VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ *AD HOC* ALEJANDRO CARLOS ESPINOSA EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL *CASO ROSENDO CANTÚ Y OTRA VS. MÉXICO*, DE 31 DE AGOSTO DE 2010

1. El presente voto concurrente vale para el caso citado *ut supra* así como para el caso *Fernández Ortega y otros 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 articulo 57 fracción II inciso a) del referido ordenamiento legal; mismo que fue ordenado modificarse en el caso *Radilla Pacheco Vs. México*;

d) Las circunstancias desfavorables para las víctimas frente a los elementos de georeferenciación, acceso a la justicia y a la salud así como de alta vulnerabilidad son similares;

e) La dilación en el procedimiento penal de averiguación previa fue extrema y no arrojó oportunos resultados, por las diversas instancias de procuración de justicia, y

f) Las víctimas recorrieron tortuosos caminos para lograr acceso a la justicia.

2. En el presente voto concurrente expreso mi coincidencia con la lógica de motivación y argumentación y, por ende, con el contenido de la Sentencia, frente al estudio del caso que llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a pronunciarse en *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, así como con los criterios y cantidades que por concepto de reparación del daño se encuentran detallados en la Sentencia por estimar razonable su naturaleza y proporcionalidad. Agrego en este dictado y en abono a las determinaciones contenidas en la Sentencia mi razonamiento *ad cautelam* derivado de particularidades que estimo debiera observar el Estado mexicano.

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 articulo 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 que se involucraron en la investigación de los hechos, aun como coadyuvantes, también debe indicarse que no se trata de una violación sistémica como instrumento de atemorización dolosa por parte del Estado mexicano respecto de las poblaciones indígenas de la región, particularmente de las mujeres.

7. La demanda como marco litigioso del proceso no excluye la posibilidad para la presentación de pruebas supervinientes previas al dictado de la sentencia, lo que hay que distinguir muy puntualmente de los hechos que no son objeto de *litis,* no obstante presenten algún tipo de relación con el caso, de modo que la demanda o escrito inicial fija la *litis*.

8. La atención que el Estado mexicano preste a la Sentencia debe enfatizar no sólo en la obligación del Estado de brindar atención psicológica de primer nivel a la víctima, esto es, por expertos en temas de esta naturaleza a las víctimas directas e indirectas, sino también deberá supervisar que efectivamente se realicen dichos tratamientos hasta que ellas sean dadas médicamente de alta.

9. Derivado de un estudio retrospectivo y prospectivo, el Estado mexicano deberá rediseñar y fortalecer las políticas públicas que implican a sus Fuerzas Armadas para minimizar la interacción de los militares con la población civil, y de este modo garantizar la disminución no sólo de actos de molestia, sino también de violaciones a los derechos fundamentales de mayor agravio a la población civil, en las tareas que despliegan las fuerzas de la disciplina y que se han enfatizado por temas de seguridad pública en México; por lo que en su caso debe adoctrinarse a los militares que realicen provisionalmente tareas de seguridad pública o vinculadas con la misma y con la investigación y persecución de los delitos en los que participan.

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 Fernández Ortega y otros; 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.

Alejandro Carlos Espinosa
Juez *Ad Hoc*

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario