
POSTURA DE MÉXICO FRENTE
A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL:
SOBRE LA SUPERACIÓN DEL PASADO
EN MÉXICO Y LA ARMONIZACIÓN
DEL DERECHO MEXICANO
CON LA RESPONSABILIDAD PENAL
INTERNACIONAL DE LOS INDIVIDUOS

JAIME OLAIZ GONZÁLEZ

SUMARIO: I. Introducción: el itinerario internacional por los derechos humanos. II. Postura de México frente al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1. Iniciativa de reformas al artículo 21 constitucional. 2. Los dos grandes retos de México para participar con coherencia en la Corte Penal Internacional. III. Superación del pasado en México: lo que se ha hecho para esclarecer los crímenes del periodo autoritario. 1. La superación del pasado, a contratiempo. 2. Los esfuerzos por esclarecer el pasado y ofrecer justicia. 3. Los primeros pasos del nuevo gobierno por ofrecer la verdad. IV. Acerca de la incompatibilidad de la declaración interpretativa de México de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad con el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. 1. Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad. 2. El derecho injusto que entraña la declaración interpretativa de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, a la luz de la doctrina del Tribunal

Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: EL ITINERARIO INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional contiene en su amplio catálogo de normas, una vertiente que ha adquirido significativa presencia y trascendencia en los últimos tres cuartos de siglo: la jurisdicción penal internacional. Esta vertiente representa la manifestación categórica e inequívoca de la comunidad internacional para erradicar la impunidad y garantizar que no exista un solo rincón en el mundo que pueda servir de escondite a quienes han vulnerado los principios más básicos de la convivencia social e internacional, y consecuentemente, agraviado los bienes jurídicos más preciados por la comunidad de naciones.

Así pues, a partir de la crucial respuesta de los Tribunales de Nuremberg al hasta ese entonces predominante modelo decimonónico del derecho en que la ley se anteponía a los principios, el mundo civilizado comprendió la necesidad apremiante de reconocer que el orden perceptivo del derecho internacional exigía contemplar una serie de aspectos penales directamente relacionados con la conducta de los individuos —que no de los Estados, mas no excluye a éstos del concepto tradicional de la responsabilidad internacional—, estableciendo un catálogo de delitos que a juicio del concurso de las naciones, vulneran los bienes jurídicos más valiosos de la humanidad y por ende, no se reducen a la mera afectación material de la víctima ni de terceros, sino que sus alcances suponen agravios directos al género humano, a la comunidad internacional.

Este reconocimiento, que ha supuesto un esfuerzo sin paralelo en la reformulación de la ciencia jurídica en los últimos cincuenta años, trajo consigo la colocación del derecho penal —otrra monopolizado por el derecho interno— en el plano internacional.¹ El

¹ El artículo 5o. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece el catálogo de crímenes que pueden ser competencia de la Corte, considerándolos

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

itinerario iniciado formalmente en Nuremberg,² encontró una primera conclusión afortunada y por demás alentadora, 53 años

como los delitos de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Estos delitos son: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra, y d) el crimen de agresión (el cual todavía no está definido). En el artículo 7o. del mismo instrumento se definen los crímenes de lesa humanidad como una serie de acciones que sean parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, a saber: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Aparte del Estatuto de Roma, existen otros instrumentos internacionales que protegen los derechos fundamentales, como la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas; la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas; la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De esta protección que deviene de la importancia del bien jurídico protegido (derechos fundamentales e inherentes a la dignidad humana), se desprende que su exigibilidad asista y corresponda a todos los Estados, en pocas palabras, se trata de derechos y obligaciones erga omnes (cfr. International Court of Justice, Case Barcelona Traction).

Otro rasgo característico de los crímenes de lesa humanidad consiste en su imprescriptibilidad, con la clara intención de evitar la impunidad y la reiteración de esas violaciones. Sin embargo, tal característica de imprescriptibilidad no va bien con el concepto del perdón, sin embargo, de origen se trata de delitos cuya persecución no precluye por el simple paso del tiempo y consecuentemente, las víctimas tienen el imperecedero derecho de acción para exigir el castigo a los culpables y la debida reparación por los agravios cometidos.

2 Chipoco, Carlos, "El derecho a la verdad", en Paz, núm. 28, Lima, marzo de 1994, pp. 83-106. Chipoco comenta el desarrollo de esta teoría en los casos de Argentina, Chile y El Salvador. Sostiene que el respeto del derecho a la verdad es importante para abrir la posibilidad del perdón y la reconciliación, y para cumplir con el derecho internacional. Sobre esto último vale profundizar: los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, son el corolario de una larga lucha por su positivización que inició en Versalles, pasó por Nuremberg, se reanimó en Yugoslavia y

después, con la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, denominado también “Estatuto de Roma”, el 17 de julio

Ruanda y desde la fecha referida, se incorporó definitivamente al patrimonio jurídico de la humanidad. Ahora bien, el alcance de estas violaciones a los derechos humanos, lo ilustra con toda claridad un extracto de la sentencia emitida por los tribunales de Nuremberg: “Los crímenes contra la humanidad son actos cometidos indiscriminada y sistemáticamente contra la vida y la libertad, y deben ser observados en lo que concierne al ámbito de competencia internacional; el concepto de crímenes contra la humanidad no resulta aplicable a los delitos para los cuales el código penal de un ordenamiento estatal determinado hace una disposición pertinente. Los crímenes contra la humanidad sólo pueden llegar a considerarse en los límites de este código básico de la humanidad en razón a que el Estado involucrado, debido a su indiferencia, su impotencia o su complicidad, ha sido incapaz o ha rehusado detener tales crímenes y castigar a los criminales (U.S. v. Ohlendorf et al., en *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, t. IV, p. 498). De esto se desprende que los crímenes contra la humanidad constituyen una violación grave y de gran escala a obligaciones internacionales de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, por lo que su contenido, naturaleza y condiciones de responsabilidad son establecidas por el derecho internacional, con independencia de la que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados (véase para esto último, la Resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 11 de diciembre de 1946).

Los juicios de Nuremberg representaron el inicio del ocaso del legalismo insensible que entrañaba el modelo dogmático del derecho, cuyo fundamento era la aplicación rigorista de la ley al caso concreto, sin que mediaran consideraciones elementales de justicia y equidad. Estos juicios planteaban tres interrogantes básicos: 1) ¿Existe la posibilidad de construir tipos penales que afecten la persona individual sin la mediación del derecho estatal o expuesto de otra forma, hay principio de responsabilidad jurídico-penal directa del individuo ante el derecho internacional? 2) ¿Cómo hacer para que las normas de derecho internacional cuenten con un principio preferencial obligatorio que esté más allá del derecho estatal, en orden a prevenir no sólo la acción penal de los individuos, sino de los Estados? 3) ¿Cómo asumir los supuestos jurídicos del llamado acto de Estado, en orden a que los hechos punibles contra el derecho penal internacional pudiesen ser castigados superando los límites de esa justificante? Sin duda, Nuremberg ofreció las respuestas a estas preguntas. Iré por partes: 1) Con base en criterios del derecho consuetudinario norteamericano y de la costumbre internacional, se concluyó que “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y solamente castigando a los individuos que cometen tales crímenes es que las disposiciones del derecho internacional pueden tener vigencia”. Para fundamentar esto último, se suele citar la decisión conocida como *ex parte Quirin* de 1942, en la cual se estableció que los individuos pueden ser tenidos como responsables de actos criminales, aún cuando fuesen cometidos en nombre de sus Estados, “si el Estado autoriza la acción fuera de su competencia contraviniendo la ley internacional”. Y además, lo que constituyó en adelante un precedente de importancia

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

de 1998.³ Ese día, la comunidad internacional afirmó la convicción compartida de que la verdad, la justicia y la paz son colum-

para los eventos de obediencia debida y órdenes superiores, que a mi juicio es un monumento jurídico, es la siguiente tesis: "Nadie se puede amparar alegando la orden de un superior si la elección moral es un hecho posible". Así, existe un concepto bastante amplio de la participación criminal, según el cual, desde el simple conocimiento hasta la conducta activa, se pueden considerar como componentes que configuran la participación en crímenes contra la paz y la humanidad, de tal forma que cubre los eventos de quienes ejecutan órdenes, como la de quienes en niveles burocráticos, tienen conocimiento de la planeación y realización de tales crímenes. A esto se añade que la Carta de Nuremberg había definido en forma explícita, la pertenencia a un grupo militar como punible, aclarando que en este caso, la responsabilidad se configuraba si un miembro tomaba parte activa en los actos de organización y conocía los designios criminales de las actuaciones. 2) Se requiere de la integración de los tratados internacionales en materia de protección a los derechos humanos y de las normas de derecho internacional consuetudinario, al ordenamiento jurídico interno de cada país. Los primeros esfuerzos se registraron con la Carta del Tribunal Penal Internacional. Para esto, es fundamental la existencia del principio de legalidad *nullum crimen sine lege*, *nullum poena sine lege*. De ahí la trascendencia del esfuerzo de Roma en julio de 1998. 3) Se considera insostenible la prédica absoluta de la doctrina de los "actos de Estado", y por consiguiente, la inmunidad de quienes ostentan el poder, para sustraerse de la responsabilidad frente al derecho penal internacional. Ejemplos históricos como la deposición y ejecución de Carlos I de Inglaterra o de Luis XVI de Francia, confirman esta valoración. Instrumentos internacionales como el Tratado de Versalles de 1919, cierran paso a la posibilidad de invocar como eximentes de responsabilidad a los actos de Estado o las inmunidades que confieren los cargos. Véanse Guerrero Peralta, Óscar Julián, "Justicia penal y paz. Una mirada al largo camino hacia la conformación del derecho penal internacional contemporáneo", ensayo integrado en la compilación titulada *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 52- 64; y *Trials of War Criminals Before Nuremberg Military Tribunals*, t. I.

3 Ciertamente el primer esfuerzo para crear un patrimonio jurídico de la humanidad se dio con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, sin embargo, para su debida observancia, restaba la creación de un organismo preexistente a las violaciones de derechos humanos que se cometieran en el futuro, para evitar volver a repetir pasajes de tribunales especiales como Nuremberg o Tokio. Vale traer a cuenta un ejemplo de la violación ostentosa que se hizo de algunos principios tutelados en la Declaración: en los tiempos de la República Democrática Alemana, el artículo 12 de la Declaración chocaba con una institución y símbolo esencial para la sobrevivencia de la Alemania Democrática:

el Muro de Berlín. Este artículo establecía que "toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio" y en su cuarto párrafo afirmaba: "Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar a su propio país". La

nas indispensables para sostener el orden mundial y propiciar el desarrollo de las naciones y sus sociedades, en un marco de seguridad internacional, así como de respeto y protección a los derechos humanos, estos últimos como el elemento definitorio del nuevo Estado de derecho internacional.

sola construcción del Muro en 1961, violó la Declaración de los Derechos Humanos y frente a él, sucedieron aproximadamente 1,000 muertes como causa del éxodo masivo e intermitente de individuos que pretendían volver a un régimen de libertades. Cayó el muro, llegó la reunificación de Alemania y con ésta, el problema de cómo tratar a los autores de tales crímenes. En 1991 empezaron los primeros procesos judiciales contra varios militares, a quienes asistían varios beneficios jurídicos: el principio de no-retroactividad; el cumplimiento de órdenes de superiores y la concurrencia —para su beneficio— de las leyes de la desaparecida República Democrática Alemana. A pesar de estas objeciones, las cortes iniciaron los procesos, que concluyeron con un pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que afirma que “los asesinatos en la frontera atentaron tanto contra el principio de justicia como contra los derechos humanos”. Por eso se justificaba el castigo a los autores de tales crímenes. El principio de la no-retroactividad de la ley no vale en este caso, puesto que por encima de un principio jurídico existe un derecho fundamental. Así, la Corte se acercaba a la postura que en su momento defendió Gustav Radbruch, quien argumentó al final de la IIGM, en cuanto a los crímenes nazis, lo siguiente: “se puede castigar a los responsables de estos crímenes descuidando el principio de la no-retroactividad, cuando el derecho está en oposición fundamental con la justicia”. Lo importante de estas apreciaciones consiste en la nueva interpretación que se da al principio de la no-retroactividad: ya no se le ve de manera tajante y positivista, propias del modelo dogmático hoy día en decadencia, como un principio “intocable” y aislado, sino desde su función dentro del sistema jurídico como tal. Me explicaré: los jueces constitucionales afirmaron que cuando el Estado socialista, mediante algunas leyes, excluyó la punibilidad para crímenes graves —como era el caso de los asesinados en el Muro— al mismo tiempo eliminó la confidencialidad del principio de no-retroactividad. Los magistrados ven este principio desde su función para un Estado de derecho y desde su definición superior de servir para la justicia. En caso de crímenes de lesa humanidad, ningún Estado tiene derecho a promulgar leyes que sirvan para violar los derechos humanos y que por el principio de irretroactividad, garantizan la impunidad de los que adoptan leyes de esa naturaleza. Un Estado de derecho no es justificable dentro de sí mismo, sino solamente desde su fundación en el respeto a los derechos humanos. En suma, no es admisible la existencia de leyes que atenten contra el principio de justicia o contra los derechos humanos. Véase Herbst, Stefan, “La lucha contra la impunidad en Alemania”, del Centro de Documentación e Información sobre Derechos Humanos en América Latina (DIML). Artículo publicado el 19 de junio de 2002.

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

II. POSTURA DE MÉXICO FRENTE AL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

México no fue ajeno a este destacado esfuerzo de la comunidad internacional. Desde la adopción de su Estatuto, varios académicos y especialistas mexicanos, así como organizaciones no gubernamentales diversas, han sido firmes defensores de la Corte Penal Internacional y han inducido al gobierno a la firma y ratificación del Tratado.

Sin embargo, ni estas demostraciones han sido suficientes, ni tampoco han estado exentas de presiones internacionales por parte de países que, paradójicamente, colocaron el tema en la palestra hace más de cincuenta años y ahora, ya construido el edificio pretenden derribarlo desde sus cimientos.

A pesar de que la presente administración y en concreto, desde su asiento como Miembro no Permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, México ha defendido vehementemente a la Corte Penal Internacional en todo foro que toma parte, la mayoría de las ocasiones, por no afirmar que siempre, las palabras, los discursos, deben ser respaldados por actitudes coherentes y acciones concretas que ofrezcan credibilidad, autoridad internacional y sobre todo, nos acerquen gradualmente al objetivo estimado.

1. Iniciativa de reformas al artículo 21 constitucional

Al momento de escribir estas líneas, sigue pendiente la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por parte del Congreso mexicano. Como aconseja la armonización del derecho internacional con el derecho interno de los Estados, es conveniente un acto específico de incorporación o adopción, consistente en la elaboración de una serie de ajustes o reformas en nuestro ordenamiento constitucional, para que los preceptos internacionales sean vinculatorios formalmente en nuestro marco jurídico vigente, toda vez que “el reconocimiento de competencia de tribunales internacionales sería nugatorio si no viene

acompañado de la adopción de medidas que permitan ejecutar, de manera eficaz sus decisiones”.⁴

Con este antecedente, la Cámara de Diputados deberá aprobar una enmienda propuesta por el Senado, para abrir paso a la ratificación definitiva del Estatuto y con ello, permitir que México se convierta en Estado parte de la Corte Penal Internacional. Esta enmienda propuesta por el Senado consiste en una iniciativa de reformas al artículo 21 constitucional, con las siguientes características principales a saber, tomadas de su exposición de motivos:⁵

- 1) Reconoce que el individuo ha adquirido calidad de sujeto del derecho internacional y que el tema de los derechos humanos se ha convertido en capítulo sobresaliente del *Ius Gentium*.
- 2) Se invocan nuevos instrumentos que, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de los Estados, permiten juzgar a individuos por violaciones graves de derechos humanos.⁶

4 OC-16-99. CIDH. Derecho a la Información sobre la asistencia Consular.

5 García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, p. 132. El autor analiza el proyecto de reforma al artículo 21 constitucional sujeto al examen de la Cámara de Diputados en este momento.

6 *Ibidem*, p. 137. Sergio García Ramírez realiza un estudio exhaustivo sobre la postura de México frente al Estatuto de la Corte Penal Internacional. Al tratar en específico la exposición de motivos del proyecto de reformas al artículo 21 constitucional, el autor advierte un deslinde: “por una parte, la responsabilidad internacional de los Estados por la conducta de sus órganos o agentes —e incluso de otras personas vinculadas a ellos—, y por otra parte, la responsabilidad individual de esos sujetos por el comportamiento desarrollado. Aquella surge en el foro de los tribunales de derechos humanos, que no son instancias penales, aunque se encuentren dotados de potestades sancionadoras. La segunda aparece en el espacio de los tribunales penales internacionales, que sujetan a juicio a personas físicas, como lo haría la justicia penal doméstica, conocen de los delitos atribuidos y resuelven las sanciones —de carácter específicamente penal— que corresponde aplicarles. Tales son los tribunales constituidos por el Consejo de Seguridad —siempre objetados por México— para el enjuiciamiento por crímenes perpetrados en la ex Yugoslavia y Ruanda”. El artículo 21 constitucional, objeto de la iniciativa de reformas en comento, recoge el régimen de la

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

- 3) México está en condiciones de ratificar instrumentos que se han sometido al Senado, mediante una reforma constitucional que asegure la plena aplicación de aquéllos y la posibilidad de ratificar otros.⁷
- 4) Los procedimientos que realicen dichos tribunales⁸ así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado mexicano de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo. Esto excluye a los tribunales especiales establecidos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, respecto de los cuales México ha expresado reservas.
- 5) Las resoluciones emitidas por los tribunales, gozarán de fuerza obligatoria; las autoridades administrativas y ju

investigación, persecución y sanción de los delitos por parte del Ministerio Público y de los tribunales penales conforme a sus respectivas atribuciones; así como al régimen de infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, y el sistema de seguridad pública. A juicio de Sergio García Ramírez, la pertinencia de la reforma al artículo 21 constitucional, desaparecería en la medida que se pretenda integrar en el marco constitucional mexicano todo el sistema internacional jurisdiccional atinente a México, que abarca mucho más que el espacio penal. En opinión de García Ramírez, y aunque se trata de un tema que rebasa la finalidad de este trabajo, ni la operación de la Corte Internacional de Justicia, ni la actuación de la Corte Internacional de Derechos Humanos se relacionan con la materia que aborda el artículo 21, por lo que propone que la enmienda se instale en otros preceptos como los artículos 17, 104, 133 o bien, la redacción de un artículo propio, todos ellos dentro del texto constitucional.

7 La referencia corresponde fundamentalmente a los siguientes instrumentos: a) Convención Americana sobre desaparición forzada de personas (1994); b) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad (Naciones Unidas, 1968), con declaración interpretativa que se sustenta en el artículo 14 constitucional: el Estado “únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor en México” (aprobada el 10 de diciembre de 2001); c) Protocolo Facultativo de la Convención

sobre los derechos del niño en los conflictos armados (Naciones Unidas, 2000); d) Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1996); entre otros. Particular énfasis merecerá en el desarrollo de este trabajo, la declaración interpretativa referida en el inciso (b) de esta nota. Ibidem, p. 139.

8 El autor plantea una crítica al párrafo objeto de análisis, advirtiendo la inconveniencia de aludir a “tribunales” penales internacionales, en plural: “La posición mexicana y la mayor conveniencia internacional apuntan hacia un solo tribunal. Para ello se llegó al Estatuto de Roma”. Ibidem, p. 145.

diciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes.

2. Los dos grandes retos de México para participar con coherencia en la Corte Penal Internacional

A pesar de todo lo anterior y afirmando la pertinencia de que México ingrese al sistema de la Corte Penal Internacional, todos estos esfuerzos no servirán de nada en el caso mexicano si no se resuelven dos cuestiones fundamentales, que hacen ver a la propuesta de reforma en comento como una iniciativa enteramente cosmética, a la luz de la complejidad y contrapunto de aquéllas respecto a esta última:

- 1) La asignatura pendiente en México sobre el esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos durante el periodo autoritario, y
- 2) La declaración interpretativa de México de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, en la que, en pocas palabras, afirma la prescriptibilidad de tales crímenes, si éstos fueran cometidos con anterioridad al inicio de la vigencia de esa Convención en México.

De eso trata este trabajo: de la defensa de los ideales y principios que animaron el espíritu de Roma y concluyeron en la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional en julio de 1998. Trata de reafirmar la vocación internacionalista de México en el marco del respeto y protección a los derechos humanos, pero no solamente en la palestra internacional, sino empezando por la casa.

En esto concurren conceptos como superación del pasado, esclarecimiento de la verdad, aplicación de justicia, pertinencia del perdón y conveniencia de crear Comisiones de Verdad para conseguir todos los anteriores. De cara al espíritu de Roma, este

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

itinerario es algo que nos debemos en México y que de diferirlo, no haría a nuestro país más que un vehemente “defensor” esquizofrénico de aquel espíritu paliativo de la impunidad internacional, pero solamente allende de nuestras fronteras. Esto último es la gran disyuntiva que enfrenta México en el contexto del derecho internacional contemporáneo.

III. SUPERACIÓN DEL PASADO EN MÉXICO: LO QUE SE HA HECHO PARA ESCLARECER LOS CRÍMENES DEL PERIODO AUTORITARIO

1. La superación del pasado, a contratiempo

El 23 de agosto de 2003, The New York Times publicó un artículo titulado “Mexico’s Human Rights Retreat”, en el que señala las asignaturas pendientes del gobierno de Vicente Fox en materia de derechos humanos, y en particular, sobre los crímenes cometidos durante el auge del autoritarismo en México. No cabe duda que las expectativas generadas en 2000, respecto a la superación del pasado en nuestro país, se han quedado muy cortas respecto a los alcances que hemos podido apreciar hasta ahora. La incertidumbre que acusa el artículo del New York Times, se justifica sobradamente.

Así pues, la pregunta obligada es: ¿hasta cuándo superaremos el pasado en México? Para responderla, debemos antes reconocer que para consolidar el proceso de transición democrática en que estamos inmersos, resulta indispensable abordar el tema de los derechos humanos y sus violaciones en el pasado. Solamente así, podremos decir que somos un país democrático, con memoria y reconciliado. Mientras eso sucede, hoy vamos a contratiempo.

