

**VOTO CONCORDANTE DO JUIZ AD HOC ALEJANDRO CARLOS ESPINOSA
EM RELAÇÃO À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
NO CASO FERNÁNDEZ ORTEGA E OUTROS VS. MÉXICO, DE 30 DE AGOSTO DE 2010**

1. O presente voto concordante vale para o caso citado *ut supra*, bem como para o Caso *Rosendo Cantú e outra Vs. México*, em consideração às seguintes razões:

- a) Trata-se de militares em serviço, isto é, agentes do Estado mexicano, que sob uma condição especial incorreram em violações graves dos ordenamentos internos e internacionais, que deveriam observar em atenção à sua qualidade de garantes da ordem interna do Estado mexicano e em respeito dos direitos de seus compatriotas;
- b) O sujeito passivo do crime de estupro neste caso é uma mulher, pobre e indígena, exposta a uma alta vulnerabilidade, além de não falar o idioma espanhol;
- c) Aplica-se, assim mesmo, o Código de Justiça Militar para investigar crimes cometidos por militares e onde se encontram envolvidas vítimas civis, em atenção ao disposto no artigo 57, II, a) do referido ordenamento jurídico. O mesmo cuja modificação foi ordenada na sentença do Caso *Radilla Pacheco Vs. México*;
- d) As circunstâncias desfavoráveis para as vítimas frente aos elementos de georreferenciamento, acesso à justiça e à saúde, bem como de alta vulnerabilidade, são similares;
- e) A demora no procedimento criminal de investigação prévia foi extrema e não deu resultados oportunos por parte das diversas instâncias de busca de justiça, e
- f) As vítimas percorreram tortuosos caminhos para alcançar o acesso à justiça.

2. No presente voto concordante expresso minha coincidência com a lógica de motivação e argumentação e, deste modo, com o conteúdo da Sentença, frente ao estudo do caso que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a se pronunciar em *Fernández Ortega e outros Vs. México*, bem como com os critérios e quantias que a título de reparação do dano se encontram detalhados na Sentença, por considerar razoável sua natureza e proporcionalidade. Acrescento, neste escrito, e em abono às determinações incluídas na Sentença, minha fundamentação *ad cautelam* derivada de particularidades que considero que o Estado mexicano deveria observar.

3. Como estabelece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a subsidiariedade da jurisdição interamericana dos direitos humanos, em relação à jurisdição interna, é fundamental, por ser coadjuvante e também complementar da que oferece o direito interno dos estados americanos. Por isso, considero que a adequada interpretação do artigo 13 da Constituição dos Estados Unidos Mexicanos deve levar a harmonizar não apenas o artigo 57, II, a) do Código de Justiça Militar, mas também as hipóteses previstas nos incisos b), c), d), e e), do instrumento normativo indicado.

4. Apesar das deficiências estruturais e normativas que apresenta o Código de Justiça Militar, que data de 1933, deve-se observar que existiu vontade do Estado mexicano de investigar institucionalmente o caso, mas também é evidente que não foi além de realizar diligências de rotina, sabendo que dessa maneira não seriam esclarecidos os fatos, nem atribuídas responsabilidades aos agentes do Estado envolvidos, sem considerar, ademais, a máxima na busca de justiça: “conforme o tempo passa, a verdade se afasta”.

5. O Estado mexicano deve buscar que não aconteça mais a situação de insegurança jurídica que representa para um cidadão (governado) o fato de que se investiguem crimes com a aplicação de um ou outro foro constitucional, isto é, que se instruem procedimentos de investigação sem critérios jurídicos definidos derivados da relação factual. Em vista de que, se forem atribuídas condutas delitivas a militares, resulta pouco congruente que se assumam investigações no foro comum, deixando em estado de vulnerabilidade as vítimas diante da falta de recursos legais para orientar suas defesas e garantir seu acesso à justiça.

6. Deve-se destacar que, embora tenha sido devidamente demonstrada a negligência e falta de resultados na busca de justiça por parte do Estado mexicano, nos diversos foros constitucionais de caráter de competência em matéria criminal que se envolveram na investigação dos fatos, ainda como coadjuvantes, não se trata de uma violação sistêmica como instrumento de atemorização dolosa por parte do Estado mexicano contra as populações indígenas da região, particularmente das mulheres.

7. A demanda, como marco litigioso do processo, não exclui a possibilidade de apresentação de provas supervenientes, prévias ao momento de proferir a sentença, o que há de distinguir precisamente dos fatos que não são objeto de lide, apesar de que apresentem algum tipo de relação com o caso, de modo que a demanda ou escrito inicial fixa a lide.

8. A atenção que o Estado mexicano venha a dar à Sentença deve enfatizar, não apenas a obrigação do Estado de oferecer atendimento psicológico de primeiro nível à vítima, isto é, por especialistas em temas desta natureza às vítimas diretas e indiretas, mas também deverá supervisionar que efetivamente sejam realizados tratamentos até que elas recebam alta médica.

9. Derivado de um estudo retrospectivo e prospectivo, o Estado mexicano deverá reelaborar e fortalecer as políticas públicas relacionadas a suas Forças Armadas, para minimizar a interação dos militares com a população civil e, deste modo, garantir a diminuição não apenas de atos inconvenientes, mas também de violações aos direitos fundamentais de maior prejuízo à população civil, nas tarefas que realizam as forças da disciplina e que foram enfatizadas por temas de segurança pública no México. Desse modo, se for o caso, deve-se treinar os militares para que realizem provisoriamente tarefas de segurança pública ou vinculadas com a mesma e com a investigação e persecução dos crimes nos que participam.

10. O presente caso paradigmático deve ser oportunamente aproveitado pelo Estado mexicano não apenas para conseguir reivindicar seu compromisso com a sociedade civil, mas também para dar um oportuno cumprimento ao conteúdo da Sentença tanto deste caso, como do Caso Rosendo Cantú e outra. Está na hora de iniciar-se a revisão e transformação de um modelo de justiça militar atrasado, não apenas na técnica legislativa, mas na formação de suas instituições de justiça e sua normatividade, tanto substantiva como adjetiva e, assim, apresentar-se um novo modelo que, sem tirar importância do serviço, da obediência e da disciplina, permita a transformação do sistema de justiça militar mexicano.

11. *Ad cautelam*, deve-se considerar a importância e o significado que para o Estado mexicano representa, preventivamente, levar a seus tribunais militares o Poder Judiciário da Federação, porque embora seja verdade que, no presente caso, trata-se de irregularidades no procedimento criminal de investigação prévia, é factível que casos posteriores enfrentem, adicionalmente, a carga de outro elemento discordante com os padrões

internacionais, que, nessa hipótese, seria a concorrência de dois poderes do Estado em um e a ruptura do princípio da unidade processual.

Alejandro Carlos Espinosa
Juiz Ad Hoc

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário