

VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA RELATIVO A LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN EL AMPARO EN REVISIÓN 14/2018

En sesión del día 23 de mayo de 2018, esta Primera Sala resolvió por unanimidad de votos confirmar la sentencia recurrida y, en términos del último apartado de la ejecutoria, reservar jurisdicción al Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. En este asunto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación volvió a pronunciarse sobre los alcances del fuero militar a propósito de un caso concreto, en el que se impugnó un auto de formal prisión por el delito de homicidio dictado por un juez del fuero castrense. Las particularidades del caso estriban en que los hechos ocurrieron en instalaciones militares y tanto la víctima como el imputado eran miembros de las fuerzas armadas.

Al respecto, esta Primera Sala determinó “en el que caso que se analiza, *no se configura el fuero militar*, porque los hechos acontecidos el veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, en los que perdió la vida el cabo de Fuerza Aérea Fusilero Paracaidista José Antonio Bote Oxe, revelan que no es dable considerar que se haya afectado de manera directa la disciplina militar, ya que el *delito de homicidio*, cuyo bien jurídico que tutela es precisamente la vida, el cual *no tiene una estricta conexión con el servicio castrense objetivamente valorado*” (párrafo 64, énfasis añadido). En esta línea, la sentencia aclara que “el delito de homicidio *per se* no es susceptible de actualizar el fuero de guerra, *no obstante que los sujetos activo y pasivo pertenezcan a la milicia*, y que los hechos hayan acontecido en instalaciones militares durante el

desarrollo de la preparación y adiestramiento castrense” (párrafo 65, énfasis añadido).

Ahora bien, aunque comparto el criterio y la decisión adoptada en el caso concreto, me aparto de algunas consideraciones de la sentencia, particularmente de aquellas en las que se retoma el **amparo en revisión 605/2014** (párrafo 32),¹ asunto fallado recientemente por el Pleno de la Suprema Corte en el que se precisaron los alcances del artículo fuero militar previsto en el artículo 13 constitucional, particularmente en el aspecto que tiene que ver con el tipo de delitos que pueden juzgarse en la jurisdicción castrense. En efecto, en dicho precedente se señaló que para la actualización de la competencia del fuero militar *no basta el indicado aspecto personal* –en el sentido de verificar que no esté involucrado un civil–, sino que es necesaria la afectación directa de la disciplina militar, lo cual exige una estricta *conexión entre el hecho y el servicio castrense objetivamente valorado*” (párrafos 63, énfasis añadido).

Como señalé en el voto particular que formulé en el citado precedente, mi principal motivo de desacuerdo con la postura mayoritaria tiene que ver con la metodología utilizada para establecer los alcances constitucionales del fuero militar. Desde mi punto de vista, era indispensable desarrollar de manera explícita el contenido del concepto “disciplina militar” previsto en el artículo 13 constitucional y utilizado por la Corte Interamericana en su doctrina sobre la restricción objetiva de la jurisdicción castrense.

En ese sentido, me parece que existen al menos dos formas de entender el concepto de “disciplina militar” con consecuencias tendencialmente incompatibles en el tema que nos ocupa: como *bien*

¹ Resuelto en sesión de 26 de febrero de 2018.

jurídico susceptible de protección por el derecho penal o como *principio constitucional* que disciplina la organización militar. Desde mi punto de vista, el Tribunal Pleno adoptó la segunda concepción de la disciplina militar, interpretación que me parece es contraria a la doctrina interamericana sobre los alcances del fuero militar, como lo sostuve en mi voto particular.

En efecto, si se asume un concepto de “disciplina militar” como principio constitucional, como lo hace el Pleno en el **amparo en revisión 605/2014**, para que un miembro del ejército en activo pueda ser juzgado por un tribunal militar —en el entendido de se cumplen los otros criterios de la restricción al fuero castrense delineada por la Corte Interamericana: no haber víctimas civiles y que los hechos no involucren violaciones a derechos humanos— bastaría con determinar si la *conducta concreta* realizada por un miembro del ejercicito afectó el correcto funcionamiento de la organización militar.

En esa oportunidad expresé dos razones para rechazar la manera en la que opera la restricción objetiva al fuero militar en la forma en la que fue desarrollada en el precedente en cuestión que reitero en esta oportunidad.

Una primera objeción estriba precisamente en que a través de esta postura puede *extenderse* la jurisdicción militar prácticamente a *cualquier delito* cometido por un militar en activo en el que no haya víctimas civiles, pues para ello bastaría que en el caso concreto se argumente plausiblemente que se vulneró alguno de los deberes jurídicos que impone al militar su permanencia en el ejército, lo que en sí mismo supondría una afectación al principio constitucional de la disciplina militar. Por lo demás, como ya señalé, esta postura está en clara tensión con la doctrina interamericana sobre los alcances de la

jurisdicción militar, especialmente con los precedentes en los que se establece su carácter *restrictivo* y *excepcional*, y particularmente con aquellos que desarrollan lo que se conoce como la *restricción objetiva* de la jurisdicción castrense.²

Una segunda objeción a este entendimiento de la disciplina militar consiste en que la cuestión sobre qué delitos deben juzgarse en los tribunales militares se hace depender *en realidad* de un ejercicio argumentativo de carácter *contingente* —depende de que lo haga un juez en un caso concreto— y no de un *criterio objetivo* que debería estar recogido en el propio Código de Justicia Militar, como parece desprenderse de la sentencia del caso **Radilla Pacheco v. México**.³ En efecto, en dicha sentencia la Corte Interamericana observó 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” (párrafo 286, énfasis añadido).

Desde mi punto de vista, el concepto de “disciplina militar” al que se alude el artículo 13 constitucional debe entenderse de manera mucho más restrictiva: como un *bien jurídico* susceptible de protección por el *legislador penal*. En este sentido, una razón muy importante para preferir esta concepción de la disciplina militar es que resulta más consistente que cualquier otra con la doctrina interamericana sobre la

² Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Fondo. Serie C No. 68. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Fondo. Serie C No. 90; Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 162; Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 209; y Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 215.

³ Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 209; y Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 215.

restricción objetiva al fuero militar, según la cual los tribunales castrenses sólo pueden juzgar delitos que por su propia naturaleza atenten contra “bienes jurídicos propios del orden militar” o que afecten “bienes jurídicos de la esfera castrense”.

Al respecto, es importante recordar que al resolver la **contradicción de tesis 293/2011**,⁴ el Pleno de esta Suprema Corte determinó que la jurisprudencia interamericana debía tener carácter vinculante para todos los órganos jurisdiccionales mexicanos, criterio recogido en la tesis de rubro “**JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA**”.⁵ De tal manera que la jurisprudencia interamericana no suministra criterios de carácter orientador que puedan simplemente ignorarse por los órganos jurisdiccionales, incluida esta Suprema Corte.

De acuerdo con la doctrina especializada en materia penal, la disciplina militar “es la justificación más determinante de que *el derecho penal militar exista*” (énfasis añadido).⁶ En este sentido, puede decirse que la disciplina militar “ha sido el objetivo perseguido con persistencia para garantizar la eficacia” de las fuerzas armadas, de ahí que “la exigencia de esa disciplina se ha convertido en *bien jurídico protegido por el derecho penal*” (énfasis añadido).⁷

En este orden de ideas, me parece importante abundar un poco más en esta concepción de la disciplina militar. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la organización militar está articulada en

⁴ Sentencia de 3 de septiembre de 2013. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁵ P./J. 21/2014 (10a.)

⁶ López Sánchez, José, *Protección penal de la disciplina militar*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 24.

⁷ *Ídem*.

distintas jerarquías que forman lo que se conoce como “cadena de mando”. Este tipo de estructura favorece el logro de la eficacia de la organización, a tal punto que puede decirse que ésta no podría ser alcanzada sin la existencia de disciplina, puesto que con ella se garantiza *respeto y obediencia* entre superiores y subordinados.

Así, en el ámbito de un sistema penal la disciplina militar hace referencia al “conjunto de obligaciones, deberes y derechos provenientes exclusivamente de la relación de jerarquía o dependencia en la que unas personas están con respecto a otras en una relación de mando y obediencia”, de tal manera que “[e]sta relación se regula por normas que surgen como consecuencia de la necesidad de adecuar las facultades del que manda y del que obedece.”⁸

Ahora bien, de acuerdo con esta interpretación, para que la disciplina militar sea susceptible de protección penal es necesario que el legislador establezca *delitos* que tutelen ese bien jurídico, puesto que el hecho de que en el artículo 13 constitucional señale que subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la “disciplina militar” no implica sin más que los tribunales militares puedan conocer de cualquier delito ordinario —federal o local— cometido por un militar en activo con el argumento de que en ese caso concreto la conducta realizada por el acusado atenta contra la disciplina militar.

De acuerdo con lo anterior, contrariamente a lo que señalado por el Pleno de esta Alto Tribunal en el **amparo en revisión 605/2014**, considero que *no son las conductas específicas* realizadas por las personas sino *los delitos* establecidos por el legislador los que tienen

⁸ *Ibidem*, p. 33.

VOTO CONCURENTE AMPARO EN REVISIÓN 14/2018

que atentar contra bienes jurídicos propios del orden militar. Así, toda vez que el presente asunto retoma la concepción de disciplina militar adoptada por el Tribunal Pleno en el precedente citado, me separo de dichas consideraciones y formulo el presente voto concurrente en los términos antes expuestos.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA