

GENOCIDIO

- a) Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los “Halcones”

Manuel BECERRA RAMÍREZ*

I. INTRODUCCIÓN

La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el caso de los halcones, en el sentido de que el delito de genocidio no puede aplicarse retroactivamente ya que nuestro país ratificó solo recientemente... la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad es bastante anodina ya que en el marco de lo que quiere ser una transición de un régimen de más de setenta años de monopartidismo a un régimen de carácter democrático no ayuda a nadie. No ayuda al Poder Ejecutivo, quien llega al gobierno con un “bono democrático” que le da presencia a nivel internacional, ni ayuda al Poder Judicial que lucha por sacudirse el estigma de ser un poder esencialmente proclive al dictado del Ejecutivo durante el sistema uni-partidista y además, el movimiento político mexicano lo ha colocado en el centro de decisión de problemas fundamentales.

En efecto, la SCJN tiene una gran demanda por ser un órgano moderno que conozca en su totalidad la normatividad. Generalmente se habla de la globalización cuando se trata de los asuntos económicos, comerciales, pero frecuentemente se olvida de la universalización de los derechos humanos que no empezó ayer. La Corte olvida que el derecho internacional tiene diferentes fuentes, no solo los tratados, sino también la costum-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

bre internacional. En materia de genocidio, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ha declarado que “los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional”.¹ Es decir, aun cuando no exista un tratado internacional.

En este trabajo, se hacen comentarios a la decisión de la Corte en el “Caso de los Halcones”, desde la perspectiva, fundamentalmente, del derecho internacional, que creemos que fue algo que les faltó a los ministros de nuestro más alto tribunal.

II. ANTECEDENTES

El 10 de junio de 1971 fue convocada la realización de una manifestación estudiantil a partir de las instalaciones del Instituto Politécnico Nacional. Cuando la manifestación alcanzaba el suburbio estudiantil de San Cosme fue agredida por un cuerpo paramilitar denominado “halcones”, en una acción al parecer concertada con diferentes corporaciones policiales y militares mexicanas (la policía preventiva, el servicio secreto, la Policía Judicial federal, la policía militar, el Estado mayor Presidencial y el cuerpo de élite de Guardias Presidenciales) se reprimió fuertemente a los manifestantes. La acción represiva obedecía a un plan preconcebido en donde se utilizó una infraestructura del gobierno tales como transportación y uso de armas reservadas al ejército. La represión derivó en una matanza de decenas de estudiantes y heridos (el número exacto se desconoce). Aduciendo que se trataba de un choque o enfrentamiento entre grupos estudiantiles (como si eso fuera excluyente de responsabilidad) el caso de la represión de los halcones (o la matanza del 10 de junio, como lo conoce la opinión pública) no fue investigado, ni se castigó a los culpables, quedando impune la acción represiva.

Sólo hasta el mes de junio de 2002 el Comité 68 Pro-Libertades Democráticas A. C. interpuso una denuncia ante la Fiscalía Especializada para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSPP) quien después de haber agotado la averiguación, el Ministerio Público de la Federación (MPF) ejerció acción penal en contra de Luis Echeverría

1 Opinión Consultiva de la CIJ del 28 de mayo de 1951.

Álvarez y Mario Augusto José Moya y Palencia, presidente de la República y secretario de Gobernación respectivamente en la época de los hechos y de importantes jefes de la policía y de diversos miembros del grupo represor de “Los Halcones”, atribuyéndoles presunta responsabilidad por el delito de genocidio previsto y sancionado por el artículo 149 bis del Código Penal Federal. En esta etapa del procedimiento, el asunto de los halcones se substanció ante el Juzgado Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal.² La sentencia sobre el asunto no se hizo esperar mucho tiempo, el 24 de junio de 2004 el juzgador federal determinó sobreseer la causa penal, argumentando que la acción penal se había extinguido por prescripción.

En contra de esa resolución jurisdiccional el Ministerio Público de la Federación interpuso el recurso de apelación ante el Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito,³ sin embargo, a solicitud del procurador general de la República la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia decidió ejercitar la facultad de atracción que tiene legalmente conferida, por lo que el asunto fue turnado a dicha Primera Sala⁴.

El 23 de febrero de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió parte del recurso de apelación (ya que se analizó sólo un agravio de la recurrente). Después de discutirse el proyecto de resolución elaborado por el ministro Juan Silva Meza, quien con una elaborada e interesante argumentación en donde sobresale la perspectiva del derecho internacional proponía, en su parte medular, que “el delito de genocidio es imprescriptible cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido”. Finalmente, en esa primera sesión por una mayoría de cuatro votos contra uno se rechazó el proyecto del ministro Silva Meza. Con eso, desde nuestra perspectiva, se dejó escapar una oportunidad histórica con la cual se iba a reconocer la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro país, lo cual tendría consecuencias inusitadas, pero que al final de cuentas tenderían a fortalecer la administración de justicia en nuestro país. Los puntos debatidos en el seno de la Primera Sala los analizamos, con mayor detenimiento, más adelante.

2 Causa penal número 114/2004.

3 El toca penal que le correspondió fue el número 415/2004.

4 Bajo el expediente recurso de apelación 1/2004-P5.

Para resolver sobre los demás agravios, la Primera Sala sesionó el 15 de junio de 2005, para conocer y discutir la ponencia del ministro José Ramón Cossío y finalmente se resolvió lo siguiente:

a) no ha prescrito la acción penal respecto del delito de genocidio exclusivamente en relación a los inculpados Luis Echeverría Alvarez y Mario Augusto José Moya y Palencia.

b) se declara extinguida la acción penal respecto del delito de genocidio a favor de los demás coacusados.

c) devuélvase los autos al quinto tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito para los efectos señalados en el considerando octavo, esto es para que se analice si se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el artículo 16 Constitucional respecto al cuerpo del delito y probable responsabilidad”.

Esta resolución trató de atenuar la postura de la rotunda prescripción del delito de genocidio, postulando su prescripción parcial. En cumplimiento de tal resolución el asunto se turnó al Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito,⁵ quien emitió sentencia definitiva⁶ en los siguientes términos:

1. El grupo de estudiantes atacado por “Los Halcones” no tiene la calidad de sujeto pasivo del delito de genocidio, es decir, no constituía un grupo nacional protegido por la figura delictiva de referencia.

2. El delito que realmente aparece probado en autos es el de homicidio simple.

3. Sin embargo, la acción penal correspondiente al delito de homicidio simple se encuentra prescrita y por tanto se decreta el sobreseimiento de la causa penal.

4. En razón de lo anterior se ordena archivar el expediente penal como asunto total y definitivamente concluido.

III. LOS PUNTOS A DEBATE

En la ponencia del ministro Juan Silva Meza y su participación en la sesión del 23 de febrero de 2005 se establecen los siguientes puntos a discusión:

5 Cuya titular era la magistrada Herlinda Velasco.

6 En el aludido toca de apelación 415/2004.

La sujeción del Estado al derecho, es decir, la existencia de un Estado de derecho que antes no existía (“actualmente el Estado esta sujeto al derecho, esa idea no imaginable en algun tiempo, parece que corresponde con la realidad jurídica del momento”).⁷

Al mismo tiempo, el Estado está sometido al derecho también especialmente al derecho internacional de los derechos humanos.⁸

La costumbre internacional también contiene obligaciones en materia de derechos humanos: “En casos verdaderamente excepcionales, se ha reconocido que la costumbre internacional, puede dar lugar a la existencia de obligaciones dirigidas a los individuos, tendentes a proteger intereses relacionados con los derechos humanos”.⁹

Se toma en consideración que de conformidad con el artículo 1o., inciso B, de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (CSICGLH o Convención sobre Imprescriptibilidad), son imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, según definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.¹⁰

Si bien México interpuso una declaración interpretativa, por su naturaleza, ésta no es obligatoria y menos cuando va en contra de la finalidad de la Convención sobre Imprescriptibilidad; de conformidad con los artículo 11 y 18 de Viena 69 el Estado mexicano tiene la obligación de abstenerse de realizar cualquier acto que frustre el objeto o fin de la Convención sobre Imprescriptibilidad.¹¹

El principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional,

...independientemente de la naturaleza que le pueda corresponder a la figura jurídica de la prescripción, no es aplicable a la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en la forma en que tradicionalmente se hacía respecto de las leyes de origen nacional. Si bien en diversos instrumentos internacionales también se contempla el principio de irretroactividad de la ley, es también en un diverso instrumento

7 De Silva Meza, Juan, Versión estenográfica, del 23 de febrero del 2005, p. 26.

8 *Ibidem*, p. 27.

9 *Ibidem*, p. 28.

10 *Ibidem*, p. 29.

11 *Ibidem*, pp. 29 y 30.

internacional, como el de esta Convención, en donde ese principio por voluntad soberana de los Estados parte encuentra su inaplicabilidad.¹²

El delito de genocidio es imprescriptible cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido.¹³

Estas son las tesis expresadas por el ministro Silva que fueron objeto de discusión en la sesión de febrero de 2005 y que prácticamente marcaron el rumbo del asunto de los halcones. A continuación nos proponemos analizarlas desde una perspectiva de derecho internacional.

IV. UN ESTADO DE DERECHO ANTES INEXISTENTE. SIGNIFICADO DEL MOVIMIENTO ESTUDIANTIL

Un punto que se puso en la mesa de las discusiones por el ministro Silva y que no llamó la atención de los demás, por lo menos en la sesión de febrero de 2005, fue el de la conformación de un Estado de derecho que antes no existía. Tanto el caso de 1968 como el del 10 de junio, son de excepcional importancia porque significan una lucha ciudadana (se diría ahora de la sociedad civil) por crear un Estado de derecho y la represión del Estado mexicano que tenía una fachada meramente democrática, como lo mostró su respuesta violenta, como lo veremos a continuación.

El 10 de junio de 1971 se organizó una manifestación estudiantil (era la primera manifestación que salía a la calle después movimiento estudiantil de 1968). La importancia del movimiento estudiantil de 1968 y su secuela, indudable, la masacre de 1971 realizada por los “halcones”, golpeadores y asesinos a sueldo del gobierno, estriba en que tal movimiento tenía como demanda fundamental “que se pusiera en vigor el Estado de derecho en el que se suponía que vivíamos”.¹⁴

La respuesta sangrienta del gobierno mexicano, tanto el de Díaz Ordaz como el de Luis Echeverría, evidencia un sistema autoritario que, en violación de la Constitución, negaba las garantías individuales que ésta ga-

¹² *Ibidem*, p. 31.

¹³ *Ibidem*, p. 32.

¹⁴ Estrada, Gerardo, 1968, *Estado y Universidad. Orígenes de la transición política en México*, México, Plaza y Janes, 2004, p. 191.

rantiza. Entonces, el sistema político mexicano estaba caracterizado por una presidencia autoritaria con apariencia de legalidad (el concepto de dictadura perfecta del escritor Vargas Llosa es adecuado), apoyado en un partido dominante y poderes sujetos, en lo esencial, al Ejecutivo. De ahí que la llegada al poder de un presidente no priísta se vea como una transición, concepto que generalmente se utiliza para denominar el paso de un sistema no democrático a otro que sí lo es.

Este punto es importante porque los casos que fueron llevados a la Corte se refieren precisamente a la actuación de un gobierno autoritario en un sistema en que la administración de justicia estaba negada o supe- ditada a los designios del Ejecutivo. Desgraciadamente este fenómeno no es nuevo, se ha presentado en varios Estados, de tal manera que ya la Corte Interamericana se ha pronunciado al respecto, como podemos ver en la Opinión Consultiva 9/87 que textualmente dice:

...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto en la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorias. *Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad* o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”(lo señalado en cursvas es nuestro).

Esto, evidentemente, le da visos especiales al caso, tiene que ver con el sistema político que ahora se encamina a la democracia y la instauración de un pleno Estado de derecho y por la otra a resarcir los daños causados por un ejercicio abusivo, autoritario del poder.

En materia de derechos humanos, esto ya esta explorado, hay una obligación de perseguir a los violadores de derechos humanos de un régi-

men anterior,¹⁵ lo cual es comprensible si tomamos en cuenta que es un régimen político, donde si no existen pesos y contrapesos en la función gubernamental, no es posible la defensa en caso de crímenes cometidos por la autoridad y entonces, la impunidad se convierte en una regla. Por lo tanto, la llegada al poder de un gobierno democrático trae por consecuencia un deber político, moral y legal de juzgar los crímenes cometidos por el gobierno precedente. Por eso, la decisión del gobierno del presidente V. Fox que llega al poder con un “bono democrático” es acertada, aunque no suficiente en virtud de que corresponde a los poderes legislativo y judicial hacer la parte que le corresponde.

Ahora bien, surge la cuestión: ¿el Poder Judicial debe de tomar en consideración estas circunstancias políticas excepcionales o simplemente se debe de limitar a aplicar la normatividad tal cual es? Indudablemente este tipo de asuntos son de excepcional importancia por lo que anteriormente dijimos y por tratarse de un caso de grave violación de los derechos humanos en el cual tiene especial importancia el derecho internacional de los derechos humanos, y además la creación de un Estado de derecho que es una piedra angular de su sistema democrático. Como lo señalaba el jurista argentino Bidart Campos: “un sistema de derechos en un Estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes: la interna y la internacional”.

V. LA SUJECCIÓN DEL ESTADO AL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Otro punto importante a tratar, para darle una interpretación adecuada al problema que se plantea es que la red bastante sólida y amplia del derecho internacional de los derechos humanos al que se le adiciona el derecho humanitario internacional y normas de derecho penal internacional, fundamentalmente a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, ha constituido una especie de orden público internacional compuesto de normas de una jerarquía superior por contener obligaciones *erga omnes* por obligar a todos los Estados y algunos de carácter imperativo, de *jus cogen*. La CIJ, por ejemplo, en el asunto *Barcelona Traction* expresó: “la prohi-

15 Steiner Henry, J. y Alston, Philip, *International Human Rights in Context. Law Politics Morals*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 1090.

bición de los actos de agresión, del genocidio y los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana son normas de *ius cogens* en la medida que representan obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto”.¹⁶ Es decir, hay una jerarquía normativa a nivel internacional, en donde los derechos humanos tienen un significado especial.

El ministro Silva, en esa tesitura, hace ver en su argumentación que en el caso concreto:

El Estado se encuentra especialmente vinculado por las normas imperativas del derecho internacional, respecto de principios vitales para la existencia de la sociedad, la prohibición de genocidio no se hace depender de la existencia de un tratado internacional, suscrito por el Estado, porque forma parte de los principios vitales para la existencia de la sociedad internacional. La responsabilidad penal por genocidio y crímenes contra la humanidad, presenta una dimensión colectiva, en tanto que la conducta del que ha cometido la falta, se estima dirigida a la humanidad como víctima. Todas las normas y medidas tendientes a castigar o evitar en el futuro, actos como el genocidio, encuentran una especial posición y un orden preferente en el ordenamiento jurídico, de manera tal, que su eficacia no puede hacerse depender de normas e interpretaciones restrictivas del derecho nacional, en razón a aquellas que tienden a proteger la existencia de la sociedad internacional, y en consecuencia, la dignidad del hombre, frente a sistemas institucionales o fácticos, de abuso, de concentración de poder.¹⁷

Este punto no fue discutido por los demás ministros con profundidad, a pesar de su importancia y trascendencia porque es una postura que se adecua a las exigencias de los derechos modernos contemporáneos que va de acuerdo con el derecho internacional. No es que esta postura pudiera atentarse contra los derechos individuales, al contrario los fortalece ante la fuerza del Estado.¹⁸ Además esta postura lo que hace es constatar la evolución de los derechos humanos a nivel internacional.

16 CIJ 5/2/70, “CIJ Reports, p. 4 y siguientes”.

17 Silva Meza, Juan, *Versión estenográfica, cit.*, nota 7, p. 28.

18 Al ministro Cossío le preocupa que una interpretación con base en esta premisa pudiera ser “contraria a la concepción del individuo como un fin en sí mismo y no como una entidad sacrificable por el bien del mayor número, tengo que enfatizar que esa línea de justificación ha sido fundamento de muchas atrocidades de las que conocemos, creo

Es más, el carácter superior o especial de este orden público mundial se desprende de su característica que no son normas que se enmarquen en un intercambio recíproco entre los Estados, sino, su “objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes”, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁹ Esta idea también está consolidada en la corriente que es perceptible en el constitucionalismo moderno, en donde los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional tienen una jerarquía superior en el orden jurídico interno (véase las nuevas Constituciones de Rusia, Argentina, Colombia, por ejemplo).²⁰ Además, hay que tomar en cuenta el principio de *pro homine* que postula la aplicación flexible de las normas de derechos humanos a favor de los individuos²¹ y viene a fortalecer la corriente que los derechos humanos tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo son parte fundamental del orden público internacional o como afirman estudiosos en el tema: “el principio *pro homine*, que alienta como criterio rector la más amplia protección al ser humano”.²²

Pero, independientemente de que se cree un orden público internacional, o una especie de segundo piso jurídico, la trascendencia es que se “obliga a los juristas a interpretar las decisiones judiciales con funda-

que entre ellas, empezamos constituyendo a la sociedad como un ente, luego no veo por qué el proletario no lo pueda hacer, luego la raza, luego el pueblo y en fin, cada uno de ustedes saque sus propios ejemplos a lo que me quiero referir”. Silva Meza, Juan, *Versión estenográfica*, cit., nota 7, p. 45.

19 OC 2 /82 de la CIDH.

20 Goodman Ryan, “Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent”, *American Journal of International Law, ASIL*, Washington, vol. 96, núm. 3, julio de 2002, pp. 531-566.

21 Esta idea la desarrollamos en otro trabajo, véase Becerra Ramírez, Manuel, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de los derechos humanos”, *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos humanos, San José, Costa Rica, 1998, vol. 1, pp. 439 y 440.

22 García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 25.

mentos internacionales”.²³ Esa consecuencia práctica de gran trascendencia que muchas veces se olvida por nuestros juzgadores, sobre todo de los juristas tradicionales que están absortos en el derecho interno. De esa manera, el juzgador interno tiene obligación de actualizar el derecho internacional con sus fallos.

VI. EL CARÁCTER CONSUECUDINARIO DEL DELITO DE GENOCIDIO

El derecho consuetudinario era un aspecto que si bien fue tocado en la ponencia del ministro Silva (“En casos verdaderamente excepcionales, se ha reconocido que la costumbre internacional, puede dar lugar a la existencia de obligaciones dirigidas a los individuos, tendentes a proteger intereses relacionados con los derechos humanos”), se hizo con bastante timidez (ya que se menciona que en caso “verdaderamente excepcionales”, cuando debería ser una práctica normal) y fue obviado en la discusión por los demás ministros, cuando es un punto de gran importancia.

Para analizar la aplicación del derecho consuetudinario, primero hay que tomar en consideración que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención sobre Genocidio) fue adoptada el 9 de diciembre del año de 1948 y entró en vigor el 12 de enero de 1951. México a su vez ratificó la Convención el 22 de julio de 1952, se publicó en el *DOF* el 11 de octubre de 1952 y entró en vigor, para México, el 22 de octubre de 1952. Es decir, más de una década antes de que se suscitaran los penosos incidentes del 68 y 71; en otras palabras para el 68 ya existía punible, de acuerdo con el derecho mexicano, el delito de genocidio, no solamente desde su perspectiva convencional sino también consuetudinaria, como lo veremos a continuación.

Ahora bien, hay que tomar en cuenta que para 1948 la Convención sobre Genocidio recogió el derecho consuetudinario formado con anticipación. En efecto, desde su gestación, en 1946, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante una Resolución²⁴ declaró que “El genocidio es un crimen bajo el derecho internacional que el mundo civi-

23 Travieso, Juan Antonio, *Garantías fundamentales de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 35.

24 G.A. Res. 96 de 1946.

lizado condena y el cual trae por consecuencia responsabilidad criminal para los individuos o para los oficiales que lo cometan”.²⁵

En materia de genocidio la CIJ con relación a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ha declarado que “los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional”.²⁶ Es decir, aun cuando no exista un tratado internacional.

La doctrina de derecho internacional reconoce que hay una relación estrecha entre costumbre internacional y el derecho convencional, ya que se retroalimentan y aún más, pueden coexistir en rieles paralelos, y el Estado tiene la obligación de cumplir con la normatividad que se deriva de ambas fuentes reconocidas por el derecho internacional y las cortes o tribunales locales de diferentes Estados han aplicado normalmente la costumbre internacional.²⁷ Sin embargo, la SCJN hizo hincapié en la aplicación de los tratados internacionales, pero nunca se puso a discutir el carácter consuetudinario que tiene el crimen de genocidio y en consecuencia su imprescriptibilidad, como vemos en otro apartado.

Es decir, no era necesario ni siquiera recurrir a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Convención sobre Imprescriptibilidad)²⁸ ya que esta Convención, como se verá adelante, lo que hace es tomar una norma del derecho consuetudinario como es la de imprescriptibilidad del delito de genocidio y codificarla.

25 Lippman, Matthew, “Genocide: the Crime of the Century. The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millennium”, *Houston Journal of International Law*, Texas, vol. 23, 3, pp. 437-535.

26 Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951

27 Daghlish, Kristen, “The Crime of Genocide: Nulyarimma vs. Thomson”, *International & Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 50, part 2, BIICL abril de 2001, pp. 404-411.

28 Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue adoptada el 26 de noviembre de 1968, entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, México, por su parte la firmó el 3 de julio de 1969 y la ratificó hasta el 15 de marzo del 2002.

VII. LAS RESERVAS Y LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS DE LOS TRATADOS

Un punto de gran discusión en la sesión de febrero fue el relativo a la declaración interpretativa presentada por México a la Convención de Imprescriptibilidad y que textualmente dice: “Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución General de la República, el gobierno de nuestro país entenderá que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor, en México”.

