

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
ANTE LA CONVENCION INTERAMERICANA
SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS
Y LA CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD
DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES
DE LESA HUMANIDAD

Santiago CORCUERA CABEZUT*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. III. *Las reservas de México a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. IV. *México ante la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*. V. *La “declaración interpretativa” formulada por México*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se ubica dentro del contexto del homenaje que el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM rinde a la doctora Olga Islas. Me siento profundamente honrado por la invitación que me extendió el doctor Sergio García Ramírez a participar en este homenaje mediante la presentación de una reflexión en torno a algún tema de derecho penal, área de la especialidad de la doctora Islas.

Conocí a la doctora Islas, como muchos mexicanos y especialmente como muchos abogados, a través de su obra y de su trayectoria pública. Posteriormente tuve el privilegio y el enorme placer de conocerla personalmente y de coincidir con ella periódicamente. En efecto, en enero de 2001 comencé a asistir a las sesiones del consejo de la Comisión de Derechos

* Maestro en derecho e integrante de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Humanos del Distrito Federal en calidad de consejero. La doctora Olga Islas era integrante de ese consejo desde su fundación. Las participaciones de doña Olga eran siempre atinadas y con un profundo criterio jurídico. Sobre todo, el criterio de la gran jurista se veía enriquecido por una profunda calidad humana. Doña Olga desde el principio me impresionó, y conforme pasaba el tiempo y tenía la oportunidad de ir conociendo mejor, a través de sus intervenciones y de su presencia en el consejo, me iba “apantallando” cada vez más. No es solamente su sabiduría jurídica y su calidad humana, sino su entereza en momentos difíciles, su estilo amable y su increíble “porte”, su distinción y su elegancia lo que iba haciendo crecer en mí la admiración y el cariño que hasta hoy guardo por la doctora Olga Islas.

Como lo he señalado líneas arriba, cuando se me extendió la invitación para participar en este homenaje académico a la doctora Islas, se me pidió que elaborara un ensayo que girara en torno a algún tema de derecho penal. Elegí abordar el tema de las convenciones que se identifican en el título de este trabajo, por razones de diversa índole. Una de ellas es el interés personal y profesional que tengo en el tema de la desaparición forzada de personas, dada mi participación como miembro del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas, en el que participo desde finales del 2004. Otra razón es mi interés académico en el tema relacionado con la formulación de reservas a tratados sobre derechos humanos, mismos que he abordado de manera más o menos detallada en alguno de mis escritos. Como mexicano, el trayecto que estamos recorriendo en torno a la lucha por que se haga justicia en relación con los crímenes de Estado cometidos durante la llamada “guerra sucia” y la sentencia de la Suprema Corte de Justicia en relación con la prescriptibilidad de crímenes contra la humanidad, específicamente el de genocidio, hacen especialmente relevante el análisis de la cuestión.

II. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue adoptada en la ciudad de Belem do Pará el 9 de junio de 1994. En ella se prevé una definición de la conducta de desaparición forzada en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

De la definición anterior, podemos identificar los siguientes elementos de la conducta delictiva:

- Privación de la libertad de una o más personas.
- Falta de información o negativa de reconocimiento de haber realizado la conducta o negativa de información sobre la situación.
- Impedimento del ejercicio de recursos legales o garantías procesales.

Por lo que se refiere al sujeto activo del delito, la definición señala que se trata de agentes del Estado, o terceros con la autorización, apoyo o aquiescencia de agentes del Estado.

La diferencia entre la desaparición forzada de personas y el secuestro o privación ilegal de la libertad genérica viene siendo la misma que la diferencia entre la tortura y las lesiones. Las lesiones constituyen una conducta delictiva cometida por particulares, mientras que la tortura es cometida por agentes del Estado o por particulares con el consentimiento o aquiescencia de agentes del Estado. Así, el secuestro simple, por llamarlo así, es cometido por particulares, mientras que la desaparición forzada de personas es cometida por agentes del Estado, y adquiere características especiales en razón del contexto en el que se comete y la actitud asumida por la autoridad responsable, de negar haber cometido el acto o negar información sobre el paradero o destino de la persona privada de libertad. Es sumamente importante destacar que tanto en el caso del delito de tortura como en el de desaparición forzada también puede ser sujeto activo del delito un particular, cuando actúa con el consentimiento, apoyo, cooperación, encubrimiento, tolerancia o aquiescencia de agentes del Estado.

Lo dicho anteriormente podría parecer contrario al principio que dicta que las violaciones de los derechos humanos son cometidas por agentes del

Estado y no por particulares. Esto, como se sabe, no es cierto del todo. Si bien es adecuado indicar que la responsabilidad primigenia de respeto y protección de los derechos humanos recae en el Estado, también es necesario admitir que existen situaciones en las que agentes privados, no estatales, son considerados por los instrumentos jurídicos como responsables de violaciones de derechos humanos. Tal vez el caso más claro e inequívoco de esta situación lo encontramos en las normas protectoras de derechos humanos laborales.

En efecto, las relaciones laborales normalmente se dan entre particulares; un empleador y un empleado, ambos particulares, no agentes del Estado. Y los derechos del empleado, conforme a las normas de derechos humanos laborales, protegen al trabajador frente al patrón, que es el agente que puede violentar los derechos del trabajador. No nos puede resultar extraño, entonces, que en el ámbito de los mecanismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas se esté trabajando con tanta intensidad en materia de la responsabilidad de las corporaciones multinacionales y otras entidades de negocios en materia de estándares de derechos humanos, pues en verdad, ciertas empresas multinacionales pueden ejercer tal poderío económico y real en determinadas circunstancias, que pueden convertirse en sujetos potencialmente violadores de derechos humanos tan violentos como lo puede ser algún Estado.

En el caso de la desaparición forzada de personas y de la tortura, la línea divisoria entre el particular potencialmente violador de derechos y el Estado es menos nítida, en la medida en que para que se configuren estas conductas es necesario que el particular haya actuado en complicidad, cooperación o con base en la incitación, autorización o aquiescencia de un agente del Estado, con lo que se daría responsabilidad tanto del particular que materialmente perpetra la conducta violatoria y el agente del Estado que brinda el apoyo o concede autorización para la comisión del delito.

El segundo elemento de la conducta criminal que estamos comentando se refiere a la falta de información o negativa de reconocer o informar sobre la situación. Esto quiere decir, como lo veremos en más de una ocasión en este trabajo, que este crimen es de tracto sucesivo o de carácter continuado o permanente, o, dicho de otro modo, se comente momento a momento, hasta en tanto aparece la víctima o se tiene conocimiento cierto de su paradero o de su suerte definitiva, como podría ser la ejecución de la víctima o la pérdida de su vida durante la detención. La Convención, como medida preventiva de estas circunstancias, previene en su artículo XI que:

Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente.

Los Estados partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades.

Sobre el tercer elemento, consistente en el impedimento del ejercicio de recursos legales o garantías procesales, parecería ser más una consecuencia que una conducta. Sobre el particular abundaremos más adelante.

La Convención que estamos comentando no es tratado de carácter autoaplicativo, dado que el mismo instrumento indica con claridad que los Estados partes deben adoptar las medidas legislativas con el fin de que en la legislación nacional quede tipificada la conducta de desaparición forzada de personas como delito, y, en tal virtud, es necesario también establecer legalmente las sanciones que resulten adecuadas a la extrema gravedad de la conducta en cuestión. Es así que un juez, que solamente puede aplicar las penas previstas expresamente en la ley penal, no podría castigar esta conducta aplicando directamente la convención, pues ésta no prevé sanción alguna para quienes cometan esta conducta. El tratado deja a la apreciación del legislador nacional dicha tarea, siempre que la sanción que se imponga, como ya dijimos, sea acorde con la gravedad de esta conducta. Así pues, los legisladores de los Estados parte en la convención deberán tipificar la conducta de desaparición forzada de conformidad con la definición prevista en la convención, sin dejar fuera elementos de la misma o incluir otros que hagan difícil su aplicación, y además, deberá establecer las penas que los jueces podrán aplicar a los que se demuestre que son responsables de haber cometido este grave delito.

Esta convención establece que la comisión de desapariciones forzadas es detonante de jurisdicción universal, como es también en el caso de la comisión de genocidio o tortura. Así, la convención que estamos comentando prevé en su artículo IV:

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado parte. En consecuencia, cada Estado parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:

- a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;
- b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;
- c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.

Esta Convención no faculta a un Estado parte para emprender en el territorio de otro Estado parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra parte por su legislación interna.

La institución de la jurisdicción universal ha probado su aplicación en ciertos casos, no obstante la dificultad que los procesos han representado. Seguramente el caso que más importancia ha tenido a nivel informativo mundial ha sido el caso Pinochet, y en México el caso Cavallo.

Lo anterior, junto con el hecho de que “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas”, como lo señala en artículo X de la Convención, demuestra, incontrovertiblemente, que la prohibición de cometer desaparición forzada de personas es una norma de *jus cogens*.¹

La Convención nos hace notar que la desaparición forzada de personas no se podrá considerar un delito político que no pueda dar lugar a la extradición. Por la comisión de esta conducta la extradición siempre debe proceder. Por lo que se refiere a posibles víctimas de desaparición forzada, se establece que no podrán ser extraditadas a ningún país en el que puedan ser objeto de esta práctica. Esto resulta, desde luego, compatible con lo previsto en las convenciones en materia de tortura y con lo que señala el artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que confirma y amplía el principio de no devolución que tiene su origen en el derecho internacional de los refugiados, y que se reconoce como una norma de *jus cogens*.

¹ Sobre el concepto de *jus cogens* pueden consultarse las pp. 81 y ss. de nuestra obra *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2002.

El artículo VII de la Convención que estamos comentando previene lo siguiente:

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado parte.

Ésta es una de las cuestiones más controvertidas en relación con los crímenes considerados de lesa humanidad, en el sentido de que éstos podrán ser siempre perseguidos sin importar la fecha en la que se hubieren cometido. En efecto, este principio se encuentra plasmado en una convención específica sobre el particular, denominada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.²

Es preciso decir que no es que el contenido del artículo VII de la Convención en comento sea contradictorio con lo señalado en la que se refiere a la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, sino que lo que establece el artículo VII es que, en principio, el crimen de desaparición forzada debe ser considerado imprescriptible, constituya o no un crimen contra la humanidad. Es decir, puede cometerse el crimen de desaparición forzada en forma aislada, sin que sea en el contexto de “un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, tal y como se establece en el artículo 7.1 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Si se comenta en forma aislada, no será un crimen contra la humanidad, y, si existiera una norma de carácter fundamental que lo impidiera, podrá prescribir conforme al derecho interno. Si, de otro modo, se cometiera dentro de un contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, entonces no deberá prescribir, en virtud de lo señalado por la convención que así lo establece. Sobre este punto volveremos más adelante.

² Sobre la cuestión de la imprescriptibilidad de este crimen y el tema relativo a la aplicación retroactiva de la Convención y de la apenas mencionada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, es importante decir algunas palabras sobre el estado de la situación en México, lo que haremos más adelante en este trabajo.

Como es bien sabido para los latinoamericanos, la práctica de la desaparición forzada es normalmente perpetrada por las fuerzas armadas o por fuerzas policíacas, con estructuras de mando y disciplina verticales. Como en el caso de la comisión de otros crímenes contra la humanidad, los criminales aducían como excluyente de su responsabilidad el que realizaban dichos actos en ejercicio de sus funciones militares o policíacas, obedeciendo órdenes superiores. Es por eso que los artículos VIII y IX de la Convención Interamericana en la materia establecen, por un lado, que “No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispondan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas”. Y, por otro, que “Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares”.

En esta misma trayectoria, el artículo IX señala que “Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar”.³

III. LAS RESERVAS DE MÉXICO A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

México ratificó esta Convención el 9 de abril de 2002 (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de mayo de 2002). Al momento del depósito del instrumento de ratificación México formuló una reserva y una llamada “declaración interpretativa”. La reserva lee como sigue:

El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belem, Brasil el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al Artículo 14 de la Constitución Mexicana nadie podrá ser juzgado de la vida, de la libertad o de sus

³ Más adelante haremos referencia a la reserva formulada por México a esta estipulación.

propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Por su parte, la declaración interpretativa indica lo siguiente:

Con fundamento en el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belem, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención.

Por lo que se refiere a la reserva, resulta incomprensible que se diga que el fuero de guerra tal y como se encuentra previsto en el artículo 13 de la Constitución Mexicana no constituye una jurisdicción especial en el sentido de la Convención en virtud de lo previsto en el artículo 14 de la Constitución. Nada tiene que ver el derecho a ser juzgado por un tribunal previamente establecido, cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho que se juzga, con que el fuero de guerra no sea una jurisdicción especial en los términos de la Convención. El fuero de guerra previsto en el artículo 13 constitucional constituye una jurisdicción especial, prevista en la Constitución, pero no por ello deja de ser una jurisdicción especial.

Los tribunales militares en México no pertenecen al Poder Judicial, sino que se encuentran adscritos a la administración pública federal centralizada, específicamente a la Secretaría de la Defensa Nacional. Independientemente de que las autoridades militares pregonen a voz en cuello que los tribunales militares se comportan con plena independencia y autonomía de gestión, lo que no podrán afirmar nunca, mientras dichos órganos con funciones jurisdiccionales no pasen a formar parte del Poder Judicial de la Federación, es que cuentan con independencia y autonomía orgánica. Nos seguiremos oponiendo a la existencia de órganos que realizan funciones materialmente jurisdiccionales desde la administración pública centralizada, como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, los tribunales de lo contencioso administrativo o fiscal administrativo de las entidades de la

República, las juntas federal y locales de conciliación y arbitraje, dado que, independientemente de su comportamiento real, desde el punto de vista orgánico carecen de garantías de autonomía e independencia. Dígase lo que se quiera decir, los tribunales militares no cuentan con la confiabilidad de estar dotados de suficientes garantías orgánicas de autonomía frente a las autoridades militares. Formalmente los “jueces” militares son “parte” del Poder Ejecutivo, y no del Poder Judicial. Eso los deja desprovistos de credibilidad y cubiertos de sospecha. No son “jueces” —del Poder Judicial—, sino que son “parte” —de la Secretaría de la Defensa Nacional—. ⁴

El 15 de abril de 2002, el jefe de gobierno del Distrito Federal, Andrés Manuel López Obrador, interpuso una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aduciendo la invalidez de la reserva antes mencionada. La Corte no entró al fondo del asunto y resolvió declarar improcedente la demanda de controversia constitucional por lo que se refiere a la reserva, en virtud de que las instituciones militares son ajenas a la organización de la administración pública del Distrito Federal, y por lo tanto no se presenta agravio, ni interés legítimo del Distrito Federal, para demostrar la invalidez de la reserva en comento. Así, indicó que “la reserva expresa mencionada no es susceptible de afectar en modo alguno el ámbito de atribuciones de esa entidad, tal circunstancia revela de una forma clara e inobjetable, la improcedencia de esta vía para demandar su invalidez, lo que amerita el sobreseimiento en el juicio...” ⁵

Por lo que se refiere a la declaración interpretativa (en efecto, una reserva a la luz del derecho internacional, como lo discutiremos más adelante), la Corte declaró procedente la controversia constitucional, en virtud de que “el Código Penal para el Distrito Federal prevé y sanciona en su artículo 168, la misma conducta (desaparición forzada de personas) que el Estado mexicano, en el instrumento internacional de mérito, se comprometió a tipificar y sancionar como delito en el derecho positivo mexicano”. ⁶

Al respecto, la Corte resolvió declarar válida, a la luz del artículo 14 constitucional, la mencionada declaración, aunque sostuvo lo siguiente:

⁴ Véase el informe de Human Rights Watch: *Injusticia Militar. La reticencia de México para sancionar los abusos del Ejército*; http://www.hrw.org/spanish/informes/2001/injusticia_militar.html.

⁵ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la controversia constitucional 33/2002, p. 221.

⁶ *Ibidem*, p. 226.

Por tal razón, si en la declaración interpretativa en mención se establece que las disposiciones de la Convención se aplicarán a los hechos que constituyan el delito de desaparición forzada de personas, que se hubieran realizado con posterioridad a su entrada en vigor, es claro que con ello el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (a través del Senado de la República) quiso significar que no podrá aplicarse a aquellas conductas constitutivas de ese ilícito cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, circunstancia que no impide que se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas el carácter de permanente o continuo puede darse el caso de que las conductas constitutivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención.

Dicho de otra manera, la referida “declaración” debe entenderse en el sentido de que la aplicación de la Convención sería retroactiva respecto de “desapariciones” cuya consumación ya cesó (cuando ya apareció el sujeto pasivo —vivo o muerto—) antes de su vigencia, lo que resulta congruente con el principio de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna establecido en el artículo 14 constitucional y con la naturaleza del delito permanente o continuo, porque está impidiendo que se aplique a hechos pasados y no a aquellos que se cometen o se siguen cometiendo durante su vigencia.⁷

Lo anterior tiene directa influencia sobre el tema de la prescripción de este delito. De considerarlo susceptible de prescribir, queda más allá de toda duda que el plazo para la prescripción comenzaría una vez que el delito hubiera cesado (cuando ya apareció el sujeto pasivo —vivo o muerto—, y no en tanto permanezca desaparecido). Como excepción, habría que apuntar que para la comisión del delito por parte de servidores públicos durante el tiempo de su encargo, es aplicable el penúltimo párrafo de artículo 114 constitucional, que establece:

La responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo del encargo por cualquier servidor público, será exigible de acuerdo con los plazos de prescripción consignados en la ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Los plazos de prescripción se interrumpen en tanto el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111.

⁷ *Ibidem*, pp. 259 y 260.

Más aún, dicho precepto constitucional es aplicable, según lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia, incluso si el servidor público en cuestión hubiera desempeñado y dejado el cargo a que hace referencia el artículo 111 antes de que dicho precepto constitucional hubiera entrado en vigor. Es decir, la Constitución puede tener efectos retroactivos, incluso en perjuicio de alguna persona. La Corte lo dijo así:

- El Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos (actualmente Responsabilidades de los Servidores Públicos), que comprende de los artículos 108 al 114, fue reformado integralmente mediante reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de mil novecientos ochenta y dos y estableció, de manera expresa, en el segundo párrafo del artículo 114 constitucional, el principio de que los plazos de prescripción se interrumpirán tratándose de delitos cometidos por servidores públicos a cuyos cargos hace referencia el artículo 111, en tanto tales servidores continúen desempeñando dicha función.
- Esta reforma constitucional, no obstante es de mil novecientos ochenta y dos, puede tener efectos sobre hechos que ocurrieron en mil novecientos setenta y uno. Ello, toda vez que la prohibición de retroactividad, consagrada en el artículo 14 constitucional, no es aplicable a normas del mismo nivel jerárquico, esto es, a normas que se incorporan al texto constitucional mediante el procedimiento establecido en el artículo 135.⁸

Cabe mencionar, nuevamente, por último, que la Convención Interamericana señala en su artículo VII lo siguiente:

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando exista una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el periodo de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado parte.

⁸ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Recurso de apelación 1/2004-PS, pp. 18 y 19.

Es así que podríamos decir que la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la validez de la declaración interpretativa que hemos analizado es congruente con lo indicado en el segundo párrafo del transcrito artículo VII, pues la Corte, al “validar” a la declaración, lo hizo para “salvaguardar” lo previsto en el artículo 14 de la Constitución, que precisamente por estar contenido en la ley fundacional del país puede considerarse una norma de carácter fundamental que impide la aplicación retroactiva del principio de imprescriptibilidad de un delito. Sin embargo, como se verá más adelante en este mismo ensayo, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no contiene disposición análoga al artículo VII de la Convención Interamericana antes transcrito, lo que produce un problema distinto desde la perspectiva del derecho internacional y la consecuente colisión con el derecho constitucional, como lo veremos a continuación.

IV. MÉXICO ANTE LA CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD⁹

México firmó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (la Convención sobre Imprescriptibilidad) el 3 de julio de 1969, y el 15 de marzo de 2002 fue ratificada por el Senado, por lo que no fue hasta entonces cuando entró en vigor en el territorio nacional.

El artículo I de la Convención sobre Imprescriptibilidad previene lo siguiente:

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (en alemán Nürenberg), de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11

⁹ Las reflexiones que prosiguen fueron, en su mayoría, expuestas en las Quintas Jornadas sobre Justicia Penal “La Reforma a la Justicia Penal”, el 22 de octubre 2004, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, ciudad de México.

de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Debemos reconocer que el crimen de desaparición forzada de personas no se encuentra identificado como un crimen de lesa humanidad en la estipulación antes transcrita, dado que en el momento de su redacción dicha conducta no era aún conocida por el derecho internacional, tal y como se reconoce ahora. Como es sabido y se ha dicho anteriormente en este ensayo, la desaparición forzada de personas, según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es un crimen de lesa humanidad “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Este principio recogido en el Estatuto de Roma, sin duda, es reconocido por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como integrante del derecho internacional consuetudinario. Prueba de ello es que en el Proyecto de Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹⁰ aprobado el 22 de septiembre de 2005 por el Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de redactar un instrumento normativo vinculante para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, se reconoce esta circunstancia, al prever en su artículo 5o. que “la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal y como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

En esta línea de ideas, y aplicando los principios de interpretación evolutiva y progresiva del derecho internacional de los derechos humanos,

¹⁰ Documento E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4

sostenido y confirmado, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹¹ llegaríamos a la conclusión (que nosotros sostenemos) en el sentido de que la práctica de desapariciones forzadas de personas cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, debe considerarse como un crimen de lesa humanidad de naturaleza imprescriptible para los efectos de la Convención sobre Imprescriptibilidad.

V. LA “DECLARACIÓN INTERPRETATIVA” FORMULADA POR MÉXICO

Es a todas luces incontrovertible que el objeto mismo de la Convención sobre Imprescriptibilidad es que los crímenes de guerra y de lesa humanidad puedan perseguirse sin importar la fecha en que se hayan cometido (es decir, incluso antes de la entrada en vigor de la Convención sobre Imprescriptibilidad), y que las reglas de prescriptibilidad de crímenes que pudie-

¹¹ “...la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho... Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años. ...han traído una evolución importante. En este dominio como en otros, el *corpus juris gentium* se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte... como la Corte Europea de Derechos Humanos... entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo” (opinión consultiva 16/99 del 1o. de octubre de 1999).

ran estar vigentes en un Estado parte de la Convención sobre Imprescriptibilidad deben dejar de aplicarse. Esto se comprueba con las siguientes expresiones, contenidas en el preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad:

Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes, reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal.

Sin embargo, México formuló una “declaración interpretativa” en los siguientes términos:

Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, entenderá que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México.

Sin duda, lo anterior es una reserva en todo el sentido jurídico de la palabra y no una “declaración interpretativa”.¹² En efecto, la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados de 1969, ratificada por México el 25 de septiembre de 1974 y en vigor desde el 27 de enero de 1980, en su artículo 2.1.d) señala lo siguiente:

2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:
 - d) se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o

¹² Sobre la argumentación que prosigue, también véase el comentario de Manuel Becerra, “Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los Halcones”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 14, enero-junio de 2006, p. 217.

modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Por su parte, el artículo 2o., fracción VII, de la Ley sobre la Celebración de Tratados, dispone:

Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

VII. Reserva: la declaración formulada al firmar, ratificar, aceptar o adherirse a un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a los Estados Unidos Mexicanos.

Indudablemente, la mal llamada declaración interpretativa formulada por México tiene por objeto excluir los efectos jurídicos de la Convención sobre Imprescriptibilidad en su totalidad en su aplicación a México, por lo que se refiere a crímenes de lesa humanidad cometidos con anterioridad al 15 de marzo de 2002. En consecuencia, dicha “declaración interpretativa” es legalmente una reserva, independientemente “de su enunciado o denominación”, como lo señala la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados en el artículo antes transcrito. En esto atinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación al indicar lo siguiente:

En este caso la intención de la Convención sería la de regir sobre todos los crímenes cometidos, independientemente de la fecha de los mismos. Por tanto, la declaración interpretativa formulada por el Estado mexicano en realidad estaría modificando el ámbito temporal de la Convención y por tanto tendría que ser calificada como reserva. Esta calificación, en principio obligaría al tribunal a realizar una apreciación de la reserva en relación con el objeto y fin del tratado en concordancia con el artículo 19 c, de la Convención de Viena.¹³

Ahora bien, de conformidad con el artículo 21 de la misma Convención de Viena, una reserva tiene efectos, por decirlo de algún modo claro, de “convenio modificatorio”, pues

[u]na reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19 20 y 23: a) modificará con respecto al

¹³ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el recurso de apelación 1/2004-PS, p. 130.

Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; [y] b) modificará en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

En tal virtud, y por ser materia de la misma Convención de Viena, a las reservas les es aplicable el artículo 53 de la misma Convención, que lee como sigue:

53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

En razón de lo anterior, también será nula una reserva que en el momento de su formulación esté en oposición de una norma de *jus cogens*.

La siguiente pregunta sería si el principio de la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad es una norma de *jus cogens*. Nosotros postulamos, por simple mayoría de razón, que indudablemente, dicho principio es una norma de *jus cogens*. En efecto, si la Corte Interamericana en su acreditada opinión consultiva OC-18/03 ha determinado que la prohibición de la discriminación es una norma de *jus cogens*,¹⁴ con muchísima mayor razón deberá serlo el principio que impida la impunidad de quienes hayan cometido dichos horribles crímenes. Es por eso que la misma Convención sobre Imprescriptibilidad en su preámbulo afirma que es “necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal”.

¹⁴ Párrafo 101 de la opinión consultiva OC-18/03 (del 17 de septiembre de 2003), solicitada por los Estados Unidos Mexicanos; Sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

En tal virtud, a la reserva formulada por México le es aplicable el artículo 71 de la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados, que lee como sigue:

71. Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. I. Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán:

- a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto, que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general, y
- b) ajustar sus relaciones mutuas a la normas imperativas de derecho internacional general.

Por lo tanto, dado que la reserva formulada por México es nula en virtud del artículo 53, México debería eliminar las consecuencias de la reserva y ajustar su actuación al principio de imprescriptibilidad sin restricción alguna, en los términos de la Convención sobre Imprescriptibilidad. Es decir, México debe considerar a la reserva como si no se hubiera formulado, o lo que es lo mismo, debe tenerla “por no puesta”.

Esta conclusión, que fue ignorada por completo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁵ como veremos más adelante, ha sido confirmada en diversas ocasiones por órganos internacionales jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales en diversos fallos u observaciones relativos a la formulación de reservas a tratados sobre derechos humanos.¹⁶

Ahora bien, si los argumentos anteriores no convencieran a alguien sobre la nulidad de la reserva formulada por México a la Convención sobre Imprescriptibilidad, como parece haber sucedido en el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, habría que recordar entonces un argumento más sencillo, pero no por ello menos contundente. Nos referimos a los principios contenidos en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados, que lee como sigue:

¹⁵ Como nos lo hace notar el profesor Manuel Becerra, no fue el caso del ministro Juan Silva Meza, que en su dictamen discutido (y desechado) en la sesión pública del 23 de febrero de 2005, aborda este aspecto con cierta profundidad y precisión. Véase Becerra Ramírez, Manuel, “Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los ‘Halcones’”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 14, enero-junio de 2006, pp. 212 y ss.

¹⁶ Para efectos de brevedad no haremos referencia a ellos. Sin embargo, en nuestra obra *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, ya citada, abordamos este tema con cierta amplitud, pp. 91-125.

19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Si bien es cierto que la Convención sobre Imprescriptibilidad no contiene disposición alguna que expresamente prohíba las reservas a la misma, también es cierto que tampoco contiene ninguna cláusula que las permita. En este caso, por tratarse de un tratado reflejo de normas de *jus cogens*, no se aplica el principio, sólo adaptable a normas de *jus dispositivum* o de orden privado, en el sentido de que lo que no está prohibido está permitido. Ya hemos demostrado que una reserva a un tratado que sea reflejo de normas de *jus cogens* no está permitida conforme al derecho internacional, por lo que podríamos decir que la Convención sobre Imprescriptibilidad prohíbe reservas.

Si esto no fuera convincente, lo que resulta innegable es que la reserva formulada por México a la Convención sobre Imprescriptibilidad es directamente incompatible con el objeto y el fin de la Convención sobre Imprescriptibilidad. En efecto, el objeto y el fin de la Convención sobre Imprescriptibilidad es que los crímenes de guerra y de lesa humanidad sean perseguibles y sancionables “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”, tal y como lo señala el preámbulo y el artículo I de la Convención sobre Imprescriptibilidad. La reserva, por su parte, pretende “cercenar” dicho objeto, intentando impedir la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad a crímenes cometidos antes de determinada fecha. Eso, evidentemente, es contrario al objeto de poder perseguir y sancionar a los criminales en cuestión “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido” los crímenes respectivos. En tal virtud, la reserva formulada por México es nula, por caer en el supuesto del inciso c) del artículo 19 de la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados, de la que México es parte. Esto fue pasado por alto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como veremos a continuación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que la Convención sobre Imprescriptibilidad es contraria al principio de irretroactividad de las leyes en perjuicio de las personas. En efecto, esto así parece, y la misma

Corte se apoyó en el criterio sostenido por ella misma en la sentencia derivada de la controversia constitucional 33/2002 que hemos comentado anteriormente en este trabajo. Ése es precisamente argumento utilizado por la reserva formulada por México al fundamentarla en el artículo 14 constitucional, que dispone que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Veamos lo dicho por la Corte y vayamos comentando sus argumentos, a la luz de lo que se ha señalado anteriormente:

En esos términos, la declaración interpretativa formulada por el Estado Mexicano tendría que ser considerada como reserva si la misma modificara alguno de los ámbitos de validez de la Convención analizada, que en el caso particular sería el ámbito temporal. De ser así, la Convención tendría que contener una determinación explícita que excluyera la aplicación del artículo 28 de la Convención de Viena que establece que:

28. Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.¹⁷

Más adelante la Corte indica:

Para lo que la declaración interpretativa formulada es relevante, entonces, es para evitar una probable situación de responsabilidad del Estado Mexicano en el contexto internacional, empero, la declaración interpretativa funciona para dotar de seguridad jurídica al Estado Mexicano expresando una limitación contenida en su derecho interno, para evitar caer en un supuesto de responsabilidad en el contexto de alguno de los sistemas de protección de derechos humanos, en particular para la determinación del alcance de la competencia temporal (*ratione temporis*) de los órganos encargados de supervisar el cumplimiento de la obligaciones de la Convención. Desde esta perspectiva, por tanto, la única función de la declaración analizada es reafirmar el principio general de derecho internacional general de la no retroactividad de los tratados, por lo que no modifica, al-

¹⁷ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el recurso de apelación 1/2004-PS, p. 129.

tera o excluye el alcance legal de ninguna de las disposiciones contenidas en el instrumento analizado.¹⁸

Coincidimos totalmente con lo dicho en el sentido de que la declaración interpretativa tiene que considerarse una reserva. Sin embargo, no es entendible el argumento en el sentido de que la Convención tendría que tener una exclusión a lo previsto por el artículo 28 de la Convención de Viena. Como bien lo señala Edgar Corzo, la Convención ya dice que es aplicable hacia el pasado,¹⁹ con lo que se desprende claramente una intención distinta a la no retroactividad, cumpliéndose lo señalado en la última parte del artículo 28 de la Convención de Viena, que es lo contrario a lo que dice la declaración interpretativa.²⁰ Lo que la Suprema Corte pasó por alto, inexplicablemente, es que la aplicación de las normas de *jus cogens* se alejan de dicho principio de irretroactividad previsto en el artículo 28, pues contra su aplicación no puede aducirse pretexto alguno, inclusive el relativo a la irretroactividad. Tan es así, que el propio artículo 64 de la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados, relativo a la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*) establece que “[s]i surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. Es decir, las normas supervenientes de *jus cogens* tienen efectos retroactivos. Tan es así, que el párrafo 2 del artículo 71 de la misma Convención de Viena establece lo siguiente:

2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado:

- a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;
- b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por

¹⁸ *Ibidem*, pp. 130 y 131.

¹⁹ Corzo Sosa, Edgar, “Genocidio, imprescriptibilidad y retroactividad (comentario a la sentencia del recurso de apelación 1/2004-PS)”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 14, enero-junio de 2006, p. 234.

²⁰ El mismo autor nos dice, en este sentido, que “también sería motivo de tal análisis que en ocasiones el *ius cogens* también reconoce la no retroactividad de las normas”, *op. cit.*, p. 235. Nosotros diríamos, más bien, que en todos los casos se reconoce la aplicación retroactiva de una norma superveniente de *ius cogens*, como se verá a continuación.

sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

Nadie puede alegar la inaplicabilidad, por razón de retroactividad, de una norma de *jus cogens* que lo perjudique. En este caso, queda claro que el derecho internacional pone por encima los intereses de la humanidad que los de los perpetradores de crímenes de guerra o de lesa humanidad. Es por esa razón que, de ninguna manera, la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Contra la Humanidad tenía que excluir la aplicación del artículo 28 de la Convención de Viena, pues la misma Convención de Viena excluye dicha aplicación en el caso de normas de *jus cogens*.

La Suprema Corte prefirió declarar válida a la mal llamada declaración interpretativa, por razones meramente constitucionales, y dejando a un lado las argumentaciones de derecho internacional antes identificadas. Veamos:

Sin embargo, si bien es cierto que, en el caso concreto, nos encontraríamos frente a una reserva, también lo es que la misma no hace sino redundar sobre lo ya establecido por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es claro, por tanto, que aun en este caso, la misma no podría ser declarada inválida o inaplicarse en el caso concreto por ir en contra del “objeto y fin del tratado”, ya que de manera indirecta estaríamos inaplicando el artículo 14 de la Constitución Federal.²¹

Es cierto que en el caso concreto nos encontramos frente a una reserva. También es cierto que la misma no hace sino redundar o reiterar lo establecido por el artículo 14 de la Constitución. Más bien, la declaración se formula para “salvar” lo previsto en el artículo 14. Lo que no es en absoluto claro, como le pareció a la Corte, que la declaración no pueda declararse inválida por ir en contra del “objeto y fin del tratado”, aduciendo como razón que “de manera indirecta estaríamos inaplicando el artículo 14 de la Constitución Federal”. La declaración o reserva es nula, no sólo por ir en contra del objeto y fin del tratado, sino por ir en contra de normas de *jus cogens*. El artículo 14 no le quita lo inválido a la declaración o reserva a la luz del derecho internacional. Lo que debió haber dicho la Corte es que la declaración o reserva era inválida, y debía tenerse por no puesta y, después, enfrentar el dilema jurídico que esto representa en nuestro sistema constitucional, que coloca a la Constitución en una posición jerárquicamente su-

²¹ *Ibidem*, p. 130.

perior que a los tratados. Es decir, en caso de haber considerado que la reserva formulada por México es nula conforme al derecho internacional y que por lo tanto la Convención sería aplicable como si la reserva no se hubiera formulado, entonces la Corte hubiera tenido que someter a la Convención misma, sin tomar en cuenta a la declaración interpretativa, a la prueba del artículo 14 en materia de irretroactividad y llegar a la conclusión, negativa y desagradable, pero posiblemente inevitable, de que el artículo 14 impediría la aplicación retroactiva de la Convención y declararla, en ese aspecto, inconstitucional.

Sin embargo, como un pretexto adicional, en relación con este tema, la Corte adujo lo siguiente:

Lo anterior no quiere decir que esta Suprema Corte no pueda interpretar los alcances de la declaración interpretativa en relación con algún delito específico contenido en un instrumento similar, como ocurrió en la ya citada Controversia Constitucional 33/2002, en donde este Alto Tribunal consideró que la declaración debía ser interpretada en el sentido de que sólo se refería a aquellos delitos que se hubieren cometido y consumado antes de la entrada en vigor de la Convención y no a aquellos, por su naturaleza particular de delito continuado, en los cuales no hubiera aparecido (viva o muerta) la víctima del delito de desaparición forzada de personas. Sin embargo, vale la pena aclarar que en este caso esta Suprema Corte estaba conociendo de un medio de control de constitucionalidad como lo es la Controversia Constitucional, y no ejerciendo competencia como tribunal de apelación extraordinaria.²²

No comprendemos por qué la Corte no hubiera podido, en este caso en particular, declarar nula la reserva, como si en ejercicio de su competencia como tribunal de apelación extraordinaria no pudiera pronunciarse sobre cuestiones constitucionales relativas a una norma de carácter general. Insistimos, que lo que debió haber hecho era, primero, reconocer que la declaración es inválida a la luz de la Convención de Viena, y luego, someter a la Convención misma a la prueba constitucional a la luz del artículo 14 de la Constitución federal.

A partir de ello, pudo haber dado una interpretación constructiva, evolutiva y progresiva al añejo artículo 14 y ponerlo a la altura de lo previsto en el derecho internacional de la protección de la persona humana. Como bien

²² *Ibidem*, p. 132.

lo señala el profesor Becerra en el ya citado trabajo, cuando la Suprema Corte de Justicia rechazó el dictamen “se dejó escapar una oportunidad histórica con la cual se iba a reconocer la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en nuestro país”.²³

Sin embargo, se usó como pretexto al artículo 14 constitucional para dar un paso atrás, para adoptar una medida regresiva y retrógrada en la protección de la dignidad de las víctimas de crímenes de Estado, como la desaparición forzada o el genocidio. Esto demuestra, una vez más, la urgente necesidad de reformar el artículo 133 de la Constitución federal, para subir de rango a los tratados sobre derechos humanos, y darles categoría supraconstitucional, como lo hacen apropiadamente las Constituciones colombiana, venezolana, guatemalteca y peruana.

Para rematar, la Corte aduce una serie de argumentaciones completamente alejadas de una adecuada concepción del orden público internacional, de los intereses de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, de las normas de *ius cogens*, de los intereses de la humanidad. Parece que se pronuncia en contra de todos estos conceptos cuando, echando mano de una autora que niega la existencia de la naturaleza humana, afirma:

Es claro que la “universalización” de los derechos en ningún momento implica la incorrecta personificación de la “humanidad” como el sujeto que los detenta, los derechos siempre y en todo momento se mantienen como derechos individuales, los cuales pueden ser enfrentados a cualquier pretensión totalizadora o totalizante de la humanidad, la raza, el credo, etcétera.

El gran peligro que implica el sacrificar los derechos individuales frente a una pretendida existencia de derechos de la humanidad, la raza, la nación u otra entidad personificada, difusa y totalizadora de este tipo, es el reproducir la mecánica de argumentación totalitaria frente a la cual estos derechos sirven como defensa; y hacer a un lado la legalidad positiva por una pretendida “legalidad superior” que encarna a la justicia o algún otro valor que un juzgador considere relevante en un momento determinado. Los argumentos totalitarios han seguido esta mecánica de argumentación y los resultados han sido siempre nefastos para la humanidad que pretenden proteger y que utilizan como fundamento.

Los totalitarismos siempre han pretendido haber encontrado un camino para establecer la justicia en la tierra, un camino que implica el sacrificio del derecho positivo en aras de una forma más elevada de legitimidad. Sin

²³ *Op. cit.*, nota 17, p. 207.

la traducción de esta justicia a normas del comportamiento individual, el argumento que busca aplicar directamente esta pretendida Ley superior sin preocuparse del comportamiento y de los derechos básicos de cada hombre espera que esta Ley, adecuadamente aplicada y ejecutada, produzca una “humanidad” como producto final, lo que conduce inevitablemente a la reivindicación de dominación por parte del argumento totalitario y conduce empíricamente al terror.

En este sentido hay que tener en cuenta las palabras de Hannah Arendt acerca del terror totalitario:

“El terror, como ejecución de una ley cuyo objetivo último no es el bienestar de los hombres o el interés de un solo hombre, sino la fabricación de la Humanidad, elimina a los individuos a favor de la especie, sacrifica a las ‘partes’ a favor del ‘todo’. La fuerza supranatural de la Naturaleza o de la Historia tiene su propio comienzo o su propio final, de forma tal que sólo puede ser obstaculizada por el nuevo comienzo y el final individual que suponen realmente la vida de cada individuo”.

Por lo anterior, consideramos que el primer agravio formulado por la representación social de la Federación es infundado.²⁴

Las normas de *jus cogens* son normas que no admiten pacto en contrario, por ser del interés general de la comunidad internacional de Estados en su conjunto; es decir, del interés de la humanidad. No es que la universalización de los derechos reconocidos por normas de *jus cogens* signifique que dichos derechos los detenta la humanidad, sino que la protección de dichos derechos y el respeto y cumplimiento por todo Estado de dichas normas es del interés de la humanidad. No es una pretensión totalizadora o totalizante de la humanidad, sino es interés de toda la humanidad de proteger al individuo del poder totalizante o totalitario de un Estado²⁵ que, usando como pretexto su soberanía, o alguna norma de derecho interno, deja fuera del amparo de la justicia a las víctimas de crímenes de Estado, que fue precisamente lo que logró la Corte con su “protección” al artículo 14 constitucional. A la Corte le parece mal “hacer a un lado la legalidad positiva por una pretendida ‘legalidad superior’ que encarna a la justicia o algún otro valor que un juzgador considere relevante en un momento determinado”. Así fue que protegió a la legalidad positiva y desprotegió a las víctimas.

²⁴ *Ibidem*, pp. 134 y 135 de la misma sentencia ya citada.

²⁵ Esto es, más bien, lo que parece querer decir Hanna Arendt, y no lo que la Corte aduce.

Mas que a la autora que niega la existencia de la naturaleza humana,²⁶ y cuyas ideas deforma, la Suprema Corte debió haber invocado a la Corte Internacional de Justicia, o a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en algunos pronunciamientos, como los que transcribimos a continuación, y que son frontalmente contrarios a las falaces argumentaciones de la Corte, mediante las cuales pretendió librarnos del “totalitarismo” de la vigencia de los derechos humanos, para brindarnos la desprotección del derecho positivo.

La Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva relativa a las reservas a la Convención contra el Delito de Genocidio dice:

La Convención fue adoptada manifiestamente para un propósito puramente humanitario y civilizante... En dicha convención los Estados contratantes *no tienen ningún interés propio; ellos tienen meramente, uno y todos, un interés común* llámese, el logro de esos altos propósitos que son la razón d’etre de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no se puede hablar de ventajas o desventajas individuales de los Estados, o del mantenimiento de un equilibrio contractual perfecto entre derechos y obligaciones.²⁷

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional,²⁸ ambos contra el Perú, señala:

42. La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de su-

²⁶ Le guste o no a la Corte, la naturaleza humana es la piedra sobre la que descansa todo el edificio del derecho internacional de la protección de la persona humana, como es fácilmente comprobable mediante la lectura de todas las partes preambulares de los instrumentos internacionales en la materia.

²⁷ Citada por Verdross, Alfred, en su artículo “Jus dispositivum and jus cogens in International Law”, publicado en *The American Journal of International Law*, vol. 60, 1966. La traducción del inglés es mía. Las cursivas son del texto original. *Las cursivas son mías*.

²⁸ Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C: Resoluciones y Sentencias, núm. 54, Caso Ivcher Bronstein, Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999 (y núm. 55, Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999). La cita está tomada del primero.

pervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.

La Suprema Corte, por lo visto, está en total desacuerdo con lo señalado por la Corte Internacional de Justicia y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Suprema Corte mexicana se erigió en una resistencia a la evolución progresiva y progresista del derecho. Pero a pesar de las resistencias ejercidas por diversos sectores, como dice Falk,

...la conciencia moderna de interdependencia global hace virtualmente imposible la búsqueda de metas humanizantes para la sociedad propia mientras se ignoran los sufrimientos extremos de otras. Por el bien de nuestra propia autoestima y dignidad, la preocupación por los derechos humanos es un elemento del reconocimiento de la unidad de la raza humana. Este sentimiento de unidad se está formando, lenta e indistintamente, en parte como un subproducto de la era espacial, que nos ha permitido ver al planeta como un todo.²⁹

Si un sentimiento de unidad a favor de la protección de la dignidad humana es una visión “totalizante”, que así sea. Así se logrará, poco a poco, la protección de los derechos de las personas, por encima de las normas de las Constituciones.

²⁹ Falk, Richard, *Human Rights and State Sovereignty*, Nueva York, Holmes and Meier Publishers, 1984, p. 156. La traducción es nuestra.