

b) Genocidio, imprescriptibilidad y retroactividad
(comentario a la sentencia del recurso
de apelación 1/2004-PS)

Edgar CORZO SOSA*

I. ANTECEDENTES

El 10 de junio de 2002 José de Jesús Martín de Campo Castañeda denunció hechos constitutivos del delito de genocidio con ocasión de los acontecimientos ocurridos el 10 de junio de 1971, en el “jueves de *Corpus*”.

La Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado ejerció acción penal, el 22 de julio de 2004, en contra de 11 personas como probables responsables de la comisión del delito de genocidio, con base en el artículo 149-bis del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, vigente en 1971.¹

El Juzgado Segundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, al que le correspondió conocer de la causa, previo examen de los requisitos del artículo 16 constitucional relacionados con los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, consideró como prioritario determinar si la acción penal ejercida por el delito de genocidio estaba prescrita o no, de acuerdo al artículo 101 del Código

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

¹ Estas personas fueron: Luis Echeverría Álvarez, Mario Augusto José Moya y Palencia, Luis de la Barreda Moreno, Miguel Nazar Haro, José Antonio González Aleu, Manuel Díaz Escobar Figueroa (a) “El Maestro”, Rafael Delgado Reyes (a) “El Rafles”, Sergio San Martín Arrieta (a) “El Watusi”, Alejandro Eleazar Barrón Rivera (a) “El Pichín”, Sergio Mario Romero Ramírez (a) “El Fish” y Víctor Manuel Flores Reyes (a) “El coreano”.

Penal Federal. Su resolución, emitida el 24 de julio de 2004, consistió en declarar extinguida la acción penal decretando el sobreseimiento de la causa penal.

El Ministerio Público federal y el adscrito al Juzgado Segundo de Distrito interpusieron recursos de apelación.

El Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito registró el toca y celebró la audiencia de vista el 18 de agosto de 2004. El 25 de agosto de ese mismo año la Procuraduría General de la República solicitó a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ejerciera facultad de atracción para conocer del recurso de apelación, a lo que accedió por unanimidad de 4 votos, el 13 de octubre de 2004, toda vez que se reunieron los requisitos formales que establece la fracción III del artículo 105 constitucional.²

El 23 de febrero de 2005 la Primera Sala desechó el proyecto elaborado por el ministro Juan Silva Meza,³ retornando el asunto a la ministra

2 En su momento esta decisión fue cuestionada, toda vez que la fracción III del artículo 105 constitucional, y 21, fracción I, así como 141, párrafo 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que lo regulan, si bien establecen la facultad de atracción en materia de apelación lo posibilita cuando la Federación sea parte y en el presente caso no lo es. Sin embargo, con base en la interpretación realizada por la Primera Sala se llegó al convencimiento que era también posible que se solicitara la atracción del caso cuando las circunstancias y antecedentes lo ameritan, como el actual caso. Cabe señalar que al haberse ejercido la facultad de atracción la Suprema Corte de Justicia admitió que resolvería como un órgano de apelación, lo que constituía un nuevo precedente que, como veremos adelante, obligó a hacer algunas excepciones en materia de apelación.

3 La posición que se sostenía en este primer proyecto consistía, como lo reitera en su voto particular el ministro Juan N. Silva Meza, en considerar que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y otros tratados conducen a la conclusión de que el delito de genocidio es imprescriptible, cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido, sin embargo, la Declaración Interpretativa realizada por la Cámara de Senadores en la que se expone que con fundamento en el artículo 14 constitucional únicamente se entenderán imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención cometidos con posterioridad a su entrada en vigor en México, limita los alcances de la voluntad internacional, por lo que hay que considerar la Declaración Interpretativa como lo que es una interpretación, por lo que la Suprema Corte no queda constreñida a observarla, sino que puede realizar la propia, la cual estriba en que ante los compromisos asumidos por nuestro país con la comunidad internacional, en aras de cumplir con el objeto y fin de la Convención procede a fijar los alcances del artículo 14 constitucional en el sentido que no se estableció para que las conductas que afectaran grave-

Olga Sánchez Cordero. El 9 de marzo de 2005 la Primera Sala desechó de nueva cuenta el proyecto presentado⁴ y lo retornó al ministro José Ramón Cossío, proyecto que finalmente fue aprobado.

II. ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN

En uno de los considerandos de la sentencia, el cuarto, se señala el alcance de la misma tratándose de un recurso de apelación, sosteniéndose que con base en la regulación prevista en los artículos 363 al 391 del Código Federal de Procedimientos Penales⁵ y en el caso específico, sólo se dará respuesta a los agravios hechos valer por el apelante que traen causa de la resolución recurrida sin realizar ningún tipo de suplencia, toda vez que ésta sólo se aplica al procesado o al defensor, constriñendo su estudio a los hechos apreciados en la primera instancia.

Ahora bien, como en la apelación no se establece el reenvío, el Tribunal de Alzada puede corregir las omisiones con plenitud de jurisdicción, por lo que de revocarse el auto de sobreseimiento del juez, tendría la Suprema Corte de Justicia que entrar a resolver la causa, evitándose que el sentenciado pudiera impugnar en amparo las posteriores resoluciones, ya que contra actos de la Suprema Corte es improcedente el amparo.

mente a la humanidad quedaran impunes, por lo que la irretroactividad no le es aplicable a la Convención en la misma forma que se ha venido haciendo con las leyes. Por tanto, la acción penal no se ha extinguido por lo que procede revocar el auto recurrido para el efecto que el Tribunal Unitario aborde los extremos marcados en el artículo 16 constitucional respecto de la probable responsabilidad y cuerpo del delito.

4 El proyecto presentado mantenía la posición que previamente a que la Suprema Corte de Justicia analizara las cuestiones sobre prescripción de la acción penal, debe pronunciarse el Tribunal Unitario con relación al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, por lo que se proponía revocar el auto y devolver los autos a ese órgano de apelación para el estudio de tales aspectos.

5 Llama la atención el formato utilizado en la sentencia, en la cual se utilizan citas a pie de página para exponer cierta información, como transcripciones de preceptos legales o de tesis, o remitir a ella, como la consulta de autos en el expediente. Se trata, sin lugar a dudas de un criterio novedoso que acerca la sentencia al formato académico. Esta práctica, todavía no generalizada, podría auxiliar a una lectura más ágil de la sentencia como texto; sin embargo, habría que considerar, por una parte, que la información sigue formando parte del texto de la sentencia y, por otra, la remisión a los autos evita transcripciones pero hace más difícil su consulta.

Con base en lo anterior, se concluye que al no haberse pronunciado todavía el juez sobre los requisitos del artículo 16 constitucional, y con la finalidad de no disminuir las defensas de los gobernados, procede analizar la materia del recurso no ocupándose de las pruebas recabadas con las que se pretende acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de los inculcados, y reservar jurisdicción al Tribunal Unitario para que en ejercicio de sus atribuciones se pronuncie sobre los extremos aludidos.

Aun cuando se señala como fundamento de este actuar la resolución de un anterior recurso de apelación (1/2003), es evidente un cambio de reglas procesales cuando el más alto tribunal de nuestro país interviene a efecto de ejercer su control constitucional. En el presente caso, al haber ejercido la facultad de atracción respecto de un recurso de apelación que en principio no le corresponde conocer a la Suprema Corte, provocó que en la sentencia se hiciera la salvedad comentada. Sin embargo, si se toma en consideración que lo que se busca es que el máximo órgano jurisdiccional se pronuncie sobre un aspecto que requiere interpretación constitucional, es lógico suponer que ejerza sus facultades en este sentido, reservando jurisdicción al Tribunal Unitario para que posteriormente se pronuncie sobre los aspectos propios del recurso de apelación

Lo mismo sucede cuando la Suprema Corte decide ejercer la facultad de atracción en relación a un juicio de amparo del que está conociendo un Tribunal Colegiado, pues bien puede resolver la cuestión constitucional respecto de un precepto legal y dejar a aquel órgano jurisdiccional que se pronuncie respecto de los aspectos de legalidad. Se trata, a nuestro entender, que la Suprema Corte de Justicia sea la intérprete suprema de nuestra Constitución.

III. PRESCRIPCIÓN O ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

La interrogante que nos planteamos en este apartado tiene que ver con el momento en que debe analizarse la prescripción de un delito: antes o después de la determinación de sus elementos constitutivos. Si tomamos en consideración que la apreciación de las actuaciones que interrumpen la prescripción debe tener lugar antes de la mitad del tiempo medio aritmético para que opere, debe concluirse que es necesario determinar el

tipo de delito de que se trata pues así podrá apreciarse el tiempo a fin de fijar la prescripción.

En el presente caso, el juez de Distrito determinó analizar primeramente la prescripción. La parte recurrente, el Ministerio Público, no expuso ningún agravio en dicho sentido, lo cual es entendible, ya que dicha autoridad está de acuerdo con la consignación por el delito de genocidio, sin embargo, con su actuar, que no necesariamente es el más adecuado en congruencia con su función de representante de la sociedad, cierra la puerta para analizar con mayor enjundia si debió determinarse primeramente la acreditación del delito para después entrar a determinar su prescripción.

En consecuencia, se dejó para después la consideración de si era correcta la consignación por el delito de genocidio, cuando se resuelva el fondo de la cuestión,⁶ ya que debe recordarse que ahora sólo se está analizando la prescripción del delito a raíz de un primer auto del juez segundo de Distrito de Procesos Penales Federales.

En este punto debe recordarse la opinión vertida por la ministra Olga Sánchez Cordero en su voto particular, en donde señaló que en lugar de haberse analizado la prescripción de la acción penal se soslayó el estudio relativo a la integración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, lo que considera incorrecto, por lo que debieron haberse estudiado de manera previa.

IV. LO INTERNACIONAL: ¿ES LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA UNA RESERVA QUE CONTRADICE LA CONVENCION SOBRE IMPRESCRIPTIBILIDAD?

En el primer y único agravio abordado se dijo que en el auto combatido no se analizaron debidamente diversos instrumentos internacionales, por lo que existe una inexacta aplicación de la ley, del artículo 363 del Código Federal de Procedimientos Penales, de esta manera el delito de genocidio es imprescriptible atento a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

En la sentencia se expone la noción de retroactividad y la naturaleza jurídica de la Convención así como la naturaleza jurídica de la declaración in-

⁶ Finalmente, el Quinto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito determinó que el grupo de estudiantes atacados por los Halcones no tenía la calidad de sujeto pasivo del delito de genocidio.

interpretativa. Respecto de esta última, se sostuvo que una declaración interpretativa es una reserva, atento a lo dispuesto en el artículo 2o. d) de la Convención de Viena, si excluye o modifica los efectos jurídicos de la Convención respectiva. En contrapartida será sólo una declaración interpretativa si aclara o explica el alcance de las normas del tratado para efectos en el derecho interno.

Independientemente de la confusa redacción en este tema, en la sentencia se afirma que la Declaración en cuestión es una reserva ya que modifica el aspecto temporal de la Convención, sin embargo, también se sostiene que de analizarse la reserva que prohíbe la retroactividad no podría declararse inválida o inaplicarse por ir contra el objeto y fin del tratado, ya que indirectamente se estaría inaplicando el artículo 14 constitucional (que también prohíbe la retroactividad, habría que agregar).

Por ello, mejor se dice que la declaración-reserva reafirma la “no retroactividad del tratado” (Viena) por lo que no modifica, altera o excluye el alcance legal de ninguna de las disposiciones contenidas en la Convención.

En lo que a nosotros corresponde, debemos decir que además de la ambigüedad con que se trata el tema, pues empieza señalando que la declaración interpretativa es una reserva pero termina afirmando que no lo es, el hecho de que la declaración interpretativa refirme la “no retroactividad” del tratado, no significa que no cambie las disposiciones de la Convención. Por el contrario, si la Convención dice que se aplicará hacia el pasado y la declaración en cambio dice que sólo hacia el futuro, es obvio que hay una contradicción y alteración de la Convención.

Lo que sucede es que con la declaración se está queriendo volver a la normalidad de lo dispuesto en la Convención de Viena, en donde se prohíbe la retroactividad de los tratados internacionales. Sin embargo, se soslaya lo dispuesto en el artículo 28, en donde se sostiene que ello es posible si el tratado lo establece. En consecuencia, el regreso a la normalidad de Viena lo que está haciendo es hacer nugatorio el sistema de Viena, en donde se posibilita que un tratado tenga efectos retroactivos, como se sostuvo en la Convención sobre la Imprescriptibilidad.

Quizá el argumento anterior elude analizar frontalmente si la declaración interpretativa, que es una reserva, está de acuerdo o no con el objeto y fin de los tratados, pues de acuerdo con el artículo 19 de la Convención

de Viena las reservas son realizables siempre y cuando no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado.

En estos términos, si la cuestión consiste en determinar si la declaración interpretativa-reserva está en contra o no de la Convención sobre Imprescriptibilidad, entonces, el análisis esperado por los internacionalistas hubiera tenido lugar, pues se tendría que determinar si dicha declaración va en contra del *ius cogens* que no admite pacto en contrario, debiendo tenerse por no puesta dicha declaración. O quizá determinar si con dicha Declaración se contradice parte del Convenio sobre Imprescriptibilidad, pues aplica tanto retroactiva como ultraactivamente, y esto último no fue reservado, por lo que podría seguir siendo aplicable la Convención, aunque parcialmente. También sería motivo de tal análisis la consideración que en ocasiones el *ius cogens* también reconoce la no retroactividad de las normas.

V. LO CONSTITUCIONAL: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN (114 *V.* 14 CONSTITUCIONAL)

Con la reforma al artículo 114 constitucional se estableció que la prescripción se interrumpe en tanto los servidores públicos desempeñan su función, ya que la inmunidad no es impunidad. En todo caso, de no lograrse la declaración de procedencia, cuando los servidores públicos dejen su cargo empezará a correr el plazo de la prescripción.

El punto a debatir consiste en la contraposición que existe entre este precepto y el artículo 14 constitucional, siendo que este último señala que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Dicho en otros términos, ¿puede aplicarse el artículo 114 constitucional, reformado en 1982 a sucesos que tuvieron lugar en 1971?

Ante la interrogante de si es el artículo 14 aplicable a normas del mismo nivel jerárquico, en la sentencia se realizan dos afirmaciones. Una de ellas estriba en que a las reformas constitucionales no se les debe aplicar la prohibición de “no retroactividad”, pues tal garantía es respecto de leyes pero no de reformas constitucionales. La segunda consiste en que las reformas constitucionales al integrarse a la Constitución tienen efectos retroactivos, a menos que el Constituyente determine lo contrario.

Lo anterior significa darle efectos retroactivos al artículo 114 constitucional, de manera que durante el tiempo en que los procesados desempe-

ñaron un cargo de los previstos en dicho precepto no corrió la prescripción, entonces ésta debe empezar a partir de 1976, por lo que el plazo de 30 años de prescripción todavía no fenece.

No compartimos ninguno de los dos criterios anteriores. El primero porque es un argumento formalista que en nada beneficia a la noción de justicia constitucional. El segundo porque difícilmente puede sostenerse que una reforma constitucional tenga por vocación regular situaciones de manera retroactiva. Una norma, en principio, regula situaciones hacia el futuro, salvo que se diga lo contrario y ello sea en beneficio de las personas, pero esto último es una excepción.

Independientemente de lo anterior, nos surgen varias dudas.

- A. Para empezar se está incurriendo en el argumento que se opuso para no entrar al análisis de la declaración interpretativa-reserva frente al objeto y finalidad de la Convención sobre Imprescriptibilidad: se está inaplicando el artículo 14 constitucional que prohíbe la retroactividad.
- B. Independientemente de lo anterior, se hace prevalecer un análisis formalista frente a una disposición con gran contenido material. Esto es, frente a la noción material de no retroactividad se opone el criterio formal de ley, cuando en realidad no fue esa la intención y el sentido material de la norma constitucional debe aplicarse incluso frente a las mismas normas constitucionales.
- C. Además, se descartó el sentido material a que hacemos referencia sólo en una parte, en lo que a la retroactividad se refiere, sin embargo, se excluyó del análisis incorrectamente la noción de perjuicio, que también tiene un sentido material. Así, si bien la retroactividad es posible tratándose de una reforma constitucional faltó analizar si ello incluso va por encima de no perjudicar a una persona.
- D. Por otra parte, se utiliza un argumento con carácter absoluto: durante el tiempo en que te desempeñaste como servidor público no corre la prescripción y, lo que es peor, haciéndolo a destiempo respecto de algo que ya sucedió. ¿Cómo aplicar un tiempo absolutamente excluyendo la posibilidad de haberse intentado romper la inmunidad a través de una declaración de procedencia, con la sola consideración de que ya pasó y no se hizo?

- E. Se utiliza incorrectamente como fundamento la tesis que dice que “no es aceptable que una norma constitucional no deba observarse por ser contraria a lo dispuesto en otra”.

Sin embargo, la aplicación de esta tesis no resuelve el problema. En realidad no existe contradicción, pues en sí mismas las disposiciones constitucionales en comento regulan situaciones diversas. Más bien se trata de un problema de aplicación. O se aplica el artículo 14 sosteniéndose que no puede aplicarse a ninguna persona una norma retroactivamente que le perjudique o bien se aplica el artículo 114 diciendo que su contenido regula las situaciones previstas a partir de su creación, como todas las normas.

En todo caso, si hay contradicción, la misma no se resuelve inaplicando un precepto constitucional y aplicando el otro. En la interpretación ello siempre debe evitarse, para lo cual debe propiciarse una interpretación armónica y sistemática, lo que no se hizo.

VI. CONCLUSIÓN

Es importante ser cuidadosos en la conclusión que pueda extraerse libremente de este comentario. No es que estemos en contra del fondo de la decisión, que abrió la posibilidad de enjuiciar a ciertos servidores públicos, sino que debe tomarse en consideración que la sentencia se aleja de lo internacional y de lo constitucional.

Quizá hubiera sido más fácil entrar al aspecto internacional, ya que de prevalecer éste quizá se hubiera logrado sostener la imprescriptibilidad, en cambio con el criterio constitucional que se siguió sólo se amplía la prescripción.

Se trata, a nuestro entender, de una resolución relevante que marca la unión entre dos momentos diversos: el México que no queremos que regrese y el México que está marcando nuestro nuevo rumbo.