El caso de las reservas en los tratados internacionales es un tema del que se ha ocupado con cierta frecuencia la doctrina jus internacionalista.²⁹ El punto de partida es su concepción en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (Viena 69) que en parte, y es el caso de la definición de reservas, lo toma del derecho consuetudinario: “Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.³⁰

Varios elementos de esta definición tiene un significado especial; para los efectos de este trabajo nos interesa resaltar dos de ellos. El primero tiene que ver con la declaración unilateral, “cualquiera que sea su enunciado o denominación”. Esta frase no estaba contenida en el proyecto original elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y fue adicionada en la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados en el año de 1968. Este cambio, en realidad es una incorporación de ideas expuestas en las discusiones dentro de la CDI. El objeto fue diferenciarlos de una práctica común de los Estados de incluir “declaraciones” a los tratados que dependiendo de su contenido pueden constituir reservas, en el estricto sentido.³¹ Es decir, el texto actual de Viena 69 remite al análi-

29 Véase, por ejemplo, Riquelme Cortado, Rosa, *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Murcia, España, Universidad de Murcia, 2004.

30 Artículo 2o. de Viena 69.

31 En efecto, desde el año de 1962, en el seno de la Convención se planteó: “States, when signing, ratifying, acceding to, accepting or approving a treaty, not infrequently make declarations... as to their interpretation of a particular provision. Such a declaration

sis cualitativo de la expresión, del Estado, esto es común en esta Convención; otro ejemplo lo tenemos en el concepto de tratado internacional, los tribunales internacionales ya han aplicado la definición de Viena 69 en dos casos sobresalientes. La Corte de Arbitraje en el caso *United Kingdom vs. France, Continental Shelf*, declaró que una reserva era tal cuando se había expresado con otro nombre.³²

El otro caso es Belitos³³ en el que se decidió que la expresión de Suiza, de una declaración interpretativa era en realidad una reserva. Con esto es claro que si bien es importante la definición que da el Estado de su expresión, no es definitiva; al juzgador le toca analizar si el título corresponde con la sustancia.

El segundo elemento de la definición es que el objeto de la reserva es “excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Este elemento circunscribe claramente el objeto de la reserva y por supuesto sirve para clarificar la esencia de la expresión del Estado. Además, un concepto básico de la reserva es que excluye, o modifica los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, pero no debe imponer nuevas obligaciones contractuales a las otras partes,³⁴ por lo que evidentemente hay una diferencia entre lo que es una reserva y una reforma al tratado.

Otra cuestión importante es la diferencia entre reserva y declaración interpretativa. La declaración interpretativa juega un papel importante en el proceso de interpretación y le ayuda a las partes a crear un clima de mutua comprensión en relación con la extensión de sus compromisos derivados del tratado así como el grado de involucramiento.³⁵ En cambio, mediante una declaración interpretativa no se modifican los efectos de

may be a mere clarification of a State's position or it may amount to a reservation, according as it does or does not vary or exclude the application of the terms of the treaty as adopted”. Commentary to article 1(l) (f) of Draft articles on the law of treaties, report of International Law Commission to the General Assembly Covering the work of its 15th Session, 17 U.N. GAON supp. (No. 9) at 6, UN Doc. A/5209 (1962).

32 Delimitation of the Continental Shelf (United Kingdom vs. France) 54 ILR 6, 18 ILM 397 (Ad Hoc Court of Arbitration, June 30, 1977).

33 132 Eur. (THR(ser.A) 10 eur. Human Rights Rep. 466 1988.

34 Edwards, Richard W, “Reservations to treaties”, *Michigan Journal of International Law*, Michigan, vol. 19, núm. 3, primavera de 1989, p. 379.

35 *Ibidem*, p. 380.

las obligaciones impuestas por un tratado; además, normalmente no obligan a las otras partes. La expresión más acabada y clara de lo que son estas declaraciones interpretativas la tenemos en la tercera conferencia sobre derecho del mar que prohíbe las reservas (artículo 309) pero permite, en su artículo 310, las “Declaraciones y manifestaciones”, como se ve a continuación:

El artículo 309 no impedirá que un Estado, al firmar o ratificar esta convención o adherirse a ella, haga declaraciones o manifestaciones, cualquiera que sea su enunciado o denominación, a fin de, entre otras cosas, armonizar su derecho interno con las disposiciones de la convención siempre que tales declaraciones o manifestaciones no tengan por objeto excluir a modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la convención en su aplicación a ese Estado.

Aquí podemos ver claramente la diferencia entre reserva y la declaración interpretativa. Ésta no va mas allá de “armonizar su derecho interno con las disposiciones de la convención...” quien la hace, en ningún caso podrá “excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la convención en su aplicación a ese Estado”, lo que si es posible con la reserva. De aquí que la diferencia con la reserva sea clara.

Además, la reserva tiene limitaciones por su trascendencia en cuanto a tiempo,³⁶ formalidades, además deben pasar el examen del “objeto y propósito” que fue retomado por la Corte Internacional de Justicia en su famosa Opinión Consultiva Sobre las Reservas de la Convención sobre Genocidio dictada en el año de 1951 y a la que ya hemos hecho mención con anticipación.

En conclusión, nos parece que lo que interpuso México no fue una reserva, sino una mera declaración interpretativa con los efectos que esto conlleva. Sin embargo, no era el asunto principal al que se debieron de abocar los ministros, es un pseudo problema, pues la discusión está en la aplicación de la Convención sobre Genocidio de 1948 que de acuerdo con nuestro sistema constitucional es parte del derecho interno, y eso lo soslayaron los ministros.

36 Artículo 64 de Viena 69.

VIII. LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

El problema que se plantea no es nuevo, es y ha sido motivo de debate en la doctrina y en la práctica internacional. El tema refleja una tensión entre la tradición jurídica penal y el concepto de derechos humanos y sus categorías bastante novedosas. Ese debate se puede manifestar, por ejemplo, en Europa, en donde el artículo 7-2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre señala exclusiones al beneficio de la no retroactividad de la ley penal:

1. Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

2. Este artículo no se opondrá al juicio ni a la condena de un persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas”

Como se ve, en su primer inciso, este artículo reconoce la aplicación estricta del derecho penal, pero en su segundo hay una excepción a dicho principio al reconocer también que los tipos del delito pueden estar dados por el derecho internacional.

