

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDIVAR LELO DE LARREA EN RELACIÓN CON EL AMPARO EN REVISIÓN 605/2014

En sesión del día 26 de febrero de 2018, la mayoría de los señores ministros de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvieron el **amparo en revisión 605/2014**, en el sentido de revocar la sentencia materia del recurso de revisión y reservar jurisdicción al Tribunal Colegiado sobre los temas de legalidad que aún no se han analizado. La sentencia en cuestión aborda un tema de constitucionalidad de la mayor importancia, como lo es el alcance de la jurisdicción militar en nuestro país.

Antes de exponer las razones que me llevaron a votar en contra del sentido y las consideraciones de la sentencia, estimo necesario hacer referencia a la argumentación que utilizó la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno para revocar la concesión de amparo que el Juez de Distrito había otorgado al quejoso, únicamente en la parte relacionada con el delito contra la salud que se le imputa al quejoso, que es donde estriba mi desacuerdo.

I. Argumentos de la mayoría

En primer lugar, es importante señalar que el Tribunal Pleno dividió el estudio de fondo en dos apartados: **(1)** los alcances del fuero militar conforme al parámetro de regularidad constitucional; y **(2)** la “naturaleza jurídica” de los delitos imputados al quejoso. Así, mientras en el primero de los apartados se establece el alcance que debe darse a las normas constitucionales que regulan el fuero militar; en el segundo se aplica esa doctrina para analizar en el caso concreto si los delitos que se le imputan al quejoso atentan contra la disciplina militar.

1. Alcances constitucionales del fuero militar

En este apartado se califica de **fundados** los agravios expuestos por el agente del Ministerio Público en contra de la sentencia del Juez Sexto de Distrito de Amparo en Materia Penal en la Ciudad de México, apoyándose en el argumento de que contiene una interpretación incorrecta de los alcances del artículo 13 constitucional. En este sentido, la sentencia retoma algunos precedentes de este Alto Tribunal para sostener que la subsistencia del fuero de guerra constituye una excepción que no se basa en consideraciones relacionadas con las personas como militares ni con su jerarquía, sino que obedece a “razones de orden público y de especial disciplina, que tienden a garantizar la paz y la seguridad nacional y que exigen una rápida y oportuna intervención de quien tiene mayor conocimiento y capacidad, por su adecuada preparación, para juzgar a las personas regidas por la ley militar” (párrafo 41).

En la misma línea, también se citan varios precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se ha reiterado que ningún delito donde el sujeto pasivo sea un civil o cuando se trate de violaciones a derechos humanos podrá ser del conocimiento del fuero militar, de tal manera que la “jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria” y que el fuero militar sólo se debe aplicar “a la protección de bienes jurídicos especiales, de carácter castrense, y que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas armadas en el ejercicio de sus funciones” (párrafo 45).

De esta manera, la sentencia señala que “el fuero militar es el competente para conocer de los delitos y faltas que, por su propia naturaleza, *atenten de manera directa contra la disciplina militar*, cometidos por militares en activo, siempre y cuando se realicen en actos del servicio y no esté involucrado un civil o se trate de violaciones de derechos humanos” (párrafo 54, énfasis añadido).

Ahora bien, de acuerdo con la posición mayoritaria no toda “conducta irregular” realizada por un miembro del ejército en activo atenta contra la disciplina castrense, pues para que una conducta sea considerada como un delito militar debe cumplir con dos requisitos: **(i)** estar tipificada como punible en una *ley formal y material*; y **(ii)** existir una *conexión directa* entre dicha conducta y la disciplina militar, entendida como principio organizativo de las fuerzas armadas. De acuerdo con la sentencia, estimar lo contrario “haría nugatorio el *carácter restrictivo o excepcional* del fuero militar, ya que bastaría con que el legislador introdujera cualquier descripción típica en el Código de Justicia Militar para creer que con esa sola incorporación formal se daría lugar a la existencia de una estricta conexión entre la conducta de que se trate y la disciplina castrense objetivamente valorada” (párrafo 59, énfasis añadido).

Así, la manera de restringir la jurisdicción militar en tiempos de paz consiste en exigir la concurrencia de dos factores: “i) uno de índole *personal*, referido a la especial condición del sujeto activo en los términos apuntados; y, ii) otro de carácter *objetivo o material*, relacionado con la lesión o puesta en peligro de la disciplina castrense como bien jurídico tutelado con motivo o durante actos del servicio — todo ello, en el entendido de que no debe estar involucrado un civil o se

trate de una violación de derechos humanos” (párrafo 60, énfasis añadido)

Una vez establecido lo anterior, la sentencia destaca la necesidad de *modificar* el criterio contenido en la tesis aislada de rubro **“TRIBUNALES DEL FUERO MILITAR. SON COMPETENTES PARA CONOCER DE LA CAUSA PENAL SEGUIDA A UN MILITAR POR EL DELITO PREVISTO Y SANCIONADO POR LOS ARTÍCULOS 194, FRACCIÓN III Y 196, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL”**,¹ a través del cual se estimó que los tribunales militares podían conocer de delitos contra la salud por el simple hecho de que en ellos no estuviera involucrado un civil (párrafo 62).

En esta línea, en opinión de la mayoría dicha modificación se justifica porque “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).

2. La “naturaleza jurídica” de los delitos imputados al quejoso

En el segundo apartado del estudio de fondo, la sentencia califica como parcialmente **fundados** los agravios planteados por el agente del Ministerio Público, al entender que si bien el recurrente tiene razón al sostener que el fuero militar no debe entenderse como un beneficio en favor de los miembros de las fuerzas armadas nacionales, lo cierto es que es incorrecto creer que la jurisdicción castrense resulta aplicable a

¹ P. XIV/2013 (10a.)

toda conducta ilícita cometida por un militar en activo por el sólo hecho de serlo.

Así, partiendo de la premisa de que la actualización del fuero militar exige la existencia de una *estricta conexión* entre el hecho a juzgar y el servicio castrense objetivamente valorado, la sentencia afirma que en principio “cuando a un militar en activo únicamente se le imputa la probable comisión de un delito contra la salud, en cualquiera de sus modalidades, sin que exista dicha conexión, del proceso deberá conocer un juez ordinario y no uno militar” (párrafo 70). No obstante, destaca que “cuando a ese militar se le imputa *haber cometido un delito contra la salud con motivo o durante actos del servicio*, contrariando la misión que le fue encomendada, como aconteció en la especie, dicha actividad ilícita sí guarda estricta conexión con el servicio castrense objetivamente valorado, debiendo conocer del asunto el fuero castrense” (párrafo 70).

En el caso concreto, al quejoso se le atribuyó que en su condición de comandante de una base de operaciones móvil del ejército que estaba encargada de combatir el tráfico de drogas, fomentó dicha actividad al sustraer dos maletas con paquetes que contenían clorhidrato de cocaína que habían sido aseguradas con motivo de un operativo y entregarlas a miembros de la delincuencia organizada. En consecuencia, la sentencia entiende que en este caso los hechos que se le atribuyen al quejoso tenían una *estricta conexión* con el servicio castrense objetivamente valorado, de tal manera que el juez competente para conocer de los mismos era uno del fuero castrense.

II. Razones del disenso

Las razones de mi disenso pueden sintetizarse en tres puntos: **(1)** me parece incorrecto el alcance que la sentencia otorga al fuero militar; **(2)** no comparto la consideración de que el delito contra la salud que se imputa al quejoso atenta contra la disciplina militar; y **(3)** finalmente, aun asumiendo que se trataba de un delito contra la disciplina militar, considero que la sentencia tenía que haber realizado un control *ex officio* del inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, ejercicio que conduciría a confirmar por otras razones la sentencia recurrida. A continuación desarrollaré cada una de estas objeciones.

1. El alcance constitucional del fuero militar

El 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 jurídico* susceptible de protección por el derecho penal o como *principio constitucional* que disciplina la organización militar.

En mi opinión, la sentencia adopta implícitamente un entendimiento de la “disciplina militar” como principio constitucional. Una muestra de ello es que retoma como precedente relevante el

amparo en revisión 448/2010,² en el cual la Primera Sala sostuvo que la disciplina militar consiste en un “principio organizativo”. En este sentido, la “disciplina militar” sería un principio rector de la organización militar que sirve, entre otras cosas, para justificar los deberes jurídicos que impone al militar su permanencia en el ejército.

Desde este punto de vista, la disciplina militar tiene un carácter *instrumental* porque encuentra su justificación únicamente en la medida en que favorece el *correcto funcionamiento* de las fuerzas armadas. En este orden de ideas, puede decirse que el férreo acatamiento de la cadena de mando en la organización militar tiene como objetivo el cumplimiento de los fines sustantivos de la organización militar, tales como la defensa interna y externa a la nación.

En esta línea, me parece que si se asume un concepto de “disciplina militar” como principio constitucional, 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 ejercito afectó el correcto funcionamiento de la organización militar.