2. Los esfuerzos por esclarecer el pasado y ofrecer justicia

En México, la lucha contra el olvido impuesto,⁹ inició en 1993. El impulso provino de grupos u organizaciones conformados por

⁹ Cárdenas Gutiérrez, Salvador y Reyes Álvarez, Jaime, “Los derechos humanos: entre la memoria y el olvido. Sobre el tratamiento jurídico de la violación a los

familiares de las víctimas del autoritarismo y por algunos sectores de izquierda en el país. En aquel año se creó una Comisión de la Verdad, compuesta por 24 de los más respetables intelectuales del país, que concluyeron que los hechos ocurridos durante la década de los setenta eran responsabilidad directa de las autoridades gubernamentales y policíacas.¹⁰

Existen casos de impunidad que deben ser aclarados, como las acciones de paramilitares urbanos en junio de 1971; los desaparecidos políticos durante la guerra sucia de los setenta; la matanza de Aguas Blancas; la masacre de Acteal de Chenalhó, Chiapas, como resultado de la escalada de violencia por la rebelión armada y actividades de grupos paramilitares en ese estado; los recientes hallazgos de mujeres muertas en Ciudad Juárez, este caso en particular, junto con otros semejantes, han sido puestos a consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha emitido numerosas recomendaciones al gobierno mexicano para que profundice en las investigaciones.¹¹

3. Los primeros pasos del nuevo gobierno por ofrecer la verdad

La presión social para que se investigaran y castigaran los hechos del pasado, fue cobrando mayor fuerza a medida que avanzaba el proceso de democratización en México. La primera entidad oficial que dio pasos en este sentido, fue la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que reconoció las añejas exigencias de las víctimas o sus familiares en el informe que rindió en diciembre de 2001.

derechos humanos como medio para superar el pasado”, *Ars Iuris* núm. 21, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, septiembre de 1999, pp. 82-84.

¹⁰ Ibidem, p. 82. Los autores refieren a Ramos Ávalos, Jorge, “No debemos olvidar el 68”, *Newsweek* en español, 30 de septiembre de 1998, p. 17.

¹¹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, Organización de los Estados A

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Originalmente, en tiempos de campaña, el presidente Fox había ofrecido la creación de una Comisión de la Verdad, sin embargo, ya en el gobierno, rectificó, argumentando que bastaba el funcionamiento de las instituciones previamente establecidas para que se resuelvan los problemas de las violaciones a los derechos humanos durante el régimen autoritario. En noviembre de 2001, se crea la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado,¹² dependiente de la Procuraduría General de la República.

12 Diario Oficial de la Federación, “Acuerdo por el que se disponen diversas medidas para la Procuración de Justicia por delitos cometidos contra personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado”, martes 27 de noviembre de 2001. Vale señalar algunas consideraciones del Ejecutivo expuestas en el Acuerdo: 1) Las demandas de esclarecimiento de hechos y de justicia para los presuntos desaparecidos por motivos políticos, exigen una respuesta contundente y clara de la autoridad para dar a conocer la verdad, sanar viejas heridas y establecer nuevos pactos, todo a partir de una reconciliación que respete la memoria y abone a la justicia; 2) Es claro que el debate no radica en si debe o no revisarse el pasado. La búsqueda ineludible de la verdad implica, necesariamente, una revisión de los hechos pretéritos y en este sentido, existe un amplio consenso social de atender este reclamo y sentar las condiciones para una reconciliación nacional como requisito fundamental para fortalecer nuestras instituciones, el Estado de derecho y la legitimidad democrática; 3) Cualquier conducta que hubiese atentado contra los derechos humanos debe someterse no sólo a una investigación para conocer la realidad de los acontecimientos, sino también al escrutinio por parte de la justicia, que es una de las funciones primordiales del Estado y de sus instituciones; 4) Como resultado del rico intercambio que se ha generado en torno a la revisión del pasado, surgió la propuesta de constituir una Comisión de la Verdad que actuase con independencia de los canales institucionales del Estado. Sin embargo, el orden jurídico mexicano no confiere atribuciones al titular del Poder Ejecutivo federal para crear organismos públicos autónomos o instancias extrainstitucionales que estén por encima de los procedimientos que marca la ley para calificar una conducta como violatoria de los derechos humanos o como delito; 5) La protección de los derechos fundamentales y la investigación y persecución de los delitos son funciones reservadas constitucionalmente a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y al Ministerio Público respectivamente; 6) Con pleno respeto a la autonomía, que constitucionalmente corresponde al Ministerio Público de la federación en la persecución de los delitos del orden federal, la Procuraduría General de la República contará con un fiscal especial, cuya misión será realizar las investigaciones necesarias para la debida integración de las averiguaciones previas que deriven de denuncias o querellas formuladas en razón de sucesos probablemente constitutivos de delitos, así como perseguirlos cuando proceda; 7) De manera adicional a la persecución de delitos, se establecerán mecanismos que permitan indemnizar a las víctimas por el daño

Se toma como base para el trabajo de la recién creada Fiscalía Especial, el Informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que reconoce solamente cerca de 500 casos de desapariciones forzadas, sin embargo, son tres momentos y sus respectivas consecuencias jurídicas, los que concentrarán toda la atención y trabajo de la fiscalía: 2 de octubre de 1968; 10 de junio de 1971 y la guerra sucia de la década de los setenta.

Se debe destacar este paso, que no puede ser menospreciado: es la primera vez que desde el Ejecutivo parte una iniciativa de esta naturaleza. Ciertamente se trata de una medida insuficiente, que genera escepticismo y que se encuentra muy limitada por el marco jurídico vigente, para cumplir a plenitud sus funciones. Igualmente, puede ser objeto de críticas por su aparente inconsistencia jurídica. Lo que resulta innegable es el mérito que entraña al representar el primer esfuerzo auténtico de esclarecimiento de los hechos ocurridos durante el régimen autoritario. Ese era el primer paso que se requería para acreditar la voluntad jurídica y política del nuevo gobierno para hacer justicia. Una vez establecida su pertinencia, merece los siguientes comentarios:

- a) Para el cumplimiento de su finalidad natural —esclarecimiento de la verdad—, las comisiones de la verdad

causado por los hechos del pasado cuando ello proceda; 8) Con estos instrumentos del Estado es posible ir más allá de lo que podría lograrse con una Comisión de la Verdad, ya que no solamente se busca esclarecer los hechos sino deslindar responsabilidades y, en su caso, sancionar conforme a derecho a los responsables; 9) En el afán de conocer y sancionar a los responsables de hechos probablemente constitutivos de delitos, debe prevalecer el espíritu de justicia, que no el de venganza. Estos actos son, en todo caso, atribuibles a individuos y, por ello, habrá que evitar juicios generales en contra de las instituciones o de grupos específicos, que no hacen sino propiciar nuevos agravios; 10) El pleno esclarecimiento de los sucesos del pasado, así como la aplicación de las sanciones que correspondan, requieren de la apertura de información reservada, sin más restricciones que las que el marco jurídico establece para salvaguardar la seguridad nacional y la vida privada de las personas; 11) La documentación relevante para el esclarecimiento de los sucesos ya mencionados y que se encuentre bajo resguardo de las autoridades federales, será transferida al Archivo General de la Nación y, al mismo tiempo, se convoca a los gobiernos de las entidades federativas y a los particulares que cuenten con información que pudiere resultar relevante, a que se incorporen a este esfuerzo institucional y aporten la que tuvieren.

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

requieren de autonomía institucional y material para realizar una actividad de consulta del pasado con profundidad. En este caso, la entidad que tiene el encargo de investigar la verdad histórica de los hechos cometidos en el pasado, es también parte del gobierno, por lo que se pone en tela de juicio, su independencia en esta labor esclarecedora.