Es decir, el principio de no retroactividad lo contienen varios tratados e inclusive lo contiene Viena 69 (como lo menciona, acertadamente el ministro Cossío en su intervención en la sesión de febrero), en su artículo 28, que establece: “Las disposiciones de un tratado, no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

Sin embargo, hay que colocar en su justa dimensión tal principio y para comenzar hay que ver, como lo menciona tal artículo (“salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”) la no retroactividad no es concepto absoluto, a tal grado que las partes pueden convenir en contrario. Así lo reconoce la doctrina internacional

cuando se refiere a las reservas,³⁷ indudablemente no es un principio imperativo internacional y es entendible pues trata de ser un dique en manos del Poder Judicial contra el Legislativo en la creación de leyes o contra el Ejecutivo en la aplicación y en beneficio de los gobernados, pero no precisamente un principio que afecte los derechos de ellos. Además, el principio de prescripción tiene limitaciones, como lo veremos a continuación.

En su Decisión núm. 88-250 del 29 de diciembre de 1988, el Consejo Constitucional Francés en relación a esa cuestión, en lo que parece un corolario del principio de no retroactividad, ha afirmado que: "le principe qui interdit de faire renaître en matière répressive une prescription legalment acquise".³⁸ Esta postura del Consejo Constitucional ha sido criticada en forma vehemente por Paul Coste-Floret que invoca la decisión de la Corte de casación francesa del 26 de enero de 1984 en el caso de Klaus Barbie, en el que reconoce definitivamente que la prescripción de la acción pública no puede beneficiar a una persona que es perseguida por crímenes contra la humanidad, independientemente de la fecha en que es cometido el delito. Esta postura de la Corte va muy de acuerdo con la decisión de la Cámara de acusación de Lyon del 28 de octubre de 1983.³⁹

Para situar en su medida correcta el problema que planteamos, debemos de tomar en consideración e insistir que actualmente, en los albores del siglo XXI, se ha producido una jerarquización de la normatividad internacional, en donde las normas de ciertos delitos, como genocidio, de *lesa humanidad* y de guerra, ocupan un lugar muy alto en la jerarquía jurídica, lo cual es comprensible pues de otra manera la balanza entre el individuo frente a la autoridad o quien comete esos delitos esta totalmente en desequilibrio. El derecho lo que trata es proveer de normas protectoras y mecanismos que pueda accionar el individuo frente al poder públi-

37 "Malgré l'importance donnée au principe de la non-rétroactivité il faut rappeler qu'après tout la non-rétroactivité n'est pas une norme impérative de droit international; tout dépend de la volonté des parties" en Do Nascimento e Silva, Geraldo Eulalio, "Le Facteur Temps et les traites", *Academie de Droit International, Recueils des Cours*, 1977-I, Sijthoff&Noordhoff, Holanda, 1978, t. 154, p. 275.

38 Laquieze, Alain, "Le debat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité", *Droits. Revue Francaise de Théorie de Philosophie et de Culture Juridique*, París, núm. 31, 2000, p. 33.

39 *Ibidem*, p. 34.

co, que si no tiene controles, lo puede tener todo para reprimir a un individuo.

Dicho de otra manera, en un sistema totalitario sería absurdo exigir, pedirle, a un individuo que acuda a las instancias legales correspondientes para defenderse, si por eso es totalitario un sistema, por ausencia total de controles. En ese sentido es ilógico tratar a un gobierno autoritario por actos cometidos en contra de sus ciudadanos con los mismos derechos que un régimen constitucional y respetuoso de los derechos humanos. En esa línea de pensamiento esta la expresión del juez Nicholls en el caso Pinochet, cuando la defensa alegaba la inmunidad diplomática del dictador, con base en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas fue totalmente certera y de una gran profundidad:

El derecho internacional reconoce que las funciones de un jefe de Estado pueden incluir actividades que son incorrectas, incluso ilegales, según las leyes estatales; pero el derecho internacional ha dejado bien claro que ciertos tipos de conducta, como el secuestro o la tortura, no son aceptables aunque su autor sea un jefe de Estado; pretender lo contrario sería una burla del derecho internacional.⁴⁰

Es lógico que la función de una autoridad nunca ha sido matar a su población, reprimirla, va en contra de cualquier sentido de Estado de derecho y de democracia; en consecuencia al responsable de tal felonía no se le puede otorgar un tratamiento normal por realizar tal tipo de actividad. Esta misma idea ha sido expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera: "...no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana".⁴¹

Esto nos lleva a otro punto interesante de análisis: ¿el principio de no aplicación retroactiva es absoluto?

40 Véase Remiro Brotons, Antonio, *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad, política exterior*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999.p. 145.

41 CIDH, Caso Velázquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, parágrafo 154.

Ha que notar que la expresión contenida en nuestra Constitución, en su artículo 14: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, de entrada muestra que no es absoluto, ya que sí puede ser aplicada una ley en forma retroactiva si es en beneficio de alguna persona, según reza una interpretación a *contrario sensu*. Ahora bien, siguiendo ese orden de razonamiento, en el caso de crímenes de *lesa humanidad*, de genocidio y de crímenes de guerra, en donde hay dos partes en la relación: el presunto culpable de los crímenes considerados por el derecho internacional de gran gravedad, como los mencionados, y por la otra parte la víctima o los deudos de la víctima. Si tomamos en cuenta lo dicho con relación a Pinochet, evidentemente que la balanza se debe de inclinar a favor de las víctimas o sus deudos. Dicho de otra manera, sería irracional e injusto prohibir la aplicación retroactiva en beneficio de un inculpado de crímenes de lesa humanidad descubriendo de protección a la víctima o sus deudos.

Esta argumentación también fue expresada por el ministro Silva:

El principio de irretroactividad de la ley, protege, en el ámbito penal, a la persona que se le atribuye la comisión de un delito, pero ello no significa que las personas que dañan en grado superlativo a la sociedad, mancillando sus valores más preciados puedan, a través de dicho principio, quedar al margen de la acción de la justicia.⁴²

Además en el caso concreto, se habla de normas procedimentales, no sustantivas, es decir, se cuestiona si subsiste, con el paso del tiempo, el delito de genocidio o de *lesa humanidad*, no se juzga sobre si tal o cual inculpado sea realmente culpable de algún delito. La diferencia es fundamental, ya que en el caso de que sea aplicado el principio de no retroactividad a una norma de procedibilidad como es el caso de no prescripción de crímenes graves, se estará protegiendo a un inculpado que gozó (aparte de inmunidad) de los poderes del Estado frente a particulares, o ciudadanos desprovistos de todo poder estatal. En cambio, si se aplica el principio de retroactividad a favor de las víctimas se mantienen los derechos que tiene todo acusado frente a la autoridad judicial (de defensa, de audiencia, etcétera). Es decir, con una negativa a juzgar, declarando que está prescrito el o los delitos, se pierde la oportunidad histórica de cono-

42 Silva Meza, Juan de, *Versión estenográfica*, cit., nota 7, p. 31.

cer la verdad judicial sobre actos que conmocionaron a la sociedad mexicana y son parte de la historia contemporánea nacional.

En el fondo de lo que estamos hablando es que con una decisión de ese tipo se está manteniendo la impunidad. Cuando vemos que el derecho internacional de los derechos humanos se ha desarrollado creando una jerarquía a su favor, con una red de derechos sustantivos (tratados y costumbre) y de carácter adjetivo (como son la jurisdicción universal, la Corte Penal Internacional) buscando, como uno de los elementos más sobresalientes, evitar la impunidad frecuente en este campo.

Por supuesto, negar la judiciabilidad de ciertas conductas de agentes del Estado, incluyendo al titular del Poder Ejecutivo, significa que graves delitos cometidos contra la población queden impunes, además de que la impunidad en tiempos de transición no es recomendable.

Además hay otro elemento en el debate que no se debe de soslayar y es el carácter consuetudinario del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de *lesa humanidad*, al que nos referimos a continuación.

IX. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD ES UNA NORMA DE DERECHO CONSUECUDINARIO

Una premisa fundamental y elemental para entender el caso que se comenta es recordar que el derecho internacional tiene diferentes fuentes, no sólo los tratados, sino también la costumbre internacional, la cual también obliga a México. En efecto, en consonancia con el artículo 38-I del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), las fuentes del derecho internacional, es decir, la forma en que se manifiesta esta normatividad, son los tratados, la costumbre, los principios generales del derecho y después se habla de fuentes auxiliares. Es reconocido por la doctrina de los publicistas, el hecho de que estas manifestaciones jurídicas tienen un valor igual, es decir, los tratados internacionales y la costumbre tienen un valor idéntico, y en caso de contradicción o de duda sobre que norma aplicar (si una norma consuetudinaria o convencional) se aplican los principios generales del derecho, que son reglas jurídicas que ayudan a crear un sistema cerrado, hermético en donde no exista el *non liquet*, es decir, donde no se llegue la circunstancia de que no se puede decidir un caso concreto porque no existe una norma jurídica aplicable.

Ahora bien, la normatividad derivada de la costumbre internacional requiere para su formación, como se expresa en el citado artículo 38-I, de dos elementos: el objetivo, que es la práctica reiterada de los Estados y el elemento subjetivo que es la *opinio juris*, es decir, la opinión de que tal o cual práctica reiterada de los sujetos del derecho internacional es jurídicamente obligatoria.

Ahora bien, desde hace más de medio siglo cuando se empezaron a configurar los crímenes de *lesa humanidad*, en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, en donde se propone la definición de crímenes contra la humanidad ya se refiere también al carácter imprescriptible de los mismos. Esta postura fue tomada por las legislaciones de diferentes Estados, como es el caso de Francia, que en el año de 1964 en el seno de su Poder Legislativo discutió y adoptó por unanimidad, en sus dos cámaras, la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, en su artículo único: “Les crimes contre l’humanité, tels qu’ils sont définis par la résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l’humanité, telle qu’elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature”.⁴³

Esta postura que considera que los crímenes contra la humanidad son “imprescriptibles por su naturaleza” se empieza a configurar desde el siglo XIX con el Código de Instrucción Criminal del año de 1808 que no reconocía la prescripción de los crímenes graves como aquellos que habían sido penalizados por la pena de muerte, es decir, se habla de una jerarquía jurídica en la cual hay ciertos crímenes que son más graves que otros.

Esa misma tendencia de considerar imprescriptibles los crímenes graves se nota en otros países como Austria, en donde su Código Penal de 1852 excluye la prescripción para los crímenes que merecen la pena de muerte o la detención de por vida. Asimismo, la idea de que hay crímenes graves que no prescriben es defendida por autores como Beccaria y Bentham.⁴⁴ Por su parte Beccaria en su obra *De los delitos y las penas* publicada en Italia en el año de 1764 distingue dos categorías de delitos, la primera los crímenes atroces y la segunda de los crímenes de menos gravedad y

43 Laquiéze, Alain, *op. cit.*, nota 38, p. 23.

44 *Ibidem*, pp. 25 y 26.

plantea que los primeros deben de tener un plazo más largo para que proceda la prescripción.

Es posible afirmar que se ha constituido una *opinio juris* sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, simplemente constatando los documentos jurídicos internacionales tales como la Carta del Tribunal Internacional del 8 de agosto de 1945, las Resoluciones de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946 y las numerosas leyes adoptados por los Estados europeos sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad.

En ese sentido, también es digno de mencionar aquí la Declaración adoptada por la XXXVII Conferencia interparlamentaria convocada en Roma en septiembre de 1948 (es decir, en la víspera de adoptarse la Convención sobre Genocidio) cuyo artículo 10 establece:

...la colectividad de los Estados debe adoptar lo más pronto posible un Código Penal Internacional e instituir un Tribunal Penal Internacional para el castigo de...los crímenes contra la humanidad y en particular del crimen de genocidio. La cooperación mutua de los Estados en materia de persecución y castigo de ...las personas culpables del crimen de genocidio o de otros crímenes contra la humanidad debe efectuarse *sin las limitaciones y delaciones de la prescripción que serían contrarias al espíritu arriba enunciado* (las cursivas son añadidas por nosotros).⁴⁵

Además, es justo mencionar la Convención Europea del 25 de enero de 1974 sobre la imprescriptibilidad de los mismos crímenes; además del conocido documento de la Convención de Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes Contra la Humanidad. Al mismo tiempo, es posible citar decisiones judiciales en el sentido de considerar imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad, tal como en el caso Barbie, ante la Corte de *Cassation* en el año de 1984 cuando se reconoció sin dificultad que tales crímenes son imprescriptibles. Todo esto, nos hace afirmar que la imprescriptibilidad de tales delitos es parte de una costumbre internacional.

En esa línea de pensamiento hay que aclarar que entre costumbre y tratados internacionales hay una relación de influencia recíproca. En al-

45 Blanc Altemir, Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, España, Bosch, Casa Editorial, 1990, p. 175.

gunos casos los tratados internacionales influyen en la costumbre internacional y en otros, ésta es la que influye en los tratados internacionales, tal es el caso, por ejemplo, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que se formó tomando la costumbre internacional en materia de tratados como base. Este es un fenómeno comúnmente conocido en derecho internacional.

Ahora bien, ¿hay bases para que los tribunales se fundamenten en la costumbre? El asunto nos podría remitir a la Constitución, sin embargo, en una desafortunada redacción y una mala copia del constitucionalismo estadounidense, nuestro artículo 133 constitucional omite la referencia a la costumbre internacional; sin embargo, eso no impide que nuestro Estado este sujeto a la normatividad internacional; afirmar lo contrario sería como postular que México es una isla ajena a toda normatividad. Al mismo tiempo nuestro Estado es miembro de la Carta de San Francisco que contiene el Estatuto de la CIJ que como vimos al mismo tiempo, en su artículo 38-1, se refiere a las fuentes del derecho internacional en las que se incluye a la costumbre, amén de que nuestro país ha invocado la costumbre en algunos casos.

X. CONCLUSIONES

Desafortunadamente en el caso que comentamos la SCJN no centró adecuadamente su objeto de discusión creándose pseudo problemas con lo que aplicó el derecho interno (que ahora es sólo una parte de nuestro sistema jurídico) obviando al derecho internacional que es obligatorio a todos los Estados, y debemos insistir que en materia de derechos humanos nuestro país no es una isla ajena. Sin duda, la costumbre internacional se aplica a nuestro país, por ejemplo es curioso que en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se obligue a los Estados parte, inclusive a México, por supuesto, a aplicar la costumbre internacional en materia de inversión extranjera, eso es un compromiso que no ha sido rechazado por nadie.⁴⁶

⁴⁶ Uno de los objetivos fundamentales del TLCAN es establecer un marco jurídico para las inversiones extranjeras. A respecto, el artículo 1105-1 de dicho Tratado refiere al nivel mínimo de trato que se le debe garantizar a los inversionistas extranjeros, en una fórmula bastante amplia que lleva a la vaguedad, que al final de cuentas ha dado pie a la aplicación de la costumbre internacional.

Además, por si esto fuera poco, la misma Corte en un fallo dictado en el año de 1999, en forma atinada, en relación a los tratados internacionales de derechos humanos, reconoce que “si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles deben de considerarse como constitucionales”. Esta es una posición que puede aplicarse también a la costumbre internacional, es bastante moderna y congruente con el desarrollo de los derechos humanos en el mundo y en algunas Constituciones recientes ya la contienen en su articulado; sin mayor aspavientos y sin escandalizarse.

Entonces, de lo que se trataba en el caso de los halcones estrictamente no era sobre la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y en consecuencia si se violaba el artículo 14 constitucional que consagra la imprescriptibilidad como una garantía de las personas, que le da seguridad jurídica. Para nada, no se trata de poner ni siquiera un tratado sobre la Constitución. Era cuestión de reconocer una norma consuetudinaria que tiene mucho tiempo de formada que establece que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y esta norma forma parte del derecho imperativo internacional (*jus cogens*) y por supuesto aplicable a México, es cuestión de que los jueces lo hubieran reconocido.

En este caso la SCJN no actuó con su responsabilidad histórica. Lo que actualmente se requiere, como parte del Estado derecho, es acabar con la impunidad inclusive de los delitos cometidos con anticipación, en el pasado; así ha sucedido en la mayoría de los fenómenos de transición, ésta es una de sus características más importantes, y lo que está haciendo la Corte es que la justicia se retarde y trascienda a niveles internacionales, porque en lugar de que se hubiera resuelto internamente el asunto tendrá cauces exteriores.