Desde mi punto de vista, éste es el entendimiento de la disciplina militar que subyace a la postura mayoritaria al sostener que cuando a un militar “se le imputa haber cometido un delito contra la salud con motivo o durante actos del servicio, *contrariando la misión que le fue*

² Sentencia de 13 de julio de 2013. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

encomendada [...], dicha actividad ilícita sí guarda estricta conexión con el servicio castrense objetivamente valorado” (párrafo 70, énfasis añadido).

Ahora bien, aun aceptando que es posible entender a la disciplina militar como un principio constitucional de carácter instrumental que regula la organización castrense, considero que hay buenas razones para rechazar esta concepción de la disciplina militar.

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 mostraré más adelante, esta postura estaría 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.³

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 de un ejercicio argumentativo de

³ 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.

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***.⁴ 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, como se verá enseguida, 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 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**,⁵ 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**

⁴ 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.

⁵ Sentencia de 3 de septiembre de 2013. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA".⁶ De tal manera que la jurisprudencia interamericana no suministra criterios de carácter orientadores 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).⁷ 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).⁸

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 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

⁶ P./J. 21/2014 (10a.)

⁷ López Sánchez, José, *Protección penal de la disciplina militar*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 24.

⁸ *Ídem*.

normas que surgen como consecuencia de la necesidad de adecuar las facultades del que manda y del que obedece.”⁹

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. En este sentido, contrariamente a lo que señala la sentencia, *no son las conductas específicas* realizadas por las personas sino *los delitos* establecidos por el legislador los que tienen que atentar contra bienes jurídicos propios del orden militar.

2. Análisis del delito contra la salud a la luz del concepto de disciplina militar

De acuerdo con lo expuesto, la metodología aplicable al caso concreto debió consistir en analizar si *el delito* contra la salud en su modalidad de “colaborar de cualquier manera al fomento para posibilitar el tráfico de narcóticos”¹⁰ que se imputaba al quejoso —no los “hechos”

⁹ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰ **Código Penal Federal:**

Artículo 194. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I. Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud;

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico.

Por suministro se entiende la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos.

que se le atribuían, como señala la sentencia— atenta contra el bien jurídico de la disciplina militar, estudio que tendría que realizarse al margen de lo que *formalmente* establezca la ley penal. No hay que perder de vista que la técnica legislativa en materia penal normalmente consiste en agrupar por capítulos o títulos los delitos que atentan contra un determinado bien jurídico, de tal manera que incluso cuando en una ley penal se señale que un delito afecta un determinado bien jurídico que no sea la disciplina militar, es necesario realizar dicho ejercicio interpretativo porque es posible que en un caso concreto se trate un delito *pluriofensivo* que atente contra más de un bien jurídico.

En ese sentido, en el caso concreto me parece que *el hecho* de que el militar haya aprovechado los recursos materiales y humanos que le han sido asignados para fomentar o favorecer el narcotráfico en lugar de combatirlo *no implica* bajo ningún punto de vista que *el delito* contra la salud que se le imputa en sí mismo considerado afecte el bien jurídico de la “disciplina militar” (el conjunto de obligaciones, deberes y derechos provenientes exclusivamente de la relación de jerarquía de un inferior con respecto a un superior en una relación de mando y obediencia).

El comercio y suministro de narcóticos podrán ser investigados, perseguidos y, en su caso sancionados por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.

[...]

III. Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo; y

[...]

Artículo 196. Las penas que en su caso resulten aplicables por los delitos previstos en el artículo 194.

serán aumentadas en una mitad, cuando:

I. Se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de los delitos contra la salud o por un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo. En este caso, se impondrá, a dichos servidores públicos además, suspensión para desempeñar cargo o comisión en el servicio público, hasta por cinco años, o destitución, e inhabilitación hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. Si se trata de un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en cualquiera de las situaciones mencionadas se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca, y se le inhabilitará hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, para desempeñar cargo o comisión públicos en su caso;

[...]

En mi opinión, considerar que un delito contra la salud puede ser juzgado en la jurisdicción militar supondría adicionalmente una clara vulneración de la doctrina interamericana sobre la *restricción objetiva* a la disciplina militar. Para sustentar esta afirmación, es necesario recordar el contenido de dicha doctrina.

Las primeras sentencias donde la Corte Interamericana empezó a restringir el alcance el fuero militar tuvieron lugar a propósito de varios casos peruanos. En ***Loayza-Tamayo v. Perú***,¹¹ la Corte Interamericana se pronunció sobre las garantías contenidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sosteniendo que al aplicar los decretos leyes N° 25.659 y N° 25.475 que establecían respectivamente el delito de traición a la patria y terrorismo “la jurisdicción militar del Perú violó el artículo 8.1 de la Convención, en lo que concierne a la exigencia de juez competente”, así como también que “los tribunales castrenses actuando *ultra vires* usurparon jurisdicción e invadieron facultades de los organismos ordinarios.” (párrafo 61).

En ***Castillo Petruzzi y otros v. Perú***,¹² la Corte Interamericana estableció por primera vez el concepto de “jurisdicción funcional”, afirmando que “la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el *orden* y la *disciplina* dentro de las fuerzas armadas” y que su aplicación está reservada a “los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias” (párrafo 128). Por lo demás, en dicho asunto se fijó una postura sobre el juzgamiento de civiles en jurisdicción militar,

¹¹ Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Fondo. Serie C No. 33.

¹² Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 52.

al señalar que “[c]uando la jurisdicción militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia” (párrafo 128).

Posteriormente, en ***Durand y Ugarte v. Perú***,¹³ la Corte Interamericana desarrolló el alcance *restrictivo y excepcional* de la jurisdicción militar bajo las obligaciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En dicha resolución sostuvo que en un Estado democrático de derecho “la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de *intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares*”, en el entendido de que debe de estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de “civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentan contra *bienes jurídicos propios de orden militar*” (párrafo 117, énfasis añadido). Esta doctrina fue reiterada sin ninguna variación en los demás casos donde la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la jurisdicción militar.¹⁴

¹³ Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Fondo. Serie C No. 68. Los hechos del caso consisten en la detención de dos civiles por su supuesta responsabilidad en el delito de terrorismo, cuyo paradero se desconoce después del develamiento de un motín realizado en el centro penitenciario en el que se encontraban. La causa penal seguida en los tribunales militares fue sobreseída y no se determinaron responsables por las muertes ocasionadas en el penal. Los cuerpos de Nolberto Durand y Gabriel Ugarte nunca fueron hallados.

¹⁴ 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.

De acuerdo con lo anterior, puede decirse que la idea de la jurisdicción militar como una jurisdicción funcional llevó a la Corte Interamericana a restringir la competencia de los tribunales militares con apoyo en dos criterios independientes: **(1)** un *criterio subjetivo* relacionado con las características de las personas que pueden juzgarse en esta jurisdicción: el sujeto activo del delito sólo puede ser un militar en activo y el sujeto pasivo nunca puede ser un civil; y **(2)** un *criterio objetivo* sobre al tipo de delito que pueden investigarse y juzgarse en esta jurisdicción: conductas que violen deberes militares o delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

Así, aunque en todos los casos deben respetarse *ambos criterios*, en la práctica en muchos casos la Corte Interamericana examina primero el tema de la restricción subjetiva y, si no se supera ese estándar, generalmente no analiza si en el caso concreto se cumple con el criterio objetivo.

En casos ulteriores la Corte Interamericana desarrolló más la restricción objetiva de la jurisdicción militar, precisando que no pueden juzgarse en la jurisdicción militar aquellas conductas que involucran *violaciones a los derecho humanos*. Dichos pronunciamientos pueden interpretarse en el sentido de que los delitos que se cometen a través de violaciones a derechos humanos no afectan bienes jurídicos castrenses. Por lo demás, esta doctrina fue reiterada en múltiples casos,

entre los que pueden destacarse ***Las Palmeras v. Colombia***,¹⁵ ***19 Comerciantes v. Colombia***¹⁶, y ***Almonacid-Arellano v. Chile***.¹⁷

Sobre el tema de la restricción objetiva del fuero militar, la Corte Interamericana señaló en ***Palamara Iribarne vs. Chile***¹⁸ que “las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de *bienes jurídicos militares* gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción” (párrafo 126, énfasis añadido).

En esta línea, en algunos asuntos la Corte Interamericana ha rechazado expresamente que ciertos delitos del orden común afecten bienes jurídicos militares. En ***Fernández Ortega y otros v. México*** y ***Rosendo Cantú y otra v. México***,¹⁹ casos en los que la razón principal para considerar que no se actualizaba la jurisdicción militar fue la existencia de víctimas civiles, señaló en *obiter dicta* que “[l]a violación sexual de una persona por parte de personal militar no *guarda, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense*”, aclarando que en ambos casos “el acto cometido por personal militar contra [...] [la víctima] *afectó bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno*” (párrafos 177 y 161, respectivamente).

¹⁵ Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Fondo. Serie C No. 90.

¹⁶ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 109.

¹⁷ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 154.

¹⁸ Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

¹⁹ Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 215; y Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 216.

Por todo lo anterior, considero que si el delito contra la salud previsto y sancionado en el artículo 194, fracción I y II del Código Penal Federal, en sí mismo *no afecta* la “disciplina militar”, tampoco se actualizaba la competencia de la jurisdicción militar para resolver la situación jurídica del quejoso al momento en que se le dictó el auto de formal prisión en sede castrense.

3. La inconvencionalidad del inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar

Aun cuando la mayoría de los miembros del Tribunal Pleno no compartan el entendimiento de la “disciplina militar” *como bien jurídico tutelado* en los términos que he expuesto anteriormente, considero que este Alto Tribunal debió modificar la sentencia del Juez de Distrito y mantener la concesión del amparo por *razones distintas*, en atención a que el inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar —que es la norma que autoriza la extensión de la jurisdicción militar sobre delitos del fuero ordinario cuando sean cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo— ha sido declarado inconvencional por la Corte Interamericana.

Al respecto, hay que tener en cuenta que en el auto de formal prisión el Juez Primero Militar por Ministerio de Ley adscrito a la Primera Región Militar aplicó el artículo 57 del Código de Justicia Militar para justificar su competencia para resolver la situación jurídica del imputado y sostuvo que los tribunales militares se encuentran “dotados de plena jurisdicción para conocer de casos que transgredan la disciplina

castrense, y de aquellos del ámbito local o federal cometidos por militares en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas”.

También es importante aclarar que los hechos imputados al quejoso ocurrieron el 18 de marzo de 2013 y el auto de formal prisión —acto reclamado para efectos del juicio de amparo— se dictó el 1 de abril de 2013, lo que implica que el texto del artículo 57 del Código de Justicia Militar que utilizó el juez para justificar su competencia para poder conocer de los hechos puestos a su consideración fue el anterior a la reforma de 13 de junio de 2014, que ya fue declarado inconvencional en por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ***Radilla Pacheco v. México***.²⁰

En esta sentencia, la Corte Interamericana aplicó su doctrina sobre las restricciones al fuero militar. En el tema que aquí interesa, se condenó al Estado mexicano centralmente porque violó el derecho al juez natural, al haber juzgado en jurisdicción militar un delito que tenía víctimas civiles. Hay que recordar que Rosendo Radilla Pacheco —una persona involucrada en diversas actividades de la vida política y social de su pueblo, Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero— fue detenido por miembros del Ejército de México el 25 de agosto de 1974 mientras se encontraba con su hijo en un autobús. Posteriormente a su detención, fue visto en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente, sin que se haya vuelto a saber de su paradero. Al estar involucrados militares en activo, las autoridades mexicanas decidieron que la jurisdicción competente para juzgar los hechos debía ser la jurisdicción militar.

La Corte Interamericana reiteró su doctrina según la cual “la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su

²⁰ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 209

caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos” (párrafo 273) y explicó por qué no debe conocer la jurisdicción militar de este tipo de asuntos, al señalar que “cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal” (párrafo 275).

En el apartado de las reparaciones, si bien consideró que “no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución” (párrafo 341), señaló con toda claridad que “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” (párrafo 338).

Adicionalmente, la Corte Interamericana también abordó el tema de la *restricción objetiva* a la jurisdicción militar y realizó un *análisis de convencionalidad* de la porción normativa del Código de Justicia Militar que en la que se sustentó la competencia del tribunal militar. Respecto del primer punto, señaló que “si los actos delictivos cometidos por una persona que ostente la calidad de militar en activo no afectan los *bienes jurídicos de la esfera castrense*, dicha persona debe ser juzgada por tribunales ordinarios” (párrafo 274).

En relación con el inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, la Corte Interamericana reconoció

expresamente que “si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca claramente *la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes jurídicos propios del orden militar*” (párrafo 284, énfasis añadido).

En este sentido, sostuvo que el inciso a) de la fracción II del artículo 57 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*”, de tal manera que “[l]a 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*”, aclarando que “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” (párrafo 286, énfasis añadido).

De esta manera, la Corte Interamericana concluyó que “es posible considerar que la disposición en estudio *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” (párrafo 287, énfasis añadido), de ahí que deba estimarse 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*” (párrafo 289).

Un año más tarde, en los casos ***Fernández Ortega y otros v. México***²¹ y ***Rosendo Cantú y otra v. México***,²² la Corte Interamericana reiteró la doctrina establecida sobre el carácter restrictivo y excepcional que debe prevalecer en la jurisdicción militar, al tiempo que también reiteró su doctrina sobre la inconvencionalidad del inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar sentada en ***Radilla Pacheco v. México***.

Posteriormente, en la sentencia de supervisión de cumplimiento de los casos ***Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra v. México***,²³ se pronunció sobre la medida de reparación ordenada en las sentencias de los casos mencionados, consistente en adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares convencionales e internacionales en materia de garantía del Juez natural en relación con la jurisdicción penal militar, pronunciamiento que en mi opinión es perfectamente aplicable a la redacción anterior de la porción normativa.

Para realizar su análisis, la Corte Interamericana reiteró los estándares o parámetros sobre las limitaciones que debe observar la jurisdicción militar: **(1)** no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de todas las violaciones de derechos humanos; **(2)** sólo se puede juzgar a militares en servicio activo, y **(3)** sólo puede juzgar la comisión de delitos o faltas que

²¹ Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 215.

²² Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 216.

²³ Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra Vs. México. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

atenten, por su propia naturaleza, contra bienes jurídicos propios del orden militar.

A efecto de clarificar el criterio de la Corte Interamericana en relación a la revisión de cumplimiento de las sentencias, es necesario transcribir el inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar vigente al momento en que se emitieron las sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano, en los casos ***Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra***:

Artículo 57. 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;

[...]

Al respecto, es importante señalar que la citada porción normativa del Código de Justicia Militar fue modificado el 13 de junio de 2014 con la finalidad de dar cumplimiento a las sentencias en las que se había condenado al Estado mexicano, en los siguientes términos:

Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar:

[...]

II. Los del orden común o federal, **siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito,** en los siguientes supuestos:

a). Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;

[...]

En ese orden de ideas, al evaluar el cumplimiento de las sentencias emitidas en los casos antes mencionados, la Corte

Interamericana sostuvo que la reforma al artículo transcrito “*se adecúa parcialmente a ese estándar en lo relativo a que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar hechos de alegadas violaciones de derechos humanos cuando son cometidas por militares en perjuicio de civiles*”, toda vez que “el inciso II excluye la competencia del fuero militar respecto de aquellos delitos en que ‘tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito’” (párrafo 17, énfasis añadido).

Con todo, enfáticamente señaló que el inciso a) de la fracción II del artículo 57 “continúa contemplando una redacción que no se adecúa a los referidos estándares porque permite que dicho fuero mantenga competencia para [i] la investigación y juzgamiento de violaciones de derechos humanos cuando el imputado es un militar y la víctima también es militar, [ii] así como *respecto de delitos en que el imputado sea militar y no sea un civil el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico protegido*”, en el entendido de que “[a]mbos supuestos impiden la determinación de la ‘*estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado*’” (párrafo 20, énfasis añadido). En este sentido, la Corte Interamericana reiteró que “la jurisdicción penal militar debe estar encaminada a la protección de *intereses jurídicos especiales*, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares y que todas las vulneraciones de derechos humanos deben ser conocidas en la jurisdicción ordinaria, lo cual incluye las cometidas por militares contra militares” (párrafo 20, énfasis añadido).

Así, la sentencia concluye que la actual legislación *continúa sin adaptarse* parcialmente a los siguientes estándares jurisprudenciales: **(i)** la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, aun cuando el sujeto activo y pasivo sean militares; y **(ii)** en el fuero militar sólo se puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares en activo) que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar (párrafo 22).

En ese sentido, si se tiene en cuenta que en el caso concreto no se señaló a la ley como acto reclamado en la demanda de amparo, me parece en atención a las consideraciones anteriores esta Suprema Corte tendría que hacer un control *ex officio* sobre la citada porción normativa, en la parte que señala que *atentan contra la disciplina militar* los delitos del orden común o federal cuando “fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”.

* * *

Por todo lo anterior, no comparto las consideraciones ni el sentido de la sentencia, toda vez que me parece incorrecto el alcance que la sentencia otorga al fuero militar; no comparto la consideración de que el delito contra la salud que se imputa al quejoso atenta contra la disciplina militar; y finalmente, aun asumiendo que se trataba de un delito contra la disciplina militar, considero que la sentencia tenía que haber realizado un control *ex officio* del inciso a) de la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, ejercicio que conduciría a confirmar por otras razones la sentencia recurrida.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA