




*ncorporación del derecho
internacional en el derecho interno*

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA*

* Académico-investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Agradezco los comentarios de Oscar Concha Jurado en la elaboración de este trabajo.

I. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

1. De la incorporación al control de convencionalidad de los tratados internacionales y su integración con los derechos fundamentales

 El desarrollo jurídico contemporáneo sobre la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al orden interno ha tomado el derrotero de acentuar cada vez más la necesidad de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con la norma internacional, especialmente con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En este sentido, me parece que es posible hablar de distintos estadios en donde tiene lugar la integración de derechos a partir del encuentro entre los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos y los ordenamientos nacionales (me refiero fundamentalmente a los sistemas europeo e interame-

ricano) y que van aproximando la conformación de un verdadero derecho de integración:¹

1. La ratificación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, por la que el Estado se compromete a acatar las obligaciones adquiridas con relación a las personas sometidas a su jurisdicción.
2. La aceptación de una jurisdicción contenciosa internacional, que puede ser implícita para los Estados Parte, por ejemplo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH, o "Convenio Europeo"); o bien, sujeta a un reconocimiento posterior, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH, o "Convención Americana")
3. La incorporación de los tratados al orden interno, lo que implica la obligatoriedad de su aplicación por parte de todos los operadores jurídicos.²
4. En la mayor parte de los Estados con apertura al derecho internacional de los derechos humanos, encontramos la previsión de un estatus normativo de mayor nivel para estos instrumentos que los distingue del resto de los tratados. Regularmente se opta por un rango constitucional o supraconstitucional expreso en el sistema de fuentes del derecho; o bien, por una cláusula de interpretación conforme de los derechos fundamentales respecto de aquellos que se encuentran contenidos en tratados

¹ Con este término refiero los procesos de unificación entre Estados a partir de la segunda mitad del siglo XX, y que permiten incluso sesiones de parcelas soberanas, lo que marca una distancia con el modelo clásico de Estado-Nación, fortalecido con el liberalismo decimonónico. Estos procesos de integración se han iniciado a partir de la apertura de fronteras en materia económica, mediante tratados de libre comercio o uniones aduaneras, pero también se han ido fortaleciendo y consolidando en relación con la protección a los derechos humanos. El caso de la integración europea resulta paradigmático como ejemplo de este desarrollo jurídico.

² Se trata de la vía de un internacionalismo constitucional, es decir, los pasos para que cualquier Estado haga suyas las normas de derecho internacional. En este sentido, Remino Brotons apunta: "El primer aspecto, el internacionalismo supone la asunción de los principios fundamentales del DI y su adecuada protección en el orden interno, garantizando su observancia mediante: 1) Una recepción automática y global del DI en general, 2) su aplicabilidad directa y 3) su prevalencia sobre las leyes estatales bajo la garantía de los Jueces, y en su caso, de los tribunales que tienen encomendada la guarda del llamado *bloqueo de la constitucionalidad*." Remiro Brotons, Antonio, *et al, Derecho internacional*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997, p. 31.

internacionales –que contempla también la jurisprudencia de los tribunales a cargo de su interpretación– y que a la postre refleja de forma más cabal una integración de contenidos entre el ordenamiento internacional y el interno en materia de derechos humanos.

En el contexto de la CADH, este trabajo de integración de derechos se presenta en una doble dimensión. Por una parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CrIDH o "la Corte Interamericana") los interpreta estimando su debida aplicación en el ámbito interno. Esto significa que las sentencias no sólo emiten una serie de resolutivos para ser atendidos en el caso concreto, sino también una doctrina sobre el entendimiento de las obligaciones generadas para los Estados Parte, a fin de cumplir con el deber de "adoptar disposiciones de derecho interno", como establece el artículo 2o. CADH. Por otro lado, se encuentra la interpretación conforme que realizan los jueces nacionales, especialmente los de constitucionalidad.

Con relación al primer aspecto, la labor interpretativa de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos ha tenido diversas connotaciones. Así, en el contexto de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se le ha llamado el efecto de "cosa interpretada", e implica que la jurisprudencia derivada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es vinculante para todos los Estados, con independencia de su participación en los procesos judiciales específicos. Sus sentencias no sólo vinculan a las partes –"efecto de cosa juzgada"³ sino que deben servir de parámetro de interpretación de los propios derechos constitucionales, desde luego, siempre y cuando esto constituya una ampliación de los mismos (cláusula *pro persona*).

Por su parte, en el Sistema Interamericano, la CrIDH ha planteado el control de convencionalidad con respecto a la CADH, pero no sólo como una

³ "Principio que implica el carácter irrevocable de las sentencias definitivas; la preclusión de un juicio posterior sobre el mismo asunto, y que no es otra cosa que la afirmación del principio de *non bis in idem*; el propio precedente que se va creando con respecto a fallos futuros, es decir, se genera una especie de prejudicialidad al respecto". Cfr. Queralt Jiménez, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 218 ss.

atribución propia, en ejercicio de la facultad que le han otorgado los Estados de ser el intérprete de los instrumentos del sistema,⁴ sino como una obligación de los Jueces nacionales, tal como lo establecen, por ejemplo, los casos *Almonacid Arellano* y otros *vs.* Chile;⁵ o *Radilla Pacheco vs.* Estados Unidos Mexicanos.⁶

Este es el ámbito de interpretación en sede de la jurisdicción interna, e implica que el control de convencionalidad deviene necesariamente en un criterio de interpretación conforme de los derechos constitucionales con respecto de los contenidos en la Convención Americana.

2. El particular caso mexicano

La narrativa constitucional mexicana en la materia no ha sido del todo exitosa. A pesar de que el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM) establece que los tratados internacionales, una vez que han sido aprobados, forman parte del ordenamiento interno,⁷ una diversidad de factores han impedido un despliegue cabal de los mismos,⁸ y por tanto,

⁴ *Cfr.* Rodríguez Huerta, Gabriela, "Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos", García Ramírez, Sergio, Castañeda Hernández, Mireya, (Coords.), *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 218.

⁵ Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 26 de septiembre de 2006. Serie C, número 154.

Al respecto, en el párr. 124, *in fine*, la CrIDH señaló: "En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de la convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"

⁶ Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 23 de noviembre de 2009. Serie C, número 209.

⁷ Establece: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados".

⁸ Para aproximarse a una reflexión sobre esta problemática y a la necesidad de reformas, véase, entre otros, Ortiz Ahlf, Loretta, *et al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004; Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, IJ-UNAM, 2006; Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, 2009; de igual manera, los trabajos recopilados en: García Ramírez, Sergio y Castañeda, Mireya, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, IJ-UNAM/Secretaría de Relaciones Exteriores/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.

una expansión de los derechos fundamentales. Esta situación ha redundado en el trabajo que realizan los operadores jurídicos internos, especialmente los jueces de constitucionalidad a la hora de dotar de contenido esencial a los derechos mediante sus resoluciones; de tal suerte que no han sido pocos los casos en donde se sigue reproduciendo un modelo de ruptura entre el derecho interno y el internacional.⁹

Inicialmente encontramos un marco jurídico muy deficiente para soportar debidamente la incorporación, y que se ha tratado de colmar con base en una jurisprudencia titubeante, dirigida casi de forma exclusiva a establecer una jerarquía de los tratados en la pirámide normativa.¹⁰ Además, no es menor señalar que al menos desde 2000 hemos tratado de realizar una reforma constitucional plausible relativa a la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin éxito alguno.¹¹

Un punto de inflexión en esta búsqueda fue el ejercicio que, en 2007, convocó a un grupo de organizaciones de la sociedad civil, así como académicas y académicos auspiciado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, quienes elaboraron una propuesta de reforma constitucional integral en la materia que en su momento fue presentada a los legisladores.¹² A partir de ese año ha habido dos dictámenes aprobados en sede congresual, el primero en 2009 por parte de la Cámara de Diputados y rechazado por el Senado, otro en 2010, aprobado por la Cámara de Senadores, que aún no ha sido aprobado por aquella.¹³

⁹ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a los tribunales nacionales. Algunas reflexiones sobre el caso mexicano, García Ramírez, Sergio y Castañeda, Mireya, *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...* op. cit., pp. 334 ss.

¹⁰ Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional...* op. cit., p. 112.

¹¹ Como se destaca en: Muñoz Ledo, Porfirio (Coord.), *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y propuestas*, segunda edición, México, 2004, pp. 52 ss.

Sobre las distintas propuestas de reforma que se acometieron entre 2000 y 2004: Caballero Ochoa, José Luis, "Una vuelta a los principios sobre derechos humanos en la Constitución mexicana. Algunas pistas de reflexión a la luz del derecho comparado", Ortiz Ahlf, Loretta, et al, *Ensayos en torno*, op. cit., p. 23, nota 6.

¹² El texto íntegro del trabajo impulsado por el Alto Comisionado se publicó como *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*, México, OACNUDH, 2008.

¹³ Este trabajo se escribe durante la segunda quincena del mes de agosto de 2010, y se espera que la Cámara de Diputados apruebe finalmente el dictamen durante el periodo ordinario de sesiones que inicia el primero de septiembre.

Esta anomia constitucional nos sitúa además a la zaga del conjunto de países que desde hace décadas han abierto sus constituciones a la plena incorporación del derecho internacional, y se han visto beneficiados en la expansión de sus derechos fundamentales, entre otros, Portugal (1976), España (1978), Colombia (1991), Argentina (1994), Bolivia (2009).

El contexto descrito, sin lugar a dudas, ha repercutido en el trabajo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN, o "la Corte"). A partir de la reforma de 1995, que le permitió fortalecerse como tribunal constitucional, la Corte ha tenido que resolver cuestiones relevantes sobre derechos fundamentales, dotándolos de contenido esencial, y estableciendo criterios de ponderación ante colisiones normativas; sin embargo, en no pocas ocasiones ha pasado por alto o no ha aquilatado debidamente el papel de la norma internacional de derechos humanos. Algunos de los casos más conocidos en la materia han resultado muy cuestionados en este aspecto; uno de ellos, el recurso de apelación 1/2004-PS, al que me refero en este comentario, sobre la prescripción del delito de genocidio ante la imposibilidad de la aplicación retroactiva de la ley.¹⁴

No obstante, en los últimos años la SCJN, los tribunales colegiados, así como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se han ido moviendo en un sentido más favorable a la aplicación de los instrumentos internacionales y a la jurisprudencia emanada de los organismos a cargo de su interpretación, especialmente la CADH, y la CrIDH respectivamente. La tendencia en esta interacción va documentando que los derechos humanos contenidos en tratados construyen el contenido esencial de los derechos fundamentales y adquieren una dimensión de constitucionalidad.

Algunos casos importantes resueltos en últimas fechas por la SCJN, que han dotado de contenido esencial a los derechos fundamentales a la luz de los tratados y jurisprudencia internacional, son, por ejemplo, en sede de la Primera

¹⁴ Un recuento de algunos de estos casos en donde la norma internacional ha sido prácticamente pasada por alto, o ha fungido como perfecta "convidada de piedra", en Caballero, Ochoa, José Luis, "*La Corte Interamericana...*", *op. cit.*, pp. 336-337.

Sala, los juicios de amparo en revisión 1595/2006, sobre libertad de expresión y la prohibición de censura; el 2044/2008, sobre libertad de expresión y derecho al honor de los funcionarios públicos; el 173/2008, sobre restricciones a la libertad de trabajo en atención a preservar el derecho a la salud; o el 1624/2008, sobre identidad de las comunidades indígenas y la reivindicación de sus usos y costumbres.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SCJN EN EL RECURSO DE APELACIÓN 1/2004-PS

1. Antecedentes

México ha vivido su incipiente transición a la democracia, luego de un sistema autoritario de partido hegemónico que gobernó durante 70 años, sin hacer frente de manera cabal a las violaciones sistemáticas a derechos humanos que ocurrieron en ese contexto. Especialmente grave ha sido omitir un tratamiento adecuado de cara a la justicia transicional ante el genocidio ocurrido el 2 de octubre de 1968 y los años subsiguientes, en lo que se ha conocido como el periodo de la llamada "Guerra Sucia", durante las décadas de los años 70 y 80 del siglo pasado. Una grave omisión que se ha prolongado a través del tiempo y que, aunada a la falta de un sistema político-jurídico eficaz en términos de *accountability*, transparencia, combate a la corrupción y fortaleza legal e institucional, permiten afirmar que la transición democrática mexicana es una transición fracturada y en constante riesgo de regresión autoritaria.

En este contexto de la Guerra Sucia, se cometió la masacre conocida como "El Halconazo", cuyo 40 aniversario se conmemorará el 10 de junio de 2011. La muerte de un grupo de jóvenes a manos de agentes del Estado, constituye parte de una cadena de crímenes iniciada en octubre de 1968 con la matanza de Tlatelolco, y desencadenada por el propio Estado en contra de los opositores políticos, lo que ocasionaría centenares de desaparecidos, torturados y ejecutados.¹⁵

¹⁵ Ni un solo culpable por el *halconazo*. *Diario La Jornada*, Domingo 10 de junio de 2007. <http://www.jornada.unam.mx/2007/06/10/index.php?section=politica&article=012n1pol>. Consultada el 30 de agosto de 2010.11.30 A.

La sentencia que se ha elegido, resuelta por la Primera Sala de la SCJN el 15 de julio de 2005, evidencia especialmente tres cuestiones: la dificultad que ha tenido México para atender de manera satisfactoria los temas de la justicia transicional;¹⁶ la falta de incorporación y aplicación plena del derecho internacional de los derechos humanos y su papel en la integración de los derechos fundamentales; y como consecuencia de lo anterior, la falta de atención al desarrollo jurisprudencial que se ha dado en sede de la CrIDH respecto al tratamiento del genocidio y en general sobre los crímenes de lesa humanidad.

El caso concreto llegó a la SCJN con motivo de las consignaciones realizadas por la Fiscalía Especial para la Atención de Hechos Probablemente Constitutivos de Delitos Federales Cometidos Directa o Indirectamente por Servidores Públicos, en Contra de Personas Vinculadas con Movimientos Sociales y Políticos del Pasado o Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (en adelante FEMOSPP) de la Procuraduría General de la República, a cuyo cargo estuvo la investigación de estos hechos entre 2001¹⁷ y 2007.¹⁸ La FEMOSPP ejerció acción penal en contra de diversas personas como probables responsables del delito de genocidio, incluidos quienes en el momento de ocurrir los hechos del 10 de junio de 1971 ocupaban el cargo de Presidente de la República y de Secretario de Gobernación, Luis Echeverría Álvarez y Mario Moya Palencia, respectivamente.

La SCJN atrajo el caso, a partir del recurso de apelación interpuesto por la FEMOSPP, con el objeto de resolver la posible prescripción del delito de genocidio

¹⁶ La literatura sobre justicia transicional en México no es muy abundante. Son más los trabajos de crónica sobre los acontecimientos del 68 y años subsiguientes, los que han documentado la temática. Por ejemplo, de Elena Poniatowska, *La noche de Tlatelolca*, México, Era, 1968; de Carlos Monsiváis, *El 68 la tradición de la resistencia*, México, Era, 2008; de Sergio Aguayo, *1968, los archivos de la violencia*, México, Grijalbo, 1998. Un estudio que se aproxima más a la temática concreta para revelar la ineficacia del proceso mexicano es: Mariclaire Acosta y Esa Ennelin, "The mexican solution to transitional justice", Naomi Roht-Arriaza, *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, New York, Cambridge University Press, 2006.

¹⁷ La FEMOSPP se creó por acuerdo del Presidente de la República como una fiscalía especial adscrita a la Procuraduría General de la República el día 27 de noviembre de 2001, con el objeto de investigar y esclarecer los hechos presumiblemente constitutivos de delitos cometidos por servidores públicos en contra de quienes habían participado en movimientos sociales o políticos del pasado.

¹⁸ El lunes 26 de marzo de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el acuerdo A/317/06, del Procurador General de la República, por el que se abrogó el anterior acuerdo A/01/02, de fecha 4 de enero de 2002, mediante el cual se había designado al Fiscal Especial. Prácticamente con este acuerdo se dio por terminada la labor de la FEMOSPP.

por el que habían sido consignados los presuntos responsables de los hechos ocurridos el 10 de junio de 1971.¹⁹ En efecto, este delito se encontraba previsto en el artículo 149-Bis del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, vigente en el año de 1971. A partir del 17 de septiembre de 1999 se encuentra tipificado en el Código Penal Federal que se separó del correspondiente al del Distrito Federal.²⁰ El plazo para su prescripción se estimó en 30 años al atenderse a lo dispuesto en el artículo 105.²¹

2. Consideraciones esenciales sobre la vinculación de México a los tratados internacionales aplicables

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por la FEMOSPP, la SCJN tuvo que atender a los aspectos fundamentales expresados en los agravios; es decir, la consideración de los dos tratados internacionales que directamente devendrían aplicables: la Convención para Prevenir y Sancionar el Delito de Genocidio (en adelante CPSG)²² y de la que nuestro país tomó el tipo penal correspondiente;²³

¹⁹ No ha sido la única actuación planteada a la SCJN con motivo de estos hechos. En 2006 el jefe de Gobierno del Distrito Federal solicitó el ejercicio de la Facultad de Investigación prevista en el artículo 97, segundo párrafo CPEUM, sobre las violaciones a garantías individuales cometidas el 10 de junio de 1971. El 20 de abril de 2006, por una mayoría de siete votos, el Pleno resolvió no ejercer esta facultad. Sobre este tema, es importante destacar las reflexiones del Ministro José Ramón Cossío en su artículo "El Halconazo", *Revista Nexos*, año 28, vol. XXVIII, número 342, junio de 2006, pp. 39-43.

²⁰ La disposición establece a la letra:

"Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

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

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

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

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

²¹ Artículo 105.- "La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años"

²² México ratificó el instrumento el 22 de julio de 1952 y se publicó en el *DOF* el 11 de octubre de 1952.

²³ El artículo II de la Convención establece:

"En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (en adelante CICG);²⁴ además, el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.²⁵

El hilo conductor de la argumentación de la FEMOSPP fue precisamente resolver con base en los tratados internacionales aplicables en México,²⁶ lo que al final de cuentas no constituyó el elemento esencial del fallo, sino el régimen especial de responsabilidad para los servidores públicos. La SCJN estimó que no era posible invocar la prescripción para quienes en el momento de los hechos se desempeñaban como Presidente de la República y Secretario de Gobernación, en virtud de que, en su momento, no se condujo el procedimiento de declaración de procedencia a efecto de fincar las responsabilidades correspondientes; de tal suerte que sería a partir del 1 de diciembre de 1976, fecha en que abandonaron los cargos, cuando en todo caso empezaría a correr el plazo para la prescripción. Esta argumentación permitió resolver de forma diferenciada los casos de Luis Echeverría Álvarez y Mario Moya Palencia.

Con respecto al valor de los tratados aplicables, el punto fundamental debatido en la SCJN fue que México ratificó la CIGG con posterioridad a los hechos ocurridos el 10 de junio de 1971 y, aunque ya había entrado en vigor de forma internacional, no existía la vinculación plena de nuestro país sino a partir de 2002.²⁷ Se estimó que el instrumento era inaplicable atendiendo al artículo 14

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo."

²⁴ Fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26 de noviembre de 1968 y entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

²⁵ La disposición completa establece: "Artículo 15.1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

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

²⁶ Se incorporó a la sentencia en el Considerando Quinto, a partir de la foja 29.

²⁷ México la firmó el 3 de junio de 1969, pero la ratificó el 15 de marzo de 2002; se publicó en el *DOF* el 22 de abril de ese año.

primer párrafo CPEUM, que establece la prohibición de aplicar retroactivamente una ley en sentido negativo.²⁸

Además, continuando con el análisis del caso es necesario tomar en consideración los siguientes aspectos:

- a) El compromiso de México hacia la CPSG se cumplió al proceder a la tipificación del delito, de conformidad con el artículo V, que estipula la obligación de adoptar las medidas legislativas, especialmente de carácter penal, para prevenir y sancionar este crimen; ²⁹ sin embargo, no era el único deber con respecto al tratado, ya que implicaba también atender a la jurisprudencia emanada de la interpretación que del mismo ha construido la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), que siguió un claro derrotero jurisprudencial a partir de la entrada en vigor de la CPSG.³⁰ En efecto, el compromiso de los Estados no se limita al cumplimiento de la parte sustantiva de los derechos consignados en los tratados internacionales, sino que implica también una vinculación hacia las jurisdicciones previstas en los mismos, bien mediante la ejecución de las sentencias, bien mediante una interpretación conforme con su jurisprudencia en la medida en que sea más protectora de los derechos, como he

²⁸ A la letra: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

²⁹ "Las partes contratantes se comprometen a adoptar con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III."

³⁰ Particularmente importante es el carácter que reviste la Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre las reservas a esta Convención, y que hablan de la vinculación *erga omnes* de las obligaciones contraídas, así como de su carácter de norma imperativa de derecho internacional, específicamente por lo que corresponde a la prevención y castigo del genocidio.

Manuel Becerra en una certera crítica a esta resolución y haciendo eco de esta Opinión Consultiva ha señalado: "La Corte olvida que el derecho internacional tiene diferentes fuentes, no sólo los tratados, sino también la costumbre internacional. En materia de genocidio, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en relación con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio ha declarado que 'los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional.' Es decir, aun cuando no exista un tratado internacional.", Becerra, Manuel, "Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los 'Halcones'", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, número 14, México, IIJ-UNAM, enero-junio de 2006, pp. 205-206.

señalado. Una cuestión que aún no tiene muy clara la SCJN, después de cinco años de esta controvertida resolución.³¹

- b) Con la ratificación de la CICG, México presentó una declaración interpretativa para evitar su aplicación de forma retroactiva, abriendo espacios a la prescripción de un tratado que tiene como objeto y fin evitarla.³² El artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) ya claramente prevé que las obligaciones contraídas ante la ratificación de los instrumentos no se establecen de forma retroactiva, a menos que *una intención diferente se desprenda del tratado*, lo que es el caso de la CIGC al establecer en el Artículo I que estos crímenes: "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". De esta manera, fue un acto en contra del objeto y fin del tratado –como precisó el Ministro Juan Silva Meza, señalando que el genocidio "*per se* es imprescriptible"³³ revestido de la forma de una declaración interpretativa, que era necesario se redimensionara por la interpretación correspondiente de la propia SCJN.³⁴ No debió pasarse

³¹ Véanse las distintas posturas asumidas por los Ministros en la sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN, celebrada el martes 7 de septiembre de 2010, en la discusión del Expediente Varios 489/2010, con motivo de la consulta a trámite y medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito de los puntos resolutivos y la jurisprudencia dirigida específicamente al Poder Judicial de la Federación en el Caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos.

³² La Declaración establece:

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

³³ "De esta suerte, el problema que surge al respecto es si puede dejarse de aplicar el contenido de una declaración interpretativa, realizada por un país, cuando, como en el caso, va en contra de la finalidad principal de una Convención, tomando en cuenta para ello el derecho Internacional público, entendido como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre Estados soberanos y la comunidad internacional.

La referida Convención y otros instrumentos internacionales que abordan el tema sobre la interpretación de los tratados, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conducen a la conclusión, cuando menos a mí, de que el delito de genocidio es *imprescriptible* cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido, esto es, el genocidio *per se*, es imprescriptible; sin embargo, la declaración interpretativa realizada, parece limitar los alcances de esta voluntad internacional." Silva Meza, Juan, "Reflexiones en torno al delito de genocidio", *Iter Criminis, Revista de Ciencias penales*, Tercera Época, número 2, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, p. 166.