- b) Ciertamente, la ambigüedad bajo la que fue prevista la creación de la fiscalía especial conlleva la existencia de un marco jurídico demasiado estrecho que no contempla la flexibilidad y autonomía de acción que necesita un órgano encargado de las funciones que le fueron encomendadas.¹³

13 Juicios justos. Manual de Amnistía Internacional, Ed. Amnistía Internacional, Madrid, 1998, pp. 152-154. A pesar de que ni la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, ni en su caso, las Comisiones de la Verdad, tienen facultades jurisdiccionales propiamente, deben acreditar ciertas características que aseguren legalidad, independencia e imparcialidad en las investigaciones que realicen. De esta forma, en el Manual referido, en la parte de Casos Especiales, se establecen ciertos aspectos que deben reunirse para ofrecer seguridad jurídica a los involucrados (parte del caso de los tribunales especiales, cuya creación es permisible para juzgar a determinadas categorías de personas como menores; miembros de las fuerzas armadas por delitos militares; o militares que cometieron delitos como violaciones a los derechos humanos. Estos tribunales podrán funcionar siempre que respeten las garantías del proceso justo. Véanse los artículos 2, 7 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 2 y 3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; artículos 1 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales): 1) Las funciones y competencia de los tribunales deberán estar establecidas por la ley. 2) Al igual que los ordinarios, los tribunales especiales o extraordinarios han de ser independientes del Poder Ejecutivo. Los miembros de tales tribunales encargados de tomar las decisiones deben ser imparciales. 3) Los procesos ante tribunales militares deben ofrecer todas las garantías de juicio justo establecidas en las normas internacionales. Uno de los criterios para determinarlo, es asegurar que el tribunal no esté sometido a intromisiones de superiores ni a influencias externas. 4) La cuestión clave que se debe plantear al evaluar la independencia de los jueces militares es si están subordinados a la autoridad militar en su función de administrar justicia. Se considera que los jueces son independientes si gozan de autonomía con respecto a sus superiores, independientemente de que hayan sido nombrado por éstos y continúen —en el caso de los militares— sometidos a su autoridad jerárquica en todos

c) A pesar de que efectivamente, como se señala en la parte de Considerandos del Acuerdo en comento, “el orden jurídico mexicano no confiere atribuciones al titular del Poder Ejecutivo federal para crear organismos públicos autónomos o instancias extrainstitucionales que estén por encima de los procedimientos que marca la ley para calificar una conducta como violatoria de los derechos humanos o como delito”, es preciso formular las siguientes observaciones:

- 1) El titular del Ejecutivo Federal, conforme al artículo 71 constitucional, fracción I, está facultado para iniciar leyes o decretos, por lo que no existe impedimento concreto que le impidiese formular al Congreso una iniciativa de reforma constitucional que contemple la existencia de organismos como las Comisiones de la Verdad, cuyo marco de actuación y supuestos de conformación estarían expresamente establecidos en la Constitución y en las respectivas leyes secundarias.

los aspectos, excepto en los relativos a la administración de justicia. 5) Los juicios celebrados en tribunales militares contra personal militar acusado de delitos de jurisdicción ordinaria o de violaciones de derechos humanos, con frecuencia no son imparciales y dan como resultado, la impunidad del autor del delito. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado que los juicios por tales violaciones se celebren ante tribunales ordinarios. 6) Las normas internacionales prohíben específicamente la celebración ante tribunales militares o especiales de miembros de las fuerzas de seguridad o de otros funcionarios acusados de participar en desapariciones. Véase artículo 16 de la Declaración sobre las Desapariciones Forzadas y artículo IX de la Convención Interamericana sobre las Desapariciones. 7) La Comisión Interamericana ha manifestado que poner a civiles bajo la jurisdicción de los tribunales militares es contrario a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y que los tribunales militares son tribunales especiales y puramente funcionales, cuyo objeto es mantener la disciplina en las fuerzas militares y policiales, por lo que sólo deben ser utilizados con estas fuerzas.

También se ofrecen argumentos valiosos sobre la justicia incompleta cuando ésta es administrada por militares, en el artículo de Maris Ageitos, Stella, “La historia de la impunidad”, Buenos Aires, 9 de julio de 2002.

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

- 2) Por definición, la Comisión de la Verdad sería una especie de consejo ciudadano que se debe caracterizar por la inexistencia de vínculos con el gobierno, de tal manera, que pueda cumplir sus funciones con absoluta objetividad y plena independencia. Su labor consistiría en la recopilación de información que permita esclarecer la verdad de hechos ocurridos durante un periodo determinado, dentro del cual, se tengan fundados indicios de que se hayan cometido violaciones a los derechos humanos.
- 3) Los trabajos de la Comisión se concentrarán en las violaciones que cometió el régimen anterior, por lo tanto, el gobierno que le suceda en el poder no es recomendable que dirija o supervise esta labor esclarecedora, porque: primero, si los agravios se cometieron desde el poder, no pueden ser investigados desde el propio poder aun cuando se trate de regímenes distintos, porque se afecta la objetividad que exigen las investigaciones, ya sea por simpatía o animadversión del gobierno democrático, respecto al autoritario. Y segundo, porque se debe recordar que las Comisiones de la Verdad también cumplen con ciertas funciones de reconciliación entre individuos y con el pasado, función que no podría realizar el Estado al tener el imperativo jurídico de perseguir y castigar los crímenes cometidos. Así, pues, se debe entender que en estos procesos, la participación de la sociedad civil en las labores de esclarecimiento, es fundamental.

Una vez planteadas las deficiencias teóricas de la Fiscalía Especial, es muy importante señalar que esta última tampoco ha arrojado resultados en cuanto a la captura de individuos que han sido señalados en el desarrollo de sus investigaciones, como probables responsables de violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado. Es el caso concreto de las recientes órdenes de aprehensión libradas en contra de Luis de la Barreda Mo-

reno y Miguel Nazar Haro,¹⁴ a quienes se atribuye la desaparición de Jesús Piedra Ibarra, en el año de 1975, en Monterrey, Nuevo León, México.

Ambos sujetos se han sustraído hasta la fecha, a la acción de la justicia y no han sido capturados. Objeto de este trabajo también es el beneficio que estos individuos reciben con los términos en que está redactada la declaración interpretativa (a fin de cuentas, reserva de México a la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad) que conjura la asignación de responsabilidades a De la Barreda Moreno y Nazar Haro, por el delito que se les imputa.

IV. ACERCA DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA DE MÉXICO DE LA CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD CON EL PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Habiendo expuesto la naturaleza del proceso de superación del pasado en México y las modalidades jurídicas bajo las cuales, la presente administración ha abordado el tema, así como las críticas a estas últimas, en este apartado se procurará explicar por qué la declaración interpretativa que México hizo de la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad”, es incompatible con el principio jurídico internacional de la imprescriptibilidad en el caso específico de los crímenes de lesa humanidad.

14 El miércoles 18 de febrero de 2004, Miguel Nazar Haro fue detenido en la ciudad de México, por la Procuraduría General de la República en atención a una orden de aprehensión librada por el juez 4o. de distrito en materia penal, de Monterrey, Nuevo León, por su probable responsabilidad en la desaparición de Jesús Piedra Ibarra. Ese mismo día fue trasladado a Monterrey para que respondiera por los cargos que se le imputan. Esta detención representa un avance en los esfuerzos que realiza la fiscalía especial para determinar la responsabilidad de funcionarios que dirigieron, coordinaron y/o ejecutaron crímenes durante el periodo de la guerra sucia en México.

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad

Los crímenes contra la humanidad, categoría dentro de la que encuadran las desapariciones forzadas de personas¹⁵ y la tortura, entre otros, son considerados imprescriptibles en la medida en que puedan ser calificados como atentatorios de bienes jurídicos que corresponden al género humano.

La Resolución 291 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprueba en 1968 la “Convención sobre la no aplicación de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad”. Esta Convención entró en vigor en noviembre de 1970.

Estos crímenes atacan contra el género humano, y por tanto, se califican de imprescriptibles por la propia Convención y a la luz del Estatuto de Nuremberg, de los Principios de 1946 (VI/ C), los Convenios de Ginebra de 1949 y jurisprudencia internacional, en especial de atribución francesa¹⁶ o argentina,¹⁷ que los

¹⁵ La Resolución 47/133 de la Asamblea General de la Organización General de las Naciones Unidas, sobre la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas” dispone en su artículo 17 que todo acto de desaparición forzosa será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos... De haber prescripción, la relativa a los actos de desaparición forzosa ha de ser de largo plazo y proporcionado a la extrema gravedad del delito. A juicio del juez Garzón, “la situación de desaparición impone la calificación de delito permanente y por ende, la prescripción no puede empezar a computarse sino hasta el momento en que conste que la ejecución del delito ha concluido mediante la liberación del desaparecido, o la facilitación de los elementos que acrediten su muerte”. En pocas palabras advierte el juez de la Audiencia Nacional española, “si no se ha liberado a las personas o se ha dado razón cierta de su paradero, no comienza el plazo de la prescripción hasta que una de tales circunstancias se acredite”. Además, sigue el juez Garzón, “tratándose de un mismo diseño criminal o plan delictivo, la continuidad penal de estos delitos como de sus conexos, secuestros, torturas, muertes y conspiraciones, para desarrollarlas, forman un todo inescindible para computar la prescripción”. Véase Garzón Real, Baltasar, Cuento de Navidad. Es posible un mundo diferente, Ediciones de la Tierra, Madrid, 2002, pp. 141-142.

¹⁶ Caso Klaus Barbie, Corte de Casación Francesa.

¹⁷ Caso Priebke. Corte Suprema de Argentina. El Estado Italiano solicitaba la extradición de Erick Priebke por 330 fusilamientos cometidos en las Fosas Ardeatinas en Roma, durante la década de 1940. El máximo Tribunal argentino rechazó la pres-

define como actos inhumanos y persecuciones que en nombre del Estado que practica una política de hegemonía ideológica, han sido cometidos de forma sistemática, no solamente contra personas por razón de su pertenencia a una colectividad racial o religiosa, sino también contra los adversarios de esa política, cualquiera que sea la forma de su oposición”.

Así, pues, aparte de sancionar la imprescriptibilidad de tales crímenes, el Convenio de 1968, al definir su naturaleza jurídica, hace incompatible por necesidad, cualquier limitación a su aplicación y, por lo tanto, conjura la prescriptibilidad que podría aducir el derecho interno de los Estados para evitar que violaciones pasadas sean perseguidas y castigadas con base en los principios de universalidad, subsidiariedad e imprescriptibilidad propios de los crímenes de lesa humanidad.¹⁸

Como apunta Baltasar Garzón,¹⁹ las declaraciones e interpretaciones referidas en párrafos anteriores y que resultaron en la Convención de 1968, no son principios ex novo, sino que han sido interpretadas por la comunidad internacional como un reconocimiento a la gravedad de tales crímenes, desde su configuración en 1945, teniendo a la imprescriptibilidad como uno de sus caracteres esenciales desde su origen.²⁰ Así, la imprescrip

cripción por la naturaleza de los crímenes de derecho internacional que revestían los que se imputaban a Priebke.

18 Estos principios se explican como sigue: a) Universalidad, en tanto que el bien jurídico protegido corresponde no solamente al sujeto pasivo, sino en estricto sentido, este sujeto pasivo es el género humano en su totalidad. b) Subsidiariedad, porque éste es el principio operativo y legitimador de la Corte Penal Internacional, en el que se faculta a terceros Estados a ejercer la jurisdicción universal por crímenes que no hayan sido perseguidos con base en los principios de territorialidad (país en que se cometió el delito) y subjetividad (Estado de la víctima), de tal forma que de no ejercer esa jurisdicción “subsidiaria” a favor de terceros Estados, que están legitimados para hacerlo en tanto que por la naturaleza de los crímenes cometidos, también resultaron agravados, las violaciones cometidas quedarían impunes. c) Imprescriptibilidad, que consiste en pocas palabras, en que el simple paso del tiempo no cancela las responsabilidades jurídico-penales de los responsables de los crímenes cometidos.

19 Garzón Real, Baltasar, Cuento de Navidad. Es posible un mundo diferente, Ed. De la Tierra, Madrid, mayo de 2002.

20 Caso Priebke y Hass. En este caso, la Corte Militar de Roma declaró: “la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad es un principio general del

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

tibilidad propia de estos crímenes, participa de los principios del *ius cogens*, y por tanto, con eficacia *erga omnes*, y que a la sazón del Tribunal de La Haya, es obligatorio para todos los Estados.²¹

Criterios como el anterior aclaran que la falta de ratificación de Convenciones como la que nos ocupa no exime a los Estados de su cumplimiento, porque los crímenes son imprescriptibles por naturaleza, con independencia de que cada Estado los haya incorporado a su derecho interno antes o después.²² Por tanto, la Convención no vincula ni cuando la apruebe la comunidad de Estados, ni cuando cada uno de ellos lo ratifique, porque su carácter de lesa humanidad y su característica esencial de imprescriptibilidad ya fueron reconocidas y asentadas en Nuremberg, en 1945, y en Ginebra, en 1949.

Con base en lo anterior, menuda impresión puede causar el encontrar no sólo negativas o dilaciones inexplicables de los Estados para ratificar este instrumento, sino ratificaciones que vienen “acompañadas” de declaraciones interpretativas que en el fondo, no hacen otra cosa que desconocer el objeto jurídico que pretende tutelar la Convención que aparentemente están “ratificando” e incorporando a su ordenamiento jurídico vigente, como es el caso mexicano.²³

2. El derecho injusto que entraña la declaración interpretativa de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín

La prescripción opera en todos los órdenes jurídicos, fundada en razones de seguridad jurídica, que no siempre de justicia, ante la

ordenamiento internacional. La Convención de 1968 no es sino una consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión”.

21 Supra, nota 19, p. 139.

22 El juez Garzón hace el mismo análisis al comentar la pendiente ratificación de España sobre la Convención de 1968, en comentario.

23 Supra, nota 5, p. 104. García Ramírez establece: “la prescriptibilidad de la pretensión punitiva —mejor que de la acción procesal— repugna al derecho penal

necesidad de que el simple paso del tiempo consolide determinadas situaciones de hecho que no pueden permanecer indefinidamente en la incertidumbre. Así lo establece una sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, del 29 de julio de 1998. Sin embargo, este principio de seguridad jurídica, debe subordinarse a la entidad del valor jurídico que en un caso específico, se pretende tutelar. Así, en un caso concreto, si resulta que el principio de prescriptibilidad impide la persecución de delitos que afectaron no sólo al sujeto pasivo del delito sino al género humano, y la supremacía de este principio normativo contraviene la vigencia de un principio superior como es el respeto a la integridad personal y a la propia vida, pues ciertamente, el juzgador estará legitimado para sobreponer estos últimos principios a aquel normativo, para asegurar la vigencia de un Estado de derecho no sólo justo, sino equitativo.

Esto último es tratado a profundidad por Robert Alexy, en un estudio notablemente acucioso que realiza sobre la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín.²⁴ Es tal el impacto que causó este material en el sistema internacional de protección a los derechos humanos, así como en su doctrina, que vale la pena tratar algunos aspectos que como bien apunta el autor, marcaron un hito en el tratamiento jurisprudencial ulterior del principio de irretroactividad en relación con normas que entrañan un derecho injusto o con delitos que por aplicación

internacional, sobre todo en lo que respecta a los más graves delitos. Así, el artículo 29 del Estatuto es enfático al decir: los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán. Se puede entender que esa fórmula abarca dos hipótesis: no prescribirá la potestad de perseguir los crímenes recogidos en el Estatuto, y tampoco prescribirá la potestad de ejecutar las sentencias una vez que se ha condenado al reo... En el derecho mexicano prevalece la regla —que no tiene rango constitucional— de prescriptibilidad de ambas potestades: persecutoria y ejecutiva”.

24 Alexy, Robert, *Der Beschlu, des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24 Oktober 1996*, Hamburg, Joachim Jungius- Gesellschaft der Wissenschaften/Vandenhoeck & Ruprecht, 1997. Traducido al español bajo el título “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal”, por Daniel Oliver-Lalana, con autorización de la Sociedad Científica Joachim-Jungius, de Hamburgo.

de disposiciones coherentes con el principio de no retroactividad resultan en una conculcación del derecho, por su naturaleza injusta.

A. Análisis de las resoluciones del Tribunal Supremo Federal y del Tribunal Constitucional Federal

Siguiendo a Alexy, esta controversia se generó desde la reunificación de Alemania, en que se venía discutiendo si los guardias fronterizos de la RDA, así como sus superiores, e incluso dirigentes políticos responsables, podían ser perseguidos criminalmente por el homicidio de fugitivos en la frontera interior alemana. En la primera sentencia sobre los centinelas del muro, de noviembre de 1992, transcurridos ya más de dos años desde la reunificación, el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los guardias fronterizos y, desde entonces, se ha mantenido tal jurisprudencia. Dos años más tarde, relata Alexy, en 1994, el Tribunal resolvió que también altos funcionarios de la República Democrática Alemana (RDA) debían responder penalmente por los homicidios en la frontera, encontrándolos culpables como autores mediatos de homicidio. De nueva cuenta, el 24 de octubre de 1996, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal declaró esta jurisprudencia acorde con la Constitución, sin embargo, bajo argumentos distintos a los que esgrimió el Tribunal Supremo Federal.

Ahora bien, a pesar de que el análisis sobre la doctrina del Tribunal Constitucional Federal es notablemente rico al tratar aspectos de correlación entre moral y derecho, así como aspectos de control constitucional, nos interesa particularmente el examen que realiza sobre el principio de irretroactividad previsto en el artículo 103.2 de la Constitución de la República Federal Alemana y su relación con el número 89 del reglamento de servicio 30/10 del Ministerio para la Defensa Nacional de 1967, que rezaba: "...la patrulla...vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir, a quienes traspasen

ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal”.

Esto último sirve de punto de partida para comprender que ciertas disposiciones como la contenida en el § 17.2 de la VoPoG (Ley sobre las funciones y competencias de la Policía popular alemana), o en el § 27.2.1 de la DDR-GrenzG (Ley de Fronteras de la República Federal Alemana), permitían abrir fuego para evitar la inminente comisión o la continuación de un hecho punible el cual, en función de las circunstancias, pudiera constituir un delito. ²⁵ Este aspecto, así como la circunstancia de que la Constitución de la RDA, del 6 de abril de 1968, según las opiniones mayormente aceptadas, reconociera el derecho a la vida y a la integridad corporal, así como el hecho de que existieran abundantes reconocimientos oficiales de los derechos humanos por parte de la propia RDA sobre uso de armas de fuego desde la perspectiva de los principios del Estado de derecho. Tal interpretación preliminar, conduce a pensar que los disparos mortales en la frontera no estaban amparados por las disposiciones señaladas al tiempo de producirse los hechos (los días 14 y 15 de febrero de 1972) y que por tanto, fueron ya punibles según el derecho entonces vigente en la RDA. Si nos quedáramos con tales apreciaciones, como bien advierte Alexy, los dos problemas principales de los casos de los centinelas del muro desaparecerían inmediatamente: no tendría sentido plantear la cuestión de la retroactividad, toda vez que a la luz de estas aproximaciones preliminares, un guardia fronterizo había cometido en la RDA, en 1972, un hecho punible de acuerdo con el derecho vigente y, por otra parte, desaparecería el problema del derecho positivo injusto, pues el propio derecho positivo de la RDA habría prohibido la muerte en la frontera y no habría sido, en consecuencia, un derecho injusto. Sin embargo, la problemática se supone mucho más compleja. Iré por partes.

De acuerdo con los “principios del Estado de derecho”, y vinculándolos en particular con el principio de proporcionali-

²⁵ Conforme al § 12 del actual Código Penal alemán, se puede hablar propiamente de delito (Verbrechen) cuando la pena prevista es igual o superior a un año.

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

dad, resulta prohibido “sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses y, en cualquier caso, frente a intereses de menor valor”, en este caso, la seguridad de la frontera y aparejada pues, la razón de Estado de la RDA, que como se expuso al inicio de este trabajo, no puede aceptarse como eximente de responsabilidad.

Con base en el argumento anterior, el Tribunal Supremo Federal consideró que al derecho positivo, no sólo le pertenece el correspondiente sentido literal de las normas, sino esencialmente, su consecuente práctica interpretativa. Partiendo de tal supuesto, el Tribunal Supremo Federal sostiene la tesis de que el hecho sí estaba justificado según el entonces derecho vigente de la RDA, amparando la muerte del fugitivo, siempre y cuando no hubiera podido evitarse la fuga de otro modo.

A la luz de lo relatado en párrafos anteriores, la controversia consistía en determinar: 1) si el guardia fronterizo sólo podía ser penado si existe un elemento que neutralice la justificación otorgada por el derecho positivo de la RDA; y 2) si tal neutralización o eliminación no conculca el principio de irretroactividad.

B. La Fórmula de Radbruch

Ambos planteamientos fueron resueltos, con enorme complejidad, con base en el recurso empleado por el Tribunal Supremo Federal de la denominada “Fórmula de Radbruch”,²⁶ que reafirma el carácter prudencial del derecho y niega contundentemente su extremo positivista. Así, siendo consecuentes con la fórmula propuesta, el derecho viene determinado no sólo por su positividad válida y formalmente establecida, además de su eficacia social, sino esencialmente por su contenido de justicia material. A decir de Robert Alexy, la peculiaridad de la Fórmula de Radbruch

26 Esta fórmula jurídica ya había sido empleada por el propio Tribunal Supremo Federal en su jurisprudencia sobre el derecho injusto del nacional-socialismo, y cuya aplicación a las muertes en la frontera interior alemana sostiene con persistencia.

consiste en que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, sin pretender un solapamiento entre ambos.

Esto va bien, para explicar que la Fórmula de Radbruch no vulnera el principio de seguridad jurídica que anima a su vez, al principio de irretroactividad, toda vez que por razones específicas de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos, a menos que se presente un límite excepcional que es el contenido material de la Fórmula de Radbruch: “El derecho positivo sólo pierde su validez cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia, alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que derecho injusto, ha de ceder ante la justicia”. Concluye el propio Alexy con una redacción abreviada de la fórmula: “El derecho extremadamente injusto no es derecho”.

El seguimiento minucioso de esta fórmula permite entender que la justificación de la muerte del fugitivo, resultante del entonces derecho vigente de la RDA, es declarada ineficaz a causa de su “agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el derecho internacional”, advirtiéndose también que en casos semejantes, “el derecho positivo ha de ceder ante la justicia”.²⁷

Así, pues, la aplicación de la Fórmula de Radbruch a las causas de justificación contenidas en el derecho positivo de la RDA vulnera la prohibición de retroactividad del artículo 103.2 de la ley fundamental. Circunscribir la validez estricta de esta prohibición de retroactividad, al supuesto común en el que imperan la democracia, los derechos humanos y la división de poderes, no es otra cosa más que la materialización inequívoca de la Fórmula de Radbruch, bajo la consideración que conflictos como éste, se resuelven cuando “aquel Estado dicta un derecho estatal extremadamente injusto, tipificando supuestos de hecho penales para las violaciones criminales más graves, pero excluyendo

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo Federal en causas penales 39, 1 (16); 39, 168 (184).

POSTURA DE MÉXICO FRENTE A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

la punibilidad mediante causas de justificación para ámbitos parciales, e invitando así, por encima de las normas escritas, a este derecho injusto, favoreciéndolo, y conculcando de forma muy grave los derechos humanos reconocidos con carácter general en la comunidad internacional”.²⁸ Con esto, desaparece a juicio de Alexy, el “fundamento especial de confianza” que, en condiciones de democracia, división de poderes y derechos fundamentales, se encuentra ligado a la validez estricta de la prohibición de retroactividad. Concluye el Tribunal Constitucional Federal que “la protección estricta de la confianza mediante el 103.2 de la ley fundamental debe inaplicarse”,²⁹ cuando en primer lugar, la democracia, la división de poderes y los derechos humanos no sean respetados, y en segundo lugar, cuando bajo estas circunstancias se prevean causas de justificación que amparen un derecho extremadamente injusto.³⁰

Ahora bien, con tales antecedentes se puede comprender que al tenor de la fórmula de Radbruch y como concluye la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, las causas de justificación del derecho positivo de la RDA no fueron derecho desde un principio,³¹ porque y en la medida que, constituían un derecho extremadamente injusto. Por tanto, con la aplicación de la

28 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal 1996, 538 (549).

29 Ibidem.

30 Señala Robert Alexy que el artículo 103.2 de la ley fundamental es erróneamente manejado por el Tribunal Constitucional Federal como un precepto que contiene una validez incondicionalmente absoluta o estricta, cuando en realidad, y en coherencia con la sentencia que emitió el propio Tribunal, se trata de una norma con validez condicionadamente absoluta o estricta, que se explica de la siguiente manera: el artículo 103.2 de la ley fundamental regirá como regla general, añadiéndose una cláusula de excepción claramente definida, que consista en una causa de justificación especial de un Estado injusto que ampara un derecho extremadamente injusto. Esto no supondría una validez absoluta o estricta incondicional, valedera en cualquier circunstancia, sino una validez estricta o absoluta de tipo condicionado. En suma, cuando no se configure la cláusula de excepción, el resultado se determinará a través del tenor literal del artículo en comento.

31 Según la Fórmula de Radbruch, las causas de justificación que constituyan un derecho extremadamente injusto, pierden desde un principio su carácter y validez jurídicos. Son nulas ab initio.

fórmula de Radbruch, concluye Alexy, no se altera retroactivamente la situación jurídica, sino que sólo se constata cómo era ésta en el momento de los hechos. En semejante sentido, resolvió el Tribunal Constitucional Federal al tomar en consideración que “en el caso de una contradicción insoportable entre el derecho positivo y la justicia, el principio de seguridad jurídica puede ser peor valorado que el de justicia material”.³²

A la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín, y en particular, desde la perspectiva de la Fórmula de Radbruch, podrá comprenderse el motivo por el que una declaración interpretativa de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, como la que hizo México, entraña una disposición de derecho extremadamente injusto, al limitar la aplicación irrestricta de la Convención en comento, en el caso de crímenes de lesa humanidad cometidos en México, durante el periodo autoritario. Consecuentemente con la tesis de Radbruch, el principio de seguridad jurídica que tutela tal declaración interpretativa y la reserva mexicana que resulta de ella respecto a la Convención, deberá ser peor valorado que el de justicia material, que corresponde al esclarecimiento de las violaciones cometidas, debido proceso a los responsables y aplicación de las sanciones que resulten de aquél, de tal forma, que exista coherencia en el ordenamiento jurídico mexicano entre el espíritu de sus leyes y la aplicación concreta que hagan de ellas, sus tribunales.

32 Véase supra 24. En alusión a la parte final de ese considerando del Tribunal Constitucional Federal, que a la letra dice “...el principio de seguridad jurídica puede ser peor valorado que el de justicia material”, Alexy señala que “resulta sumamente desconcertante que el Tribunal afirme que el principio de seguridad jurídica, en caso de una contradicción insoportable del derecho positivo con la justicia, pueda ser peor valorado que el de justicia material. Y que en tales casos, de acuerdo con la Fórmula de Radbruch, una ley tiene que ceder ante la justicia. No es que el principio de seguridad jurídica pueda entonces sólo ser peor valorado que el de justicia material, sino que también debe serlo”.

V. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar en el desarrollo de este trabajo, la inserción integral de México en el marco de la Corte Penal Internacional y del espíritu del Estatuto de Roma, no podrá ser absolutamente transparente y eficaz, si no viene acompañada de la resolución de los dos aspectos fundamentales que se advertían al inicio, a saber: 1) El esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos, cometidas durante el periodo autoritario; y por otro lado, y de resolución más práctica e inmediata para habilitar la solución del aspecto anterior, 2) la eliminación de la declaración interpretativa de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, de 1968.

Los argumentos aquí presentados echan por tierra la sustentabilidad jurídica de tal declaración interpretativa, que a la letra señala que: el Estado “únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor en México” (aprobada el 10 de diciembre de 2001). Semejante consideración implicaría que la naturaleza de los crímenes era distinta durante su comisión —anterior a la entrada en vigor de la Convención en México—, que después de la incorporación de tal instrumento al ordenamiento mexicano. Aceptar tal esquizofrenia jurídica, como sucede hasta ahora, configura inequívocamente un derecho estrictamente injusto que no corresponde con los principios del Estado de derecho, toda vez que resulta evidente el carácter antijurídico de las conductas violatorias de los derechos humanos *ab initio*.

La interpretación errónea, por decir lo menos, del principio de no retroactividad, en el caso de esta declaración interpretativa en México, contradice en el fondo el principio de imprescriptibilidad, esencial en el entramado de la jurisdicción penal internacional, que es precisamente, lo que pretende tutelar la Convención que paradójicamente, el Estado mexicano suscribió.

He procurado dejar claro que conceptos fundamentales en el derecho penal internacional y los bienes jurídicos fundamentales que pretende tutelar, exigen que también exista efectividad

de parte de las instituciones encargadas de la administración de justicia, para que anteriores perpetradores de violaciones a los derechos humanos, reciban la sanción que les corresponda, y no campeen en la impunidad cobarde en que se refugian entre otros, Luis de la Barreda Moreno y Miguel Nazar Haro.

En la medida en que no se resuelvan estas cuestiones y se elimine de plano la declaración interpretativa contraria a los principios del derecho, y con ello, se inicie ese proceso de esclarecimiento de violaciones a los derechos humanos cometidas en el pasado, el sometimiento a proceso de los responsables y aplicación de la justicia, junto con la reparación a las víctimas y sus familiares, México no habrá superado su pasado, ni estará calificado a cabalidad para seguir participando en esta cruzada inacabable de la comunidad internacional para eliminar en definitiva el flagelo de la violencia autoritaria. Por algo debemos empezar, mientras tanto, hoy seguimos a contratiempo.