial de la Federación, a través de sus órganos competentes y en atención a los párrafos 346 a 348 de la sentencia de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*, deberá establecer cursos para todos los jueces y magistrados y para todos aquellos funcionarios que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas en el Poder Judicial de la Federación. La materia de estos cursos será: a) Capacitación permanente respecto de los contenidos de la jurisprudencia interamericana sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial, y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia; y b) Capacitación en la formación de temas de debido juzgamiento del delito de desaparición forzada de personas para el adecuado juzgamiento de hecho constitutivos de este delito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente dicho fenómeno delictivo; así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones. El objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo con la especial naturaleza de la desaparición forzada.

- 4) De conformidad con el párrafo 332 de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*, el Poder Judicial de la Federación debe garantizar que la averiguación previa SIEDF/CGI/454/2007, abierta respecto de la desaparición de la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de

guerra; lo que implica que, una vez consignada la investigación, en su caso ante un juez federal, los hechos investigados no pueden ser remitidos al fuero militar ni debe serle reconocida competencia alguna al mencionado fuero.

Como lo he adelantado, comparto las consideraciones de la mayoría del Tribunal Pleno en cada uno de los temas antes mencionados, sin embargo, considero que son pertinentes ciertas aclaraciones en los primeros dos temas, para una mejor comprensión de lo resuelto por este Alto Tribunal.

1. Sobre el control de convencionalidad

Aún y cuando la presente Resolución se enfocó única y exclusivamente en el cumplimiento de la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*, esta Suprema Corte podría haber realizado un análisis más completo de haber considerado que ésta no es la única sentencia en la cual la Corte Interamericana le ha ordenado al Estado mexicano que sus jueces realicen un control de convencionalidad, puesto que la misma medida le fue ordenada a México en los casos *Radilla Pacheco* (párrafo 339), *Fernández Ortega y otros* (párrafo 236), *Rosendo Cantú y otra* (párrafo 219) y *Cabrera García y Montiel Flores* (párrafo 225)¹.

El texto del párrafo que se refiere al control de convencionalidad es idéntico en los tres primeros casos, aunque en el último caso se modificó su redacción en un avance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto de dicho control. La redacción del párrafo respectivo es la siguiente:

¹ Ver, *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339; *Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 236; *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 219, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 225.

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” 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, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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”.

De la precisión hecha por la Corte Interamericana sobre el “control de convencionalidad” se desprende claramente que **la obligación de ejercer ese control es para todos “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, con lo cual pretende incluirse a todos los jueces y órganos que realicen funciones materialmente jurisdiccionales.** Al respecto, la sentencia sí reitera la precisión realizada en la jurisprudencia constante interamericana, referente a que dicho control debe hacerse en el marco de sus respectivas competencias.

En este sentido, estimo que **habría sido adecuado precisar, de una vez, que el control de constitucionalidad difuso que se aprobó por el Tribunal Pleno resulta obligatorio para todos aquellos jueces y órganos que realicen funciones materialmente jurisdiccionales.**

2. Sobre la restricción del fuero militar

La resolución de esta Suprema Corte resolvió que debe considerarse incompatible con la Convención Americana la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar. Sin embargo, no hay que olvidar que esta declaración está sostenida en lo resuelto por la Corte Interamericana al analizar la aplicación de la jurisdicción militar en México para el conocimiento de casos que implicaban violaciones a derechos humanos, sin que dicho análisis se haya efectuado en forma detallada por este Alto Tribunal. Así pues, la norma que la Corte Interamericana tildó de anticonvencional fue únicamente el inciso a, de la fracción II, del artículo 57 del Código de Justicia Militar (ver las sentencias de los casos mexicanos *Radilla Pacheco*, párrafos 286 y 287; *Fernández Ortega y otros*, párrafos 178 y 179, *Rosendo Cantú y otra*, párrafos 162 y 163; y *Cabrera García y Montiel Flores*, párrafos 205 y 206)².

Al respecto, creo que es necesario realizar un estudio de la constitucionalidad y convencionalidad de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, **pero un casos ulteriores**, puesto que en el presente caso –y en los otros 3 resueltos por el tribunal internacional sobre el mismo tema–, **no se analizó todo el artículo 57 del Código**

² **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, concurran 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.

de Justicia Militar, ni si quiera toda la fracción II, sino que el análisis de convencionalidad se limitó a su inciso “a”, toda vez que fue dicho inciso el aplicado en los casos concretos y que la Corte Interamericana no hace pronunciamientos en abstracto.

Por lo anterior, creo que lo prudente era replicar el pronunciamiento de la Corte Interamericana y reservar el estudio del resto del artículo 57 del Código de Justicia Militar para aquellos casos en los cuales su aplicación plantee posibles prácticas contrarias a derechos humanos.

Para ejemplificar lo anterior, basta señalar que el Pleno no consideró, entre otros, los delitos cometidos en lugares donde se haya declarado ley marcial o aquéllos que, sin implicar violaciones a derechos humanos, se cometan frente a tropa formada o la bandera, tal y como se desprende de los incisos b y c, de la fracción II, del multicitado artículo 57 del Código del Código de Justicia Militar. Al respecto, no podemos adelantar la conclusión sobre un tema que no ha sido estudiado.

En conclusión, coincido con las consideraciones de la mayoría respecto al control de convencionalidad en el modelo de control, difuso de constitucionalidad aprobado y a la restricción del fuero militar, aunque considero que podrían haber resultado pertinentes algunas precisiones que, no obstante, pueden ser objeto de ulteriores pronunciamientos por parte de este Alto Tribunal, máxime cuando el presente asunto tiene por objeto establecer lineamientos generales o parámetros para su posterior desarrollo jurisprudencial.

**EXPEDIENTE VARIOS
912/2010**

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

JMYG/agz

