

EL CASO CAVALLO

I. INTRODUCCIÓN

La historia sobre el proceso para la extradición del ex-militar argentino Ricardo Miguel Cavallo o Miguel Ángel Cavallo, alias “Sérpico” o “Marcelo”, comenzó el 28 de marzo de 1999 cuando Carlos Castresana, el fiscal español anticorrupción, propuso al Secretariado de la Unión Progresista de Fiscales de España interponer una denuncia contra Jorge Rafael Videla y otros ante la Audiencia Nacional Española, para perseguir desde Madrid los crímenes de la dictadura militar argentina, y tres meses más tarde, otra denuncia contra Augusto Pinochet Ugarte y los demás responsables de la “guerra sucia” chilena.¹

A Cavallo lo requiere la justicia española para su extradición por la supuesta realización de los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, delitos de tal magnitud que dan motivo a la jurisdicción universal, y cuya comisión se le imputa, mientras ocupó el cargo de oficial en la Armada de Argentina y además estuvo a cargo de diversas dependencias oficiales como la Escuela Mecánica de la Armada.

Ya en México, el proceso de extradición de Cavallo comienza cuando es detenido por agentes de la Policía Federal Preventiva, a solicitud de la Interpol-México, el 24 de agosto del 2000 en el aeropuerto de Cancún, Quintana Roo, México, en sus intentos para regresar a Argentina.

Posteriormente, el 11 de enero de 2001, el juez Jesús Guadalupe Luna Altamirano, titular del Juzgado Sexto de Distrito en Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, dictó la Opinión Jurídica 5/200 mediante la cual declaró la procedencia de la extradición internacional para el proce-

1 Castresana, Carlos “Luces y sombras de la SCJN”, *Proceso*, 15 de junio de 2003, p. 30.

samiento de Cavallo por probable responsabilidad penal en la Comisión de los Delitos de Genocidio y Terrorismo, y opinó que el delito de tortura estaba prescrito.

Unos días más tarde, el 2 de febrero de 2001, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) expidió el acuerdo que concedió la extradición de Cavallo a España para ser juzgado por los delitos de genocidio, tortura y terrorismo.

El procedimiento judicial continuó, ya que la defensa de Cavallo interpuso el amparo ante el Poder Judicial federal, y finalmente, como última resolución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) dictó sentencia el 10 de junio de 2003.

El proceso de extradición en México ha despertado interés entre el público general y en el especializado en derecho por varias razones. En principio, el caso Cavallo es visto como una respuesta jurídica a las sangrientas dictaduras de finales del siglo XX en el continente americano, y como un intento de que los crímenes cometidos por los militares que tomaron el poder violentamente no se queden en la impunidad. Después, el caso Cavallo ha despertado un gran interés entre los juristas especializados en derecho internacional y derecho penal, sobre todo, porque constituye un eslabón en el afianzamiento de la institución de jurisdicción universal que no está desprovista de recelos y sospechas de muchos especialistas en derecho y de gobiernos, pero que es tomado por muchos como una institución que impide la impunidad y se acerca más a la creación de un sistema de Estado de derecho internacional, en donde los poderosos, violadores de los derechos humanos, no se esconden en las protecciones que el derecho internacional tradicional otorga a los nacionales.

II. PROCEDIMIENTO DE EXTRADICIÓN MÉXICO-ESPAÑA

El marco jurídico internacional que regula la extradición, en su aspecto procedimental, en el caso de Cavallo está dado por un tratado internacional y una ley. Con fecha 21 de noviembre de 1978 fue celebrado el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España que entró en vigor el 10 de junio de 1980.² El tratado de extradición de 1978 fue reformado me-

2 *Diario Oficial de la Federación*, 21 de mayo de 1978.

dante el Protocolo de 1995, con el cual se reforma el artículo 4, quedando especificado que el terrorismo no se considera como delito político.

El objeto fundamental del tratado de 1978 es la obligación a entregarse recíprocamente “los individuos contra los cuales se haya iniciado un procedimiento penal o sean requeridos para la ejecución de una pena privativa de la libertad impuesta judicialmente como consecuencia de un delito”.³

Como es una regla en los tratados de extradición, el artículo 2 establece la doble criminalidad, es decir, da lugar a extradición “los hechos sancionados, según las leyes de ambas partes, con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea superior a un año”.⁴

Esto significa que para que proceda la extradición es necesario:

- Que los hechos por los cuales se solicite la extradición sea punible en ambos países de acuerdo a su legislación.
- Que los supuestos delitos por los cuales se pide la extradición no estén prescritos.
- Que la pena privativa sea superior a un año.

Independientemente del tratado de extradición, en México rige como ley supletoria la Ley de Extradición Internacional mexicana de 29 de diciembre de 1975.⁵ En efecto, “la ley tiene por objeto determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten cuando no exista tratado internacional”;⁶ es decir, la ley es supletoria del tratado internacional y establece el procedimiento a seguir en la extradición.

Tal como sucede en la Gran Bretaña, el procedimiento de extradición mexicano es mixto, es decir en él participan, al mismo tiempo, los poderes Ejecutivo y Judicial. Recordemos cómo se manifestó en el caso Pinochet, en la Gran Bretaña el ministro del interior que tenía la última palabra en el caso participaba conjuntamente con las cortes inglesas en sus diferentes niveles. En México, la SRE tiene un papel muy importante en el procedimiento de extradición desde sus inicios. La SRE recibe la petición formal de extradición y es quien primero la examina, y en caso de encontrarla improcedente no la admite. Una vez que la solicitud de extra-

3 Ley de Extradición Internacional, artículo 1o.

4 *Ibidem*, artículo 2o.

5 *Diario Oficial de la Federación*, 29 de diciembre de 1975, reformas de 4 de diciembre de 1984 y 10 de enero de 1994.

6 Ley de Extradición Internacional, artículo 1o.

dición es admitida, la SRE “la envía al Procurador General de la República acompañando el expediente, a fin de que promueva ante el juez de distrito competente que dicte auto mandándola cumplir y ordenando la detención del reclamado”.⁷

El juez de distrito, si bien tiene una participación esencial al analizar la solicitud de extradición, finalmente sólo dicta una mera opinión; además es irrecusable, y lo actuado por él no admite recurso alguno, tampoco admite cuestiones de competencia. Ante esta instancia judicial se lleva a cabo un procedimiento en el que el “reclamado” tiene posibilidad de defenderse y presentar pruebas, la opinión del juez de distrito se remite a la SRE, la cual a su vez, con base en el expediente y dicha opinión del juez, tiene 20 días para decidir si concede o rehúsa la extradición. La resolución en el sentido de conceder la extradición, sólo es impugnabile mediante juicio de amparo, lo que en la práctica ocurrió.

La participación del Poder Judicial en el proceso mexicano de extradición es de gran importancia, pues al final de cuentas, vía amparo, dicta la última palabra.

Ahora bien, el 25 de agosto de 2000, el Juzgado Central de Instrucción número cinco, Audiencia Nacional de Madrid, España, solicitó al gobierno de México la detención preventiva con fines de extradición internacional de Ricardo Miguel Cavallo, también conocido como “Miguel Ángel Cavallo”, “Sérpico” y “Marcelo”.

El procedimiento ante el juez sexto de distrito en Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, licenciado Jesús Guadalupe Luna Altamirano, se realizó con base en los siguientes presupuestos:

- La jerarquía de los tratados en el sistema jurídico interno.
- La procedencia de la jurisdicción universal.
- La determinación de los límites del procedimiento ante el mismo juez.
- La doble criminalidad.
- La identificación del reclamado.
- La prescripción de los delitos de genocidio, tortura y terrorismo.

7 *Ibidem*, artículo 21.

III. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN DERECHO MEXICANO

La tesis de la SCJN, que con el rubro “Tratados Internacionales, se ubica jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal”,⁸ ha tenido un efecto de enriquecimiento del sistema mexicano, pues si ya con la Constitución era claro que los tratados internacionales son parte del sistema jurídico (son “Ley Suprema de la Unión”), con la tesis de la SCJN lo que se hace es reforzar el nivel de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano y se produce un fenómeno de reciprocidad, el derecho internacional se inserta directamente en el derecho interno, lo que a su vez produce una internacionalización de los asuntos internos, fenómeno que en el caso de Cavallo es claro, el Poder Judicial toma la tesis como un elemento clave que apoya la aplicación de los tratados internacionales que inciden en el caso.

IV. TIPOS DE JURISDICCIÓN CRIMINAL QUE GENERALMENTE PRACTICAN LOS ESTADOS

La jurisdicción criminal básica es la territorial, mediante la cual todos los delitos cometidos dentro del territorio de un Estado son sujetos del derecho penal. La jurisdicción puede tomar como punto de referencia la nacionalidad ya sea de las personas, como de las embarcaciones. En este caso, la jurisdicción toma en cuenta la nacionalidad del sujeto activo (el Estado del que es nacional el presunto criminal es el que ejerce el derecho o tiene el derecho de extraditar); o puede ser el sujeto pasivo (en este caso es el Estado de la víctima quien tiene la facultad de solicitar la extradición). También la doctrina de derecho internacional reconoce la jurisdicción del Estado sobre los extranjeros que han cometido un acto en el exterior que es considerado perjudicial a su seguridad. Con razón este tipo de jurisdicción es altamente polémico, ya que su ejercicio rebasa las fronteras y viola la soberanía estatal.

Sin embargo, no siempre la jurisdicción es territorial; podemos mencionar que respecto de la territorialidad del derecho penal ya ha habido

8 Véase Becerra, Manuel *et al.*, “Tratados internacionales...”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208.

una expresión en el derecho internacional; desde la década de los veinte se reconocía que el derecho penal no es absolutamente territorial. En el asunto *Lotus*, de 1927, la Corte Permanente de Justicia estableció:

Aunque es verdad que en todos los sistemas legales es fundamental el carácter territorial del derecho penal, no es menos cierto que todos, o casi todos estos sistemas extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado.

La territorialidad del derecho penal no es, en consecuencia, un principio absoluto del derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial.⁹

La jurisdicción universal es la que se ejerce sobre una categoría muy específica de actividades punibles reconocidos como crímenes sobre los cuales hay una preocupación universal y se ejerce independientemente de la nacionalidad del criminal o de la víctima. Este tipo de jurisdicción, se insiste, sólo se ejerce respecto de ciertos crímenes gravísimos.

En consecuencia, para que se pueda invocar la jurisdicción universal, es necesario que exista una estructura jurídica internacional que la permita; es decir, tratados, costumbres internacionales que así lo establezcan y, por supuesto, que ese derecho internacional se vea reflejado en la legislación interna.

Como lo mencionamos anteriormente, en el caso *Cavallo* el fundamento se encuentra en documentos que tienen un valor jurídico diferente; como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; todos estos instrumentos jurídicos internacionales, de los cuales México es parte y que protegen los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad personal, prohíben la tortura y además remiten a otros tratados internacionales.

Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 6-3 dice:

Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio, se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados parte del cumplimiento de ninguna de las obligaciones

9 Sentencia de 9 de septiembre de 1927, *CPJI*, serie A, núm. 10, p. 20.

asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

De lo anterior, se desprende que no es suficiente que los tratados internacionales establezcan una prohibición para considerarse un delito internacional. Recordemos que los tratados internacionales establecen obligaciones para los Estados de respetar los derechos de los individuos; en caso de incumplimiento, el Estado, no los individuos, incurren en responsabilidad internacional que se puede manifestar de diferentes maneras, entre ellas la de un resarcimiento de daños y perjuicios de la víctima de la violación. En cambio, en derecho penal es necesario que existan una pena y un tipo, dado los principios de *nullum crimen sine lege* y *nullum poena sine lege*, para que proceda la responsabilidad individual.¹⁰

De esta manera, la Carta del Tribunal de Nüremberg del 6 de octubre de 1945, documento en el que participaron Estados Unidos de América, Irlanda del Norte, la Unión Soviética, Francia y la Gran Bretaña¹¹ ya contiene en su artículo 6 un catálogo de crímenes. Este artículo, bien se puede decir que es un antecedente del actual artículo 5 del Estatuto de Roma que también menciona los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.

En efecto, la Carta del Tribunal de Nüremberg establece lo siguiente:

Artículo 6. El tribunal establecido por el acuerdo aludido en el artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera, individualmente o como miembros de organizaciones.

Como vemos, la Carta del Tribunal de Nüremberg crea un tribunal internacional específico que pretende crear una competencia universal. A

10 El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) es muy claro en esto: por una parte, establece la obligación de ceñirse a los dogmas de *nullum crimen* y *nulla poena* (artículos 22 y 23) y por la otra, reconoce la responsabilidad penal individual (artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

11 El antecedente de este tribunal lo tenemos en la Declaración de Moscú de 10. de noviembre de 1943, suscrita por Estados Unidos de América, Gran Bretaña y la Unión Soviética, que “impuso *orbis et orbe* una jurisdicción universal por los crímenes de guerra, sin localización geográfica precisa”. Blanc, Altemir Antonio, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crímenes internacionales*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 17.

continuación, el artículo 6 define los delitos de crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad.

Sin duda, este es el punto de partida de la configuración de los tipos de delitos que después se toman o insertan en varios tratados internacionales. Tal es el caso de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de la cual México es parte desde 1952.¹²

Independientemente de que se puede también encontrar el tipo de genocidio, la convención contiene un artículo que se ha tomado como la base de la jurisdicción universal en materia de delitos de genocidio:

Así, el artículo VI establece:

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

En efecto, este artículo reconoce la jurisdicción local en primer lugar y después, en forma alternativa (la "o" así la expresa) la competencia internacional. La cuestión es que en 1948, la Corte Penal Internacional no había nacido. Sin embargo, la intención de las partes negociadoras de la convención de 1948 era clara, en el sentido de crear una competencia internacional para el delito de genocidio.

Pero habría que determinar si la jurisdicción internacional es lo mismo que jurisdicción universal. A opinión de Benavides,¹³ el artículo 6 esencialmente no va en contra de la aplicación de la jurisdicción universal (ya que el objetivo de la tipificación del crimen de genocidio es prevenir y castigarlo; con una limitación, lo único que haría sería obstaculizarlo). Es lógica la interpretación, sin embargo no deja de producir dudas, sobre todo tratándose de derecho penal, en donde se exige una aplicación estricta de la normatividad.

Una forma más clara es la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes que fue ratificado por Mé-

12 *Diario Oficial de la Federación*, 11 de octubre de 1952.

13 Benavides, Luis, "The Universal Jurisdiction Principle", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 1, 2001, p. 58.

xico el 23 de enero de 1986¹⁴ y que contiene un artículo, el 7.1, que es de gran claridad y al cual nos referiremos con detalle más adelante.

El juez Luna Altamirano, en el caso Cavallo, también recurre, para fortalecer su postura a favor de la jurisdicción universal, al artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice:

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

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Aunque no tiene una aplicación directa a la jurisdicción universal, ya que la disposición se refiere a los principios *nullum crimen sine lege* y *nullum poene sine lege*, el mérito de esta disposición es que rescata la costumbre internacional en la aplicación del derecho penal internacional y le da a la jurisdicción universal una gran amplitud, ya que comprende los delitos reconocidos por el derecho convencional, más los que el derecho consuetudinario prevé (según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional).

La misma convención, en su artículo 5.3, se remite a la legislación interna, otorgándole a soberanía interna la posibilidad de creación de una jurisdicción penal interna: "La presente convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales".

Ahora bien, ante el juez mexicano, el caso de la jurisdicción universal es el aspecto más polémico del procedimiento. En principio, el juez de distrito reconoce que el caso es *sui generis*, "pues en el común de los casos, la extradición es solicitada en donde ocurrieron los hechos en contra de un nacional o extranjero..."¹⁵

La polémica estriba en una "tradición", podemos decirlo así, de la aplicación territorial de la ley penal. Lo cual es comprensible porque pre-

14 *Diario Oficial de la Federación*, 6 de marzo de 1986.

15 Extradición 5/2000, juez sexto de distrito en procesos penales federales en el Distrito Federal, p. 29.

cisamente la jurisdicción es parte esencial de la soberanía estatal. El Estado tiene entre sus funciones resolver las controversias aplicando el derecho, y esta función tiene límites que son precisamente los de su territorio. Sin embargo, aquí está lo interesante del fenómeno, el desarrollo de los derechos humanos durante el siglo XX ha producido la necesidad de que algunos delitos graves sean perseguidos, aún fuera del territorio, con el fin de terminar con la impunidad que normalmente ha existido.

En el caso de México, en su legislación ya se contempla la posibilidad de la aplicación extraterritorial en el Código Penal, y ninguno de estos casos puede aplicar al caso Cavallo.

En el caso español, la aplicación extraterritorial de la jurisdicción es todavía más clara. A ella se refiere la doctrina española¹⁶ que, citada por el juez mexicano Luna, dice que la extraterritorialidad de la ley penal española es una excepción que se clasifica de la siguiente manera:

- Principio personal.¹⁷
- Principio real o de protección de intereses.¹⁸
- El principio de justicia supletoria.¹⁹
- Principio de universalidad o de justicia universal o mundial.

Precisamente, ésta es la fundamentación del caso Cavallo. Este principio de universalidad consiste en la aplicación de la ley penal de un país a determinados hechos que no tengan el elemento de conexión nacional o de protección de intereses. Es decir, el principio se aplica a personas que no sean nacionales, y por hechos que no afecten los intereses esenciales del Estado. Sin embargo, sí tienen un punto de conexión que son el tipo o la gravedad de los delitos que se han cometido: genocidio, piratería, falsificación de moneda, el narcotráfico o la trata de blancas, por ejemplo, que son delitos que afectan a toda la comunidad internacional, y en donde hay

16 El juez Luna Altamirano cita a Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Editorial Universitas, p. 202.

17 "El que se refiere a la condición personal del delincuente como nacional del Estado correspondiente, y al que se le puede aplicar la ley pena de su Estado aunque el ciudadano cometa un hecho en el extranjero", extradición 5/2000, p. 36.

18 Extradición..., *cit.*, nota 15, p. 37: "que se refiere a los supuestos en que el hecho se cometió en el extranjero y con independencia de la nacionalidad de sus autores, afecta intereses o bienes jurídicos importantes para el Estado".

19 Se refiere al hecho de que si el delincuente no es extraditado para que sea castigado por otro Estado, se le aplique la ley penal propia para que no quede impune (*aut dedere, aut punire*): *ibidem*, p. 38.

un interés en que se persigan y castiguen, para evitar la impunidad. Este principio de jurisdicción universal está consagrado en la Ley Orgánica del Poder Judicial español de 1985, precisamente en su artículo 23.4 al que nos referimos más adelante.

V. DELITOS INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS: UNA RELACIÓN ESTRECHA

Ahora bien, en su razonamiento, el juez Luna Altamirano une los comentarios de delitos internacionales con el de violación de los derechos humanos. Esta tendencia que ya ha sido tratada en la doctrina de derecho internacional²⁰ es acertada, ya que los delitos para ser considerados en su carácter internacional generalmente violan principios fundamentales de derechos humanos; ya que con los actos punibles se afecta la libertad, la vida y la integridad física de las personas; bienes protegidos, tutelados por el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, tenemos en principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 3, 5 y 9) —aquí es notorio que el juez de distrito no se mete a discutir sobre la naturaleza jurídica de este documento internacional—, y también, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos 4.1, 5 y 7).

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6, 7 y 9) y la Carta del Tribunal Internacional de Nüremberg, de 6 de octubre de 1945, que establece en su artículo 6 un concepto de los delitos o crímenes que el derecho internacional sanciona por su crueldad o gravedad.²¹ Por su parte, lo dispuesto en dicho artículo 6 de Nüremberg ha sido el modelo para diferentes convenciones patrocinadas por la Organización de Naciones Unidas (ONU), como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948, de la que forman parte Argentina, España y México (artículo 2); la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes del 10 de diciembre de 1984, también ratificadas por Argentina, España y México (artículo 10); la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos tengan Trascendencia Internacional

20 Blanc, *op. cit.*, nota 11, 433 pp.

21 Véase Extradición..., *cit.*, nota 15, pp. 44 y 45.

del 2 de febrero de 1971 (artículos 1 y 2), y también se menciona a la Convención de Roma de 1998 que crea a la Corte Penal Internacional, la cual, si bien no se encuentra en funciones, es un punto de referencia pues codifica al derecho consuetudinario. De esta manera, es valiosa la clasificación y definición de los ilícitos de carácter internacional que la Convención de Roma hace.

La creación del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia por medio de la resolución 808 de 22 de febrero de 1993, del Consejo de Seguridad de la ONU; asimismo, la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 emitida por el mismo Consejo de Seguridad, mediante la cual se crea un Tribunal Penal Internacional para Ruanda; también en consideración por el Juzgado de Distrito.

VI. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR EL DERECHO INTERNO

El otro requisito *sine qua non* para que proceda la jurisdicción universal es el derecho interno, la conformación de un marco jurídico que la permita. En el caso de España, es clara. El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España establece:

[Artículo 23.4]

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, debe ser perseguida en España.

Esta postura del gobierno español tiene su parangón en legislaciones de otros Estados, como Luis Benavides lo observa al citar los casos de Bélgica, Dinamarca, Alemania, Israel, Holanda, Suiza y Estados Unidos de América.²²

Pero, ¿qué pasa en la legislación mexicana? En el caso Cavallo, el juez Luna Altamirano analiza la fundamentación jurídica de la jurisdicción española, e incluso llega a examinar la cuestión de la retroactividad de la legislación española, pero no se ocupa de estudiar el marco jurídico mexicano en lo que toca a la competencia, se limita a analizar el requisito impuesto por el tratado de extradición, de la doble criminalidad. Pero, sabemos que aquí se ven los aspectos del derecho sustantivo, los tipos del o de los delitos que supuestamente cometió el extraditable, no el derecho adjetivo.

El Código Penal federal contiene en su título segundo (los delitos contra el derecho internacional) los tipos de los delitos de piratería, violación de inmunidad y de neutralidad; en su título tercero (delitos contra la humanidad) la violación de los deberes de humanidad y el genocidio. En el libro segundo se refiere a los delitos de terrorismo, sabotaje y conspiración.

En cuanto a la jurisdicción, el Código Penal federal toma una postura territorial alternada. En principio, el artículo 1 dice: "Este código se aplicará en toda la República, para los delitos del orden federal".

Los artículos 2, 3, 4, 5 atenúa el territorialismo en su aplicación.²³ Además, es de comentarse que el artículo 133 de la Constitución permite la existencia de tipos de delitos en los tratados internacionales.

22 Benavides, Luis, *op. cit.*, nota 13, pp. 62-83.

23 El Código Penal federal establece textualmente: "Artículo 2o. Se aplicara, así mismo: I. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República, y II. Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron. Artículo 3o. Los delitos continuos cometidos en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes. La misma regla se aplicará en el caso de delitos continuados. Artículo 4o. Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I. Que el acusado se encuentre en la República: II. Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y III. Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República. Artículo 5o. Se consideran como ejecutados en territorio de la República: I. Los delitos cometidos por mexicanos por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; II. Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto el puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto: III. Los cometidos a bordo de un buque extranjero, surto en

Sin embargo, no se desprende de estas disposiciones que se permita la jurisdicción universal.

Para el juez mexicano Jesús Guadalupe Luna, la jurisdicción universal es una obligación que se desprende de los tratados internacionales y de la costumbre internacional. Aunque reconoce que la facultad de juzgar se ejerce inicialmente por el Estado, por su jurisdicción interna, y además tiene una jerarquía de *jus cogens* internacional.

En principio, debe decirse que por regla general, los presuntos responsables de crímenes de *lesa humanidad* (entre los que se encuentran comprendidos el de tortura y terrorismo) y el de genocidio, deben ser investigados, juzgados y castigados por el Estado dentro del cual tuvieron los actos ilícitos... empero, en algunas ocasiones pueden existir obstáculos en la legislación interna que impiden cumplir con esa obligación.

Sin embargo, los obstáculos que pudieran presentarse no impiden que los tribunales nacionales de otro Estado puedan ejercer su jurisdicción, es más, constituye una obligación el ejercerla, como las establecidas en las supraindicadas convenciones multilaterales; esto inclusive, aunque el crimen haya sido cometido en otro Estado o el autor no sea nacional del país, más aun, ante la falta de una Corte Penal Internacional encargada de juzgar a los responsable de tales crímenes considerados dentro del derecho internacional.²⁴

Esta observación es congruente con lo que se desprende del artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura que dice:

1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5,

puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública, o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad; IV. Los cometidos abordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que se señalan para buques las fracciones anteriores, y V. Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas. Artículo 60. Cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicaran éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

24 Extradición, *cit.*, nota 15.

si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

Este artículo es claro en cuanto que no exige, para conceder la jurisdicción, que la persona que pudiera cometer un crimen lo realice dentro del territorio del Estado de que se trate, y es claro en cuanto que contiene el principio de *aut dedere, aut punire*, y que en este caso está expresado así: “si no procede a su extradición someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.

No obstante lo anterior, el juez Luna Altamirano, en su opinión, se muestra cauteloso ya que pide “algún punto de conexión con el cual se identifique al Estado” y a su juicio se manifiesta en las siguientes circunstancias:

- La competencia del Estado para conocer de los delitos considerados en el derecho internacional deben encontrar su fundamento en la legislación interna.
- En dicha legislación interna se debe especificar los supuestos por los cuales procede, como pueden ser: el que se atente contra la seguridad del mismo, o bien que el sujeto activo o las víctimas sean nacionales o cualquier otra circunstancia que lo relacione.
- Que no procede cuando los actos violatorios “ya hubieren sido juzgados en el lugar en que se cometieron”.²⁵

Entonces, hay una relación recíproca entre el marco jurídico internacional y el marco jurídico interno. Por un lado, los tratados internacionales establecen obligaciones a los Estados parte de legislar en cierta dirección: “Artículo 2.1 Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”.²⁶

O bien:

Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no concede la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.²⁷

25 *Idem*.

26 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Criminales, Inhumanas o Degradantes.

27 *Ibidem*, artículo 5.2.

Es decir, encontramos aquí el principio *aut dedere, aut punire*.

Lo mismo sucede, en el caso de la convención sobre genocidio, aunque de una manera más escueta.

Artículo V. Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

También, las Convenciones de Ginebra de 1949, que son la base del derecho humanitario internacional, establecen este tipo de obligaciones.²⁸

La misma Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 contiene la disyuntiva expresada en el principio *aut dedere, aut punire*, cuando en su artículo III “se obliga a los Estados contratantes a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional de las personas a que se refiere el artículo II de la presente convención”.

De todas maneras, esta obligación de juzgar a los perpetradores de los graves delitos de la humanidad, independientemente de dónde cometieron su ilícito, tiene una naturaleza consuetudinaria, como lo reconoce el juzgador mexicano: “Ciertamente la jurisdicción supranacional o extraterritorial, concebido en el seno del derecho consuetudinario, y plasmado en diversas convenciones multilaterales...”²⁹

Sin embargo, en el caso mexicano surge la cuestión sobre si es posible invocar las normas que derivan de la costumbre internacional. La Constitución no la reconoce. Sin embargo, sería absurdo que la costumbre no se aplicara en el sistema jurídico mexicano. La respuesta a este cuestionamiento se da a través precisamente de los tratados internacionales. México es parte de la Carta de San Francisco que al mismo tiempo contiene el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y como sabe-

28 Véase Fraidenraij, Susana, “Relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional: el desafío de la implementación”, en Fraidenraij, Susana y Méndez Silva, Ricardo (comps.), *Elementos de derecho internacional humanitario*, México, UNAM, 2001, pp. 157-168.

29 Extradición..., *cit.*, nota 15, p. 58.

mos, el artículo 38 contiene las fuentes del derecho internacional. Entonces, podemos interpretar que al ser la Carta de San Francisco la “Ley Suprema de toda la Unión” en nuestro país, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución le es aplicable también la disposición en relación con las fuentes de derecho internacional.

VII. LA DOBLE CRIMINALIDAD Y LA PRESCRIPCIÓN

El análisis hecho tanto por el juez Luna Altamirano como por la SRE para probar la doble criminalidad tiene coincidencias y solamente algunas diferencias que no son de fondo. Con base en el análisis de la legislación interna y los tratados internacionales de los que ambos países, España y México, son partes, ambas instancias de gobierno concluyen que se da la doble criminalidad para los delitos de genocidio, tortura y terrorismo. Sin embargo, en lo relativo a la prescripción hay diferencias fundamentales, ya que por un lado el juez Luna Altamirano considera que en tanto los delitos de genocidio como de terrorismo no están prescritos y el delito de tortura está prescrito, apoyándose fundamentalmente en el derecho interno, en el caso de la SRE, su opinión es que los tres delitos aún están vigentes, no están prescritos y se fundamenta en el derecho interno e internacional. En su alegato sobre derecho interno, se basa en la figura de la acumulación que se da cuando alguien es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos y, en ese caso, se toma la pena del delito más grave, que en el caso concreto es el del genocidio.

1. *Genocidio*

En la legislación española, el delito de genocidio se encontraba contemplado en el artículo 137 bis, inciso a), del Código Penal español, desde 1971 y a lo largo de toda la época de los hechos (1976-1983), catalogado contra el derecho de gentes.³⁰ Sin embargo, en la solicitud formal de

30 Dicho delito estaba definido en los siguientes términos: “Artículo 137 bis, inciso a) Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, racial o religioso perpetraren alguno de los actos, serán castigados: 1o. Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros. 2o. Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de los individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud”. En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzados del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza

extradición se manifiesta que actualmente el delito de genocidio se encuentra previsto en el artículo 607 del Código Penal español en vigor.³¹

En cuanto a la legislación mexicana, el delito de genocidio está previsto desde el 20 de enero de 1967 en el primero de los párrafos del artículo 149 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en los siguientes términos: “Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquéllos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo”.

Los demás párrafos del mismo precepto prevén las sanciones aplicables a diversas hipótesis:

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos.

Si con idéntico propósito se llevaran a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de dieciséis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

de un grupo a otro. La pena de reclusión mayor a que se refiere este precepto es la que oscila entre 20 años y un día y 30 años y la menor entre 12 años un día y 20 años, conforme al artículo 30 del Código Penal español entonces vigente.

31 El artículo 607 del Código Penal español establece: “1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1. Con la pena de prisión *de quince a veinte años*, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado. 2. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a algunos de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149. 3. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150. 4. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. 5. Con la prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2 y 3 de este apartado. 6. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años”.

Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

En caso de que los responsables de dichos delitos fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos y los cometieren en ejercicio de funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

Se trata por tanto de un delito penado por la legislación mexicana, con una sanción mayor a un año, con lo que se cumplen los requisitos exigidos por el numeral 1 del artículo 2 del Tratado Bilateral de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal.

2. Prescripción del delito de genocidio

Uno de los puntos más destacados es el relativo a la prescripción. Al respecto, la SRE razona que el entonces vigente código de 1931 disponía, en su artículo 105, que: “La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito; pero en ningún caso bajará de tres años”.

En aplicación de esta disposición, el delito de que se trata prescribiría entonces en 40 años pero, en virtud del artículo 118, la prescripción se computa con base en el término medio aritmético, que sería de 30 años (en el entendido de que el término de la prescripción de la acción, según ese precepto, es el mismo que el de la sanción). Sin embargo, en su artículo 64,³² el código contenía, para el caso de acumulación, una clara disposición en materia de “Aplicación de sanciones a los responsables de varios delitos y a los reincidentes” (por tratarse de un delito que se persigue de oficio, no le son aplicables las reglas de prescripción de los artículos 107 a 109, referentes a los delitos perseguibles por querrela de parte).

La Secretaría de Relaciones Exteriores recurre al concepto de acumulación de delitos para fundamentar que el delito de genocidio no está prescrito en el caso concreto:

32 El artículo 64 establece: “en caso de acumulación, se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos sin que nunca pueda exceder de 40 años, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 52”.

Dado que el delito mayor en este caso es, como se verá más adelante, precisamente el de genocidio, entonces conforme al artículo 64 la prescripción mínima en este caso de acumulación para éste y los otros dos delitos es de 30 años.

Se está frente a una acumulación en los términos del artículo 18 del mismo código, porque éste dispone:

Hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlas no está prescrita.³³

Es de notarse que el acuerdo de la Secretaría de Relaciones Exteriores se basa en la costumbre internacional al reconocer que el delito de genocidio es “nacido primero de la costumbre internacional y eventualmente codificado en un tratado, como lo fue la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, de la que España y México son partes”.³⁴ Sin embargo, en una especie de trapezio, da un salto sin antes fundamentarlo en derecho internacional, y con base en el derecho interno afirma que el delito de que se trata no está prescrito, por lo que se cumple con lo exigido en la materia por el artículo 10 del Tratado Bilateral de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal.

3. Tortura

En lo correspondiente a la tortura, éste delito se encontraba contemplado en el artículo 204 bis del Código Penal español vigente en la época de los hechos.³⁵

En la actualidad, el delito de tortura se encuentra contemplado en el artículo 174 del Código Penal español, que a la letra señala:

33 Acuerdo del Secretario de Relaciones Exteriores, 2 de febrero de 2001.

34 La Secretaría de Relaciones Exteriores en su acuerdo hace referencia a los casos: del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, que en su fallo rendido el 7 de mayo de 1997 en el caso *Dusko Tadic* analiza la cuestión del carácter consuetudinario en derecho internacional humanitario, de la prohibición del delito de genocidio y otros crímenes de lesa humanidad; también el acuerdo hace referencia al fallo dictado por el Tribunal Penal para Ruanda establecido en 1994 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que confirmó la jurisprudencia internacional del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia en relación con el delito de genocidio, en el fallo rendido el 2 de septiembre de 1998 en el caso *Jean-Paul Akayesu*.

35 Textualmente el artículo 204 bis establecía: “La autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiére alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del título VIII y capítulo VI del título XII de éste código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial”.

1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

Como es evidente el delito de tortura era entonces y es ahora punible con una pena mayor a un año de prisión. Además, en cuanto a la prescripción, el delito prescribía en la época de los hechos a los 20 años, conforme a los artículos 113 y 114 del Código Penal español y, actualmente, dicha cifra permanece en el artículo 131 del código vigente, anota la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Por su parte, en lo que toca a la legislación mexicana, hay que tomar en cuenta que las fracciones II y IV del artículo 214 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, vigente en la época de los hechos, no se refería a la tortura sino a las mismas conductas bajo el nombre de “abuso de autoridad”, imputable a “todo funcionario público, agente del gobierno o sus comisionados, sea cual fuere su categoría”.³⁶ A esto hay que agregar el fundamento constitucional que se encuentra en el artículo 22 de la carta fundamental, que prohíbe las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

Sumémosle a lo anterior que México es parte de diversos tratados internacionales como la Convención Americana para Prevenir y Sancionar

36 “II. Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas, hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare injustamente o la insultare” o “IV. Cuando ejecute cualquiera otro acto arbitrario, y .atentatorio a los derechos garantizados en la Constitución”.

la Tortura de 1985 que establece en su artículo: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Lo anterior lleva a concluir que en cuanto al principio de doble incriminación que exige el artículo 2, numeral 1, del Tratado Bilateral de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, éste queda cumplido con la citada disposición del referido Código Penal de 1931, que además posteriormente fue elevada a Ley Suprema de la Unión mediante la participación de México en el pacto de 1966 y en la convención de 1969.

Ahora bien, hace notar la Secretaría de Relaciones Exteriores, en materia de prescripción, que el entonces vigente Código Penal disponía, en su artículo 105: “La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito; pero en ningún caso bajará de tres años”.

En aplicación de esta disposición, el delito de que se trata prescribiría entonces en 3 años. Sin embargo, en su artículo 64, el Código Penal contenía, para el caso de acumulación, una clara disposición en materia de “Aplicación de sanciones a los responsables de varios delitos y a los reinidentes”: “Artículo 64. En caso de acumulación, se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos sin que nunca pueda exceder de 40 años, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 52”.

Con base en esta disposición, la Secretaría de Relaciones Exteriores recuerda que en el caso el delito mayor es el de genocidio, previsto en el artículo 149 bis del Código Penal y pensado en la misma disposición con 20 a 40 años de prisión y que, conforme al artículo 118 de ese ordenamiento, para la prescripción se debía tomar como base el término medio aritmético de dicha pena, entonces conforme al artículo 64, la prescripción mínima en este caso de acumulación para los tres delitos es de 30 años.

Aquí es importante destacar la postura de la Secretaría de Relaciones Exteriores que de alguna manera hace valer el derecho consuetudinario internacional al remarcar que tanto México como España:

Son parte de un conjunto de convenciones multilaterales que contienen disposiciones expresas que prevén el delito de tortura, cuya jerarquía en derecho internacional general permite sostener que esta prohibición es: 1) una norma consuetudinaria oponible *erga omnes*; 2) no-derogable, ni siquiera

en casos de emergencia nacional; y 3) por lo tanto, poseyendo un rango de norma imperativa de derecho internacional general.

Estas afirmaciones son apuntaladas por las siguientes:

A la luz de lo anteriormente expuesto, resulta también de la mayor importancia, reiterar que cualquier interpretación o aplicación de las reglas de prescripción en derecho mexicano, que tuviese el efecto de precluir, por prescripción, la posibilidad de perseguir y castigar el delito de tortura, tendría no solamente dicho efecto necesario de que México incumpliera con sus obligaciones internacionales en la materia (y muy independientemente de la responsabilidad jurídica internacional que con dicho incumplimiento podría imputársele al país), sino que tendría además el efecto de agraviar a todos los demás beneficiarios de dichas obligaciones, que son los demás individuos que se encuentran en territorio nacional, y que tienen derecho a que el Estado mexicano mantenga vigente en toda circunstancia la posibilidad de perseguir y castigar ese delito.

De lo anterior se pueden desprender tres aspectos importantes en relación con la posible prescripción del delito de tortura:

- Si es declarada la prescripción, México incumpliría con sus obligaciones internacionales.
- Lo cual traería en consecuencia la imputación de responsabilidad internacional para el Estado mexicano.
- Agraviaría a todos los demás individuos que se vean afectados por un delito de tortura.

4. *Terrorismo*

En lo que toca a la legislación española, el delito de terrorismo se encontraba contemplado y se penaba con sanciones mayores a un año en los artículos 173, 174 y 174 bis, inciso b) del Código Penal español vigente en la época de los hechos (1976-1983).³⁷

37 "Artículo 173. Son asociaciones ilícitas: 1o. Las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. 2o. Las que, aún teniendo por objeto un fin lícito emplearen medios violentos para su consecución. 3o. Las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar. 4o. Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella". "Artículo 174. En los casos previstos en el artículo anterior se impondrán las siguientes penas: 1o. A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones mencionadas, las de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 250.000 a 2.500.000 pesetas. 2o. A los miembros activos, la de arresto mayor. Dichas

La pena de reclusión mayor a que se refiere este precepto es la de 20 años y un día a 30 años, y la menor de 12 años y un día a 20 años conforme a lo dispuesto por el artículo 30 del Código Penal español entonces en vigor.

El delito prescribía en la época de los hechos a los 20 años, conforme a los artículos 113 y 114 del Código Penal español y, actualmente, dicha cifra permanece en el artículo 131 del código vigente.

Hoy, el delito se encuentra previsto y sancionado en los artículos 515, 516-2o. y 571 en vigencia del Código Penal español.³⁸

En lo tocante a la legislación mexicana, el delito de terrorismo se encuentra contemplado y penado con sanciones mayores a un año, desde 1970 y hasta la fecha, en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ahora Código Penal federal.³⁹

penas se impondrán en su grado máximo cuando se hubiere cometido algún delito contra la vida o la libertad de las personas, sin perjuicio de la pena que por éstos correspondiere. 3o. A los promotores y directivos de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos, las de prisión mayor en su grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. A los integrantes de las citadas bandas u organizaciones la prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. Asimismo se acordará la disolución de la asociación ilícita". "Artículo 174 bis, b). El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquellas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor".

38 "Artículo 515. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. 2. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. 3. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 4. Las organizaciones de carácter paramilitar. 5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, razón o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello". "Artículo 516. En los casos previstos en el número 2 del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas: 1. A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de *prisión de ocho a catorce años* y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años. 2. A los integrantes de las citadas organizaciones, la de *prisión de seis a doce años*, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años". "Artículo 571. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la *pena de prisión de quince a veinte años*, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas".

39 El artículo 139 establece: "Se impondrá pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta

En materia de prescripción, la Secretaría de Relaciones Exteriores utiliza la argumentación de la acumulación, como lo hizo con los dos delitos anteriores, y razona que el entonces vigente código de 1931 disponía, en su artículo 105, que: “La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito; pero en ningún caso bajará de tres años”.

Además, agrega la SRE que en aplicación de esta disposición, el delito de que se trata prescribiría entonces en 40 años pero, en virtud del artículo 118, la prescripción se computa sobre la base del término medio aritmético que, en este caso, sería de 21 años. Sin embargo, en su artículo 64 el código contenía, para el caso de acumulación, una clara disposición en materia de “Aplicación de sanciones a los responsables de varios delitos y a los reincidentes”: “Artículo 64. En caso de acumulación, se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos sin que nunca pueda exceder de 40 años, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 52”.

Dado que el delito mayor en este caso es, como se vio anteriormente, el de genocidio, que prescribe a los 30 años, entonces conforme al artículo 64 la prescripción mínima en este caso de acumulación para éste, como para los otros dos delitos, es de 30 años (en el entendido de que el término de prescripción de la acción, según ese precepto, es el mismo que el de la sanción).

Se está frente a una acumulación en los términos del artículo 18 del mismo código, porque éste dispone: “Hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlas no está prescrita”.

Es decir en los tres delitos se toma como referencia para la prescripción el delito de genocidio que es el de mayor gravedad y mayor sanción.

de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación. Se aplicará pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un terrorista y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades”.

VIII. LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE DEL 10 DE JUNIO DE 2003

Como última decisión de uno de los poderes de la Federación mexicana, tiene la característica de constituirse en la *opinio juris* del Estado mexicano. En forma puntual y concreta, la postura de la SCJN se reduce a los siguientes puntos.

1. *Los delitos de genocidio y terrorismo no son delitos políticos*

La SCJN aduce que el delito de genocidio “no tiene la naturaleza de político por ser un ilícito contra la humanidad que tutela la integridad de los grupos humanos de orden nacional, racial, lingüístico o religioso por virtud de su propia naturaleza o carácter, y no así la organización política del Estado o los derechos políticos de sus ciudadanos”.⁴⁰

Esta afirmación tiene que ver con la prohibición de extradición que está en la generalidad de los tratados de extradición respecto de “reos políticos” como reza el artículo 15 de la Constitución mexicana. También es trascendente la jerarquía que se le da al delito de genocidio: “un ilícito contra la humanidad”, lo cual en un derecho internacional que reconoce jerarquías, como el derecho imperativo internacional, este calificativo es muy trascendente.

En lo que toca a la afirmación de que el delito de terrorismo “tampoco es de naturaleza política por ser un ilícito contra la seguridad nacional y de las personas”,⁴¹ es una afirmación correcta y está explorado el asunto en la doctrina de derecho internacional.⁴²

2. *No se analiza la competencia del tribunal del país requirente*

Una postura interesante y también polémica de la SCJN es la que se expresa en el considerando duodécimo de la sentencia de la SCJN que explica que:

40 Amparo en Revisión 140, página VI de la síntesis.

41 *Idem*.

42 “El terrorismo viene a ser el arquetipo de *hostes humanis generis*, lo cual representa una amenaza para la paz y el orden internacional, y plantea, además, una grave amenaza en contra de la humanidad”. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, México, UNAM, 2000, p. 123.

Debe concluirse que en el procedimiento de extradición a requerimiento de Estado extranjero, no es factible que las autoridades de México analicen la competencia del tribunal del país requirente, ya que de lo contrario sería necesario realizar un análisis o estudio de la legislación interna del país requirente, con el fin de determinar la legalidad o ilegalidad de la determinación de competencia efectuada por el tribunal que emitió la resolución judicial con base en la cual se pide la extradición, vulnerándose con ello la soberanía del Estado requirente, porque se conculcaría la facultad de dicho tribunal para analizar esa cuestión cuando fuese oportuno en el proceso penal correspondiente. De ahí lo infundado del agravio a estudio.

El asunto de la competencia es de gran importancia, fue planteado por la defensa de Cavallo, alegando la carencia de competencia del gobierno español “para solicitar la extradición de Cavallo y ser juzgado por hechos ocurridos en Argentina”. La SCJN no se mete al análisis de la competencia del gobierno español, no obstante lo dispuesto en el artículo 10-II de la Ley de Extradición Internacional mexicana:

El Estado mexicano exigirá para el “trámite de la petición, que el Estado solicitante” (*sic*) se comprometa:... III. Que el presunto “extraditado será sometido a tribunal competente, “establecido por la ley con anterioridad al delito “que se le imputa en la demanda”, para que se le “juzgue y sentencie con las formalidades de “derecho...”

A juicio de la SCJN, esto no implica analizar la competencia de los tribunales del país requirente, ya que su deber es sólo pedir que el presunto extraditado sea sometido al tribunal competente; de otra manera se puede violar la soberanía, en este caso de España. Esta interpretación de la SCJN, celosa del respeto de la soberanía de España, no satisfizo a mucha gente, por razones diferentes y en las que se manifiestan los puntos de vista de dos corrientes, bastante claras, la de los internacionalistas y la de los territorialistas.

En principio, desde una posición que podemos denominar territorialista, el ministro Humberto Román Palacios emitió un voto particular en que expone su postura en contra de la decisión de la corte de no calificar la competencia del Estado requirente. Su voto disidente lo fundamenta en los siguientes puntos:

- El artículo 10-II de la ley mexicana de extradición internacional sí obliga a calificar la competencia del tribunal requirente, ya que el

presunto extraditado debe ser juzgado ante tribunal competente establecido por la ley, con anterioridad al delito que se le imputa.

- El presunto extraditado deba ser juzgado ante tribunal competente establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa, y en el caso concreto, al quejoso Ricardo Miguel Cavallo se le atribuyen delitos cometidos durante la dictadura argentina que tuvo lugar en el periodo comprendido del veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y seis al diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, es claro que para que proceda su extradición al Estado requirente debe ser juzgado en aquel país por un tribunal competente establecido por ley con anterioridad a esas fechas, esto es anterior a mil novecientos setenta y seis.
- Sin embargo, el Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de España, en el cual pretende juzgarse al quejoso, funda su competencia en la jurisdicción universal desprendida del artículo 23, apartado cuarto, de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, de primero de julio de mil novecientos ochenta y cinco, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, al dos del propio mes y año, y en vigor a partir del día siguiente, esto es, dicha ley fue expedida con posterioridad a los hechos ilícitos que se le atribuyen al ahora quejoso.
- El Estado mexicano no puede acceder a la solicitud de extradición formulada por el Estado español con el fin de extraditar a ese país a Cavallo, para ser juzgado por los hechos ilícitos materia de la citada solicitud, porque no sería juzgado por tribunal competente establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa, infringiéndose así lo dispuesto en el artículo 10, fracción III, de la Ley de Extradición Internacional.
- El Estado requirente carece legalmente de jurisdicción para juzgar a Cavallo por el delito de genocidio, ya que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio convino que las personas acusadas de genocidio y de los demás ilícitos enumerados en el artículo III del propio ordenamiento, serían juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que fuese competente respecto de aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción; esto es, en dicho ordenamiento internacional sólo se le recono-

ció jurisdicción a los tribunales del lugar de los hechos o un tribunal internacional cuyas partes contratantes hayan reconocido su jurisdicción.

- En esas condiciones, es inconcuso que el Estado mexicano no puede reconocerle jurisdicción al Reino de España para juzgar a Ricardo Miguel Cavallo por el delito de genocidio, porque con base en el Convenio sobre Genocidio, México sólo puede reconocerle jurisdicción, esto es, competencia legal para conocer del delito de genocidio y los demás hechos ilícitos descritos en el artículo III, del propio convenio, a los tribunales del Estado en cuyo territorio se hayan cometido los hechos ilícitos o a la Corte Penal Internacional a la cual las partes contratantes hayan reconocido su jurisdicción.

Se evidencia del voto disidente del ministro Palacios una negativa de enfocar el asunto desde la perspectiva internacional; y esto puede ser entendible para los profesionales, aún de alto nivel, que tienen una vida resolviendo asuntos ajenos a las categorías del derecho internacional.

En la misma tónica están el voto de la minoría de los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan Díaz Romero, para quienes en interpretación del artículo VI de la convención de genocidio, Cavallo “puede válidamente ser juzgado por el delito de genocidio, sólo por un tribunal argentino o por la Corte Penal Internacional, sin que se estime pertinente la aplicación de principios de ‘justicia universal’, pues independientemente de que por ahora carecen de certeza y seguridad, nuestra Constitución no autoriza su adopción”.

Ahora bien, desde otra óptica —que podemos denominar internacionalista— la del fiscal de la Fiscalía Anticorrupción, Carlos Castresana: la SCJN perdió la gran oportunidad, para que, sin florituras, declarara la jurisdicción universal. Para eso sólo bastaba revisar las Convenciones de Ginebra de 1949 (artículos 49 del convenio I, el 50 de la convención II, el 129 de la convención III y el 146 de la convención IV) y la jurisprudencia internacional.⁴³

43 Castresana afirma, al referirse a la jurisdicción universal: “Como ha reconocido la Corte Suprema de Alemania, en sentencia del 21 de febrero del 2001, se trata de una norma de *ius cogens* de derecho internacional: obligatoria, por tanto, para los tribunales mexicanos. Así pues, la jurisdicción universal se sustenta sobre la base de la existencia de bienes jurídicos supranacionales y, en consecuencia, es un derecho/deber de todos los Estados proteger esos bienes jurídicos de derecho internacional y perseguir a quienes los lesionan, considerados *hostis humani generis*, enemigos del género humano. En este sentido, se han pronunciado el Tribunal Constitucional alemán, sala II, en el caso

En efecto, en forma abundante y reiterada en los expedientes de la SRE, del Juzgado de Distrito que emitió la opinión jurídica y aún en el expediente formado ante la SCJN, se encuentran los elementos de derecho internacional para fundamentar la jurisdicción universal.

3. *Prescripción del delito de tortura*

Otra vez, desde una perspectiva territorialista, la SCJN considera que el delito de tortura, como lo afirmó el juez Luna Altamirano, está prescrito. En efecto, basándose en el derecho interno, el más alto tribunal de México concluye que no procede la acumulación de delitos, como lo plantea la SRE, y en consecuencia los delitos y su prescripción se analizan individualmente, por lo cual, desde esta perspectiva, es fácil afirmar que ya prescribió el delito de tortura.

Desde la perspectiva internacional, que se omitió en términos generales, se olvidaron sentencias célebres, como la dictada por el tribunal para la ex-Yugoslavia en el caso *Furundzija y Celebici*:

Debe de sostenerse que los crímenes internacionales son condenados cualquiera que sea el lugar en que se cometan y que cualquier Estado tiene derecho a perseguir y castigar a los autores de tales crímenes.

Sin duda la jurisdicción universal existe y no carece de certeza y seguridad como se afirmó por los ministros de la SCJN, ya que en este momento hay una embestida en contra de la ley que otorga desde hace 10 años a la justicia belga competencia universal en delitos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad.

Bosnia Herzegovina, la Sentencia Eichmann de la Corte Suprema de Israel, la Cámara de los Lores británica y muchos otros tribunales. Esa doctrina, que podía y debía haber sido declarada por la SCJN, es particularmente importante, por obvias razones, para un país como México, que tiene a más de un 10% de su población viviendo fuera de sus fronteras, muchas veces en una situación de desprotección extrema. Esa elusión de la cuestión podría haber obedecido a consideraciones de orden doméstico, pero en tal caso, el propósito de evitar, por comprometido, tal pronunciamiento, sería tan vano como querer almacenar el agua en un cesto de mimbre. La jurisdicción universal está ahí y seguirá estando, la reconozcan o no los tribunales mexicanos. Si la reconocen, eso impedirá a los jueces mexicanos dar protección a personas de otras nacionalidades, pero no evitará que los mexicanos vayan a buscar en otra parte la justicia que pueda serles negada en su tierra, a la que tienen derecho, y cuya tutela, que es el primer deber de los jueces mexicanos, puede serles reconocida también por los otros países". Castresana, *op. cit.*, nota 1, pp. 31 y 32.

IX. LOS PRINCIPIOS DE POLÍTICA EXTERIOR DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN

Uno de los aspectos más interesantes en la doctrina del derecho constitucional mexicana es el relativo al control que se tiene del cumplimiento del artículo 89-X de la Constitución en relación con los principios de política exterior a que se debe ajustar el presidente de la república en el ejercicio de sus funciones en la esfera internacional. Recordemos que la Constitución mexicana, en dicho artículo establece:

Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes:... X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales...

De la lectura de este artículo se podrían desprender varias cuestiones. La primera es la que se refiere a si el presidente debe ajustarse a los principios que la misma Constitución establece sólo en lo referente a la conducción de la política exterior o si también se refiere a la celebración de los tratados. En una lectura meramente gramatical, la respuesta podría ser que se refiere sólo a la política exterior, sin embargo en una interpretación teleológica se podría entender que también están incluidos los tratados internacionales, de otra manera no sería posible negociarlos (y negociar es parte de la política exterior), en contradicción con los principios que al final de cuentas están contenidos en el derecho internacional convencional del que es parte México.

La otra cuestión es la relativa a los tipos de controles que tiene el sistema constitucional mexicano respecto del Ejecutivo para que cumpla con los principios. La misma Constitución, en su artículo 76-I, establece la facultad del Senado de: "Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el presidente de la república y el secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso...". Esta idea de "analizar" es bastante limitada, es un con-

trol que es bastante intrascendente. Por eso la sentencia de la SCJN es trascendente e interesante en el caso Cavallo.

La defensa de Cavallo en su demanda de amparo argumentó que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio era violatoria del artículo 89, fracción X, de la Constitución federal, porque los artículos V, VI y VII de la misma autorizaban que el derecho positivo de los Estados que suscribieron dicha convención o se adhirieron a la misma, a través de sus tribunales, conocieran de los delitos cometidos fuera de su territorio por personas ajenas a sus ciudadanos y en perjuicio de personas igualmente ajenas a los mismos, lo que implicaba la violación de los principios de la autodeterminación de los pueblos y de la no intervención, contenidos en dicho artículo constitucional.

La SCJN después de un análisis gramatical y jurídico⁴⁴ estableció que:

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, era un instrumento que buscaba la cooperación internacional para la prevención y sanción de lo que se consideraba un flagelo odioso que ha infligido grandes pérdidas a la humanidad, como lo era el delito internacional de genocidio cometido tanto en tiempos de guerra como de paz, la misma no podía constituir un mecanismo que limitara la autodeterminación de los pueblos ni tampoco interferiere en las decisiones que éstos asumieran sobre su organización política interna, impidiéndoles hacerlo libremente, máxime que en el artículo V, de la propia convención se facultaba a las partes contratantes a que adoptaran con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de dicha convención, lo cual significaba que no imponía a nuestro país la obligación de acatarla en contra de la carta magna, sino con arreglo a ésta, por lo que era claro que quedaba en libertad de hacerlo con base precisamente en nuestra Constitución y, por consiguiente que no podía ser contraria a ella.⁴⁵

Independientemente de que la postura del Poder Judicial es la correcta, y más cuando los Estados, fuera del *jus cogens* internacional, tienen la libertad de realizar tratados internacionales con plena libertad, por lo cual no es posible alegar violaciones a los principios de autodeterminación y de no intervención en los asuntos internos de los Estados; lo interesante

44 Hace referencia al principio de no intervención definido por el artículo 18 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), suscrita en Bogotá en 1948, y reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967.

45 Amparo en revisión 140/2002, consultado en www.scjn.gob.mx/inicial.asp.

del asunto es que hay una aceptación tácita de la SCJN para controlar los actos del Poder Ejecutivo en materia de política exterior, y no se deja al control vacuo del Senado que tiene facultad de conocer “analizar” la política exterior. Con esto se disipa la duda sobre los controles del Poder Judicial sobre los actos del Poder Ejecutivo en materia de política exterior.

X. LEY DE PUNTO FINAL Y LEY DE OBEDIENCIA DEBIDA

Uno de los aspectos más trascendentes en el caso Cavallo es la legalidad, desde la perspectiva del derecho internacional, de las leyes argentinas de punto final y obediencia debida que impiden hasta la fecha el juzgamiento de todos aquellos que cometieron crímenes durante la dictadura argentina. En efecto, el gobierno argentino aprobó el 21 de diciembre de 1986 la Ley de Punto Final y el 9 de junio de 1987 la Ley de Obediencia Debida; con tales disposiciones normativas se pretendía una reconciliación nacional y un tránsito pacífico a un régimen democrático.

Las dos leyes que de *facto* conceden a los delincuentes inmunidad, y convierten al territorio argentino en un paraíso de impunidad (recordemos que Cavallo, cuando fue identificado como represor argentino en México, regresaba presuroso a su país, presuntamente para ampararse en el manto de impunidad que las dos leyes proporcionan), con la jurisdicción universal crean una doble situación; por un lado si bien producen una impunidad para los delincuentes de la dictadura en el territorio argentino, por otro lado, y al mismo tiempo, crean un descrédito del régimen democrático y un sentimiento de pérdida de la soberanía estatal. Al menos así se advierte de la reacción del gobierno del presidente argentino Néstor Kirchner al fallo mexicano de extradición de Cavallo, quien criticó las dos leyes y afirmó que “No tenemos la menos duda de que la justicia debe estar en nuestro país y eso hubiera sucedido si no hubieran aprobado esas leyes (se refiere a las leyes de punto final y obediencia debida). Nosotros hemos insistido en que deben ser juzgados aquí”.⁴⁶

Por supuesto tales leyes tienen una explicación política y su análisis también corresponde a la ciencia política, pero desde la perspectiva del derecho internacional también son objeto de análisis. En principio, se ha planteado la cuestión, en derecho internacional, de cómo debe de actuar

46 *La Jornada*, México, 11 de julio de 2003.

un nuevo régimen (por ejemplo un nuevo régimen surgido después de una dictadura, como fue el caso argentino o el chileno) respecto de los acusados por serias violaciones cometidas en el régimen anterior. Aquí se refiere a si deben de ser juzgados los violadores o no, en el caso afirmativo, si se deben de juzgar los individuos o sólo los líderes.

En nuestro continente americano, desafortunadamente tenemos ejemplos de diferentes categorías de respuestas en los regímenes posteriores a las dictaduras. Concretamente en Argentina, Uruguay y Chile se dieron respuestas que aunque tienen en común la amnistía, son diferentes en matices. Así, por ejemplo, en el caso de Argentina se empleó una combinación de persecución, exoneración y perdón. En Uruguay, apoyado en un plebiscito que trajo consigo una legislación, el gobierno post dictadura se inclinó a favor de una amnistía general sin persecución e informando sobre lo ocurrido. Chile se inclinó contra la persecución, pero su presidente creó una Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación para investigar e informar sobre lo ocurrido en la sangrienta dictadura.⁴⁷ En el Salvador también se creó la Comisión de Naciones Unidas de la Verdad. En varios de estos Estados se creó un sistema de compensaciones a favor de las víctimas.

El derecho internacional claramente establece sanciones para los violadores de los grandes crímenes, sin embargo cuando se trata de leyes internas que perdonan tales crímenes, hay cierta laxitud de los Estados para exigir el cumplimiento de la normatividad internacional. Desde la perspectiva política, los gobiernos se encuentran, en algunos casos, en un aparente dilema: por una parte, los nuevos gobiernos se encuentran en una situación de debilidad frente a los factores de poder heredados por los sistemas dictatoriales, y por el otro lado, esta situación de impunidad erosiona la legalidad en momentos en que precisamente el nuevo régimen debe crear un sistema estricto de Estado de derecho.

Este es un aparente dilema, ya que también la historia reciente de los gobiernos de las post-dictaduras de América del Sur ha probado que inclinarse por la impunidad que dan las leyes del “perdón” o “reconciliación”, lo único que hace es postergar conflictos que yacen en la sociedad. Es el caso de Chile, con Pinochet, en donde el perdón al

47 Steiner, Henry J. y Alston, Philip, *International Human Rights in Context*, Oxford, Parendon Press, 1995, p. 1085.

dictador fue un conflicto potencial que hizo crisis con el juicio ante los tribunales españoles e ingleses.

En el caso argentino, el presidente Raúl Alfonsín, electo después de la caída de la junta militar que gobernaba en el país, creó una Comisión de Desaparecidos, dirigida por el escritor Ernesto Sábato, con plenas facultades para investigar y realizar un reporte sobre los crímenes cometidos por la dictadura.

El reporte de la Comisión de Sábato fue denominado “Nunca más” y tenía un corto alcance jurídico, ya que no juzgó sobre la responsabilidad individual, de tal manera que Alfonsín tenía que determinar qué hacer con la responsabilidad individual de los militares golpistas, así como de los ejecutores de sus órdenes. Un paso importante ya estaba dado con la Comisión de Sábato, pues en el reporte que originó se establecen las leyes que fueron violadas. Así, el gobierno argentino aprobó la ley 23.049 del 14 de febrero de 1984, que por cierto fue proyectada por el filósofo Carlos Nino.

De acuerdo con esta ley, se estableció primero que todos los militares acusados de crímenes en la guerra sucia deberían ser juzgados, en primera instancia por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, pero la decisión que ese consejo dicte debe ser recusado automáticamente por la Cámara Federal de Apelación, un tribunal no militar, sino civil. Además, en el artículo 11 de la ley mencionada se prevé que en ausencia de cualquier evidencia en contrario, cualquier miembro del ejército que actuó sin una capacidad de decisión, debía justificar su actuación por provenir de órdenes legítimas, y además se hacía una excepción de los actos atroces o aberrantes.⁴⁸

Este es un punto importante de analizar, ya que en el mismo Estado se reconoce la limitación al principio de la “obediencia debida”, que los militares esgrimen como defensa. El concepto de crímenes atroces y aberrantes, como crímenes que no justifican el perdón tiene relación con los postulados del derecho penal internacional de crímenes de preocupación de toda la humanidad.

Con motivo de la Ley 23.049 se juzgó, en 1985, a nueve comandantes de las fuerzas militares. Las sentencias dictadas fueron bastante polémicas por considerarse muy benignas para los acusados.⁴⁹

48 *Ibidem*, pp. 1094-1095.

49 *Ibidem*, p. 1095.

También el gobierno argentino aprobó el 21 de diciembre de 1986 la Ley de Punto Final y el 9 de junio de 1987 la Ley de Obediencia Debida. La Ley de Punto Final establece:

Artículo 10. Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona, por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley No. 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

En las mismas condiciones se extinguirá la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983.⁵⁰

Por otra parte, la Ley de Obediencia Debida dice en su artículo 1o.:

Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas de Seguridad, Policiales y Penitenciarios, no son punibles para los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la Ley No. 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como Comandante en Jefe, Jefe de Zona, Jefe de Subzona o Jefe de Fuerza de Seguridad, Policial o Penitenciaria, sino se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participación en la elaboración de las órdenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en Estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellos en cuanto a su oportunidad y legitimidad.⁵¹

A la luz del derecho internacional, estas dos leyes son inadecuadas, rompen con el marco jurídico internacional, como se comprueba con lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos humanos a pro-

⁵⁰ Tomado de Extradición..., *cit.*, nota 15, pp. 228 y 229.

⁵¹ *Ibidem*, p. 229.

pósito de una ley (la Ley de Caducidad) que determinaba la publicación de los actos cometidos por la dictadura militar anterior al 1o. de marzo de 1985.⁵²

En tal caso, la comisión interamericana observa que dicha ley va en contra del artículo 29 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 y establece:

35. La ley en cuestión tiene el efecto de disminuir todos los procedimientos penales relativos a violaciones de derechos humanos del pasado. Con esto, la ley elimina cualquier posibilidad judicial de una investigación imparcial y sería diseñada para establecer los crímenes denunciados y para identificar después del acto a sus autores, cómplices y accesorios.⁵³

Además, en forma contundente expresó: “51. Cuando se estableció esta ley, Uruguay cesó de cumplir plenamente con la obligación estipulada en el artículo 1.1 y violó los derechos de los denunciantes previstos en la convención”.⁵⁴

Si esto no fuera poco, la comisión establece una idea que debe ser total para juzgar sobre los representantes del Estado: “...la misión más alta del gobierno, de conformidad con la Convención Americana, es defender y promover los derechos humanos”.

Evidentemente, toda acción contraria, aunque se justifique por motivos políticos, viola la legalidad internacional.

En el caso Cavallo, el juez mexicano Luna también analizó el punto de las leyes argentinas, como una defensa del sujeto de la extradición. En efecto, el juez Luna Altamirano, del análisis de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (artículos IV y V), de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (artículos 3, 4 y 5), de la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando éstos tengan Trascendencia Internacional de 1971 (artículos 2 y 8), encontró que se establecen una serie de obligaciones para los Estados parte, que se reducen a las siguientes:

a) Los Estados participantes, entre ellos Argentina, tienen la obligación de incluir en su legislación interna, las medidas necesarias para ga-

52 Reporte núm. 29/92, Uruguay, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2 de octubre de 1992.

53 *Idem.*

54 *Idem.*

rantizar la persecución, enjuiciamiento y castigo de los responsables de los ilícitos de genocidio, tortura y terrorismo.

b) Se debe enjuiciar, y en el caso de resultar responsable, castigar a cualquier persona sin importar que se trate de gobernador, funcionario, empleado o de cualquier estatus político.

c) Los Estados parte tienen la prohibición de incluir en su legislación interna normas que tengan por objeto obstruir la aplicación de las normas de carácter internacional o cualquier otra que beneficie al responsable del delito.

d) Que no se puede aceptar justificación para impedir su persecución y castigo, tales como estado de guerra, estado de necesidad, de índole político, inestabilidad social o adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las obligaciones internacionales.⁵⁵

Todas estas obligaciones que contraen los Estados miembros de las comisiones antes citadas, y concretamente Argentina, España y México, se traducen en:

Una prohibición de carácter internacional a otorgar inmunidad o amnistía a cualquier persona por los delitos que se mencionan; por consiguiente, las leyes de punto final y obediencia debida emitidas por la República Argentina, contravienen disposiciones reconocidas en el marco internacional, razón por la que no pueden ni deben ser reconocidas por los demás Estados participantes, en cuya jurisdicción no tienen efecto legal alguno, como lo es el caso de España y México.⁵⁶

Esta postura del juez mexicano tiene una gran trascendencia ya que con ello se reconoce que la soberanía de los Estados, que se manifiesta en la facultad de dictar leyes para su aplicación interna, tiene limitaciones en la estructura jurídica internacional, y ésta es precisamente la esencia del desarrollo de los derechos humanos. En otro momento, sería impensable poner a discusión la validez de una ley interna porque sería parte de la soberanía interna de los Estados.

Independientemente de lo anterior, en su opinión jurídica, el juez Luna Altamirano recuerda que las leyes mencionadas fueron derogadas en marzo de 1998.⁵⁷

55 Extradición..., *cit.*, nota 15.

56 *Boletín Oficial de la República Argentina* de fecha 17 de abril de 1998.

57 Extradición 5/2000.

Para mayor abundamiento acerca de esta corriente internacional, podemos mencionar que la responsabilidad de los funcionarios públicos, así como de los ejecutores de las órdenes, es una tendencia que ya tiene su manifestación en la Convención de Roma, que crea la Corte Penal Internacional en sus artículos 27 y 28, los cuales establecen la responsabilidad, sin duda, para los que tengan un cargo oficial y sin importancia de las inmunidades y las normas de procedimiento especiales, además de la responsabilidad para los jefes militares.⁵⁸

1. Postura de la SCJN

Ante los argumentos de la defensa de Cavallo, que esgrimió la soberanía de Argentina en la expedición de dos leyes que lo exoneraban de responsabilidad penal, la SCJN retomó los argumentos hechos en su momento por el juez Luna Altamirano, y concluye que con las citadas leyes el Estado Argentino lo que hace es renunciar al ejercicio de su jurisdicción, pero eso no significa que la renuncia sea para todos los demás Estados; el más alto tribunal afirma: “Las leyes argentinas no podían vincular

58 “Artículo 27. Imprudencia del cargo oficial: 1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona sea jefe de Estado o de gobierno, miembro de un gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal no constituirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la corte ejerza su competencia sobre ella. Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la corte: a) El jefe o el que actuó efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y Subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

a otro Estado ni tenían el efecto legal para privarlo de una jurisdicción que podía ejercer, no sólo en virtud de su legislación interna, sino también con base en los tratados internacionales de que fuese parte”.

La renuncia a la jurisdicción trae por consecuencia que no se pueda alegar una violación del principio de *non bis in idem* en el caso de que se hubiera juzgado a Cavallo en Argentina. La argumentación del Poder Judicial mexicano es clara, ya que “las leyes argentinas decidieron no juzgar ni castigar a los responsables de los delitos en cuestión, por lo que en caso de que otra jurisdicción lo hiciera, ese juicio y la sanción correspondiente ocurriría por primera ocasión y no se quebrantaría el principio de *non bis in idem*”.

Pretender que las leyes de obediencia debida y punto final se pueden oponer al juzgamiento de Cavallo en otros países es considerar que tales leyes tienen una validez extraterritorial, y en tal caso violarían la soberanía de los demás Estados. Este es un claro ejemplo de cómo el concepto de soberanía de los Estados se ha modificado sustancialmente, sobre todo en el caso de los derechos humanos, por esto la sentencia de la corte mexicana tiene un gran valor como precedente.

Independientemente de ese punto, la SCJN no pierde de vista la situación jurídica internacional de leyes como las argentinas, y al respecto recurre a varias disposiciones internacionales, que si bien no son normas jurídicas, si son indicativas de la *opinio juris* de los Estados. En efecto, la corte menciona:

- El Informe sobre la Impunidad de los Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos de la Subcomisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de mil novecientos noventa y seis, en virtud de la resolución 1995/35, de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Cuarenta y Ocho Sesión, Ginebra 1996, en la cual se establecieron los criterios para determinar cuándo se está frente a una ley de amnistía y las características que debe cubrir para tener efectos, entre los que se encuentran la reparación de las víctimas y el conocimiento de la verdad de los hechos.
- La sentencia de catorce de marzo de dos mil uno, sobre el caso “Barrios Altos”, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual consideró inadmisibles las disposiciones de am-

nistía que tiendan a impedir la sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos.

Lo anterior, independientemente de los tratados internacionales que establecen una obligación para los Estados partes de juzgar a los que hayan cometido los crímenes imputados a Cavallo (la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo) y que además impiden la adopción de leyes a nivel interno en contra de sus obligaciones internacionales.

Tampoco es argumentación a la luz del derecho internacional que en Argentina ya hubieran sido procesados otros individuos de alto rango gubernamental, para exonerar a individuos como Cavallo, ya que “los efectos de una sentencia no eran *erga omnes*, sino que lo resuelto en ella sólo beneficiaba o perjudicaba a las partes, sin constituir verdad legal o cosa juzgada para terceros ajenos a la misma”.

XI. CONCLUSIONES

1. El caso Cavallo presenta un gran interés para los especialistas en derecho internacional por el análisis que los jueces nacionales (ya no se diga la Secretaría de Relaciones Exteriores que cuenta con especialistas en derecho internacional de primer nivel) hacen de las diferentes categorías que precisamente este caso involucra: los crímenes o delitos internacionales, la jerarquía del derecho internacional en derecho interno, la prescripción, el derecho convencional y consuetudinario, la jurisdicción universal, y la validez ante el derecho internacional de leyes del “perdón”, por mencionar los puntos más sobresalientes del caso.

2. Al haberse otorgado, por parte de México, la extradición de Cavallo, no existe duda del avance en el fortalecimiento de la institución de la jurisdicción universal; sin embargo, fue bastante discutible la forma en que lo hizo la SCJN, con sus ministros temerosos y respetuosos de la soberanía —extremadamente respetuosos diría yo—, pero olvidando que estaban en juego valores muy altos como el respeto de los derechos humanos que fueron violados masivamente durante los regímenes militares del cono sur. Tampoco hay que olvidar la ilegitimidad de dichos regímenes que llegaron al poder violentamente, debido a golpes de Estado que dejaron tras de sí ríos de sangre.

3. Precisamente esta es la valoración que faltó hacer a los jueces de la SCJN, de las normas internacionales que fueron creadas para evitar la impunidad de las masivas y monstruosas acciones de tortura, genocidio y terrorismo. Los jueces de la SCJN no entraron a revisar la competencia de los tribunales españoles, porque según ellos se podía violar la soberanía de los mismos españoles, cuando en el siglo pasado quedó claro que los Estados cedían su soberanía para perseguir crímenes horrendos que avergonzaron a la humanidad (y me temo que la siguen avergonzando).

4. De cualquier manera, la expresión de la *opinio juris* de México es un eslabón muy importante en el camino de la creación de un Estado de derecho internacional que evite la impunidad de los crímenes de *lesa humanidad*.

Manuel BECERRA RAMÍREZ*

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.