³⁴ *Ibidem*, p. 166.

por alto que nos encontramos ante obligaciones que revisten el carácter de *ius cogens*, es decir, el deber de los Estados de perseguir y castigar el delito de genocidio, así como su calidad de crimen imprescriptible sin importar el momento en que el mismo haya sido cometido, constituyen normas imperativas de derecho internacional.³⁵

3. La conclusión de la SCJN. Los razonamientos en el criterio mayoritario de la Primera Sala³⁶

Por mayoría de tres votos,³⁷ la Primera Sala señaló que la CICG no podía aplicarse retroactivamente, y por tanto, desestimó la posibilidad de construir la imprescriptibilidad absoluta del genocidio en atención a los tratados citados, argumentando lo siguiente:

- El principio de no retroactividad de la ley en perjuicio del gobernado previsto en el artículo 14 CPEUM rige para los tratados internacionales. Es el sentido de la declaración interpretativa interpuesta por México para salvaguardar este principio constitucional en relación con la imprescriptibilidad del genocidio consignada en la CICG.
- La naturaleza jurídica de esta declaración es distinta a la reserva, que tiene por objeto modificar o excluir los efectos del tratados, y que en este orden, la declaración formulada por México, no modificó "alguno de los ámbitos de validez de la Convención analizada, que en el caso particular sería el ámbito temporal", ya que no establece una exclusión del artículo 28 la CVDT que prescribe la irretroactividad de los tratados.³⁸

³⁵ A juicio del Ministro Silva Meza, esta connotación debió ser un elemento importante de reflexión para la SCJN: "La Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no tuvo la intención de suprimir el principio de no retroactividad de la ley, sino que siguiendo el principio de las normas de *ius cogens*, se sustentó en el argumento de que los delitos que lesionan a la humanidad no pueden permanecer incólumes ante el indefectible paso del tiempo, no obstante la figura jurídica de la prescripción", *Ibidem*, p. 170

³⁶ Las reflexiones de este apartado se han tomado en buena medida de: Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales... op. cit.*

³⁷ A favor los ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio A. Valls Hernández y José Ramón Cossío Díaz; en contra Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

³⁸ Fojas 102 ss.

Sin embargo, me parece que de alguna suerte la SCJN reconoció el argumento del apelante en el sentido de que la declaración interpretativa podría tomarse como una verdadera exclusión de los efectos jurídicos del tratado, ya que la "intención de la Convención es regir aún sobre los actos realizados con anterioridad a su entrada en vigor en derecho interno",³⁹ en razón de lo que establece el artículo 1: "Los crímenes siguientes son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido", y que 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".⁴⁰

De esta forma, y considerando que el argumento de hacer prevalecer lisa y llanamente la Constitución –artículo 14, primer párrafo– no era fácilmente sostenible ante la evidencia de los bienes jurídicos tutelados por estos instrumentos, y la expresa intención desprendida de la CICG de castigar del genocidio sin importar la fecha de su comisión, la SCJN construyó el argumento de una colisión entre derechos fundamentales previstos en la CPEUM, y una especie de "derechos supraindividuales", no incorporados al orden jurídico interno, y que a juicio de la Corte terminan "socavando los cimientos en los cuales se sostiene la construcción de un Estado de derecho constitucional moderno".⁴¹

En este sentido, a la SCJN no le resultó posible establecer una argumentación que demostrara que la aplicación de la CICG o de la CPSG no pudiera ser extensiva; o bien, inclusive, que la CPEUM debía tener una aplicación preferente ante el tipo de normas internacionales en juego. Así, la Corte terminó por señalar que los derechos tutelados por los tratados recaen en sujetos indeterminados.

Señaló que su "posición no prejuzga sobre la posibilidad de considerar que ciertos derechos fundamentales son al mismo tiempo derechos 'universales' o 'universalizables'. Pero ello significa únicamente que estamos hablando de derechos individuales que son de reconocimiento universal, no de derechos cuyo titular sea

³⁹ Foja 105, párrafo segundo.

⁴⁰ *Ibidem*, tercer párrafo.

⁴¹ Foja 109, primer párrafo.

distinto al individuo".⁴² De esta forma, estimó que la idea de universalización de los derechos no implica personificar a la humanidad como sujeto de los mismos, sino que son derechos siempre individuales, por lo que intentó evidenciar la aplicación preferente del artículo 14 CPEUM a los probables individuos genocidas, sobre los instrumentos internacionales que tutelan a un conjunto de víctimas titulares de derechos "indefinibles", señalando que:

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 identidad personificada, difusa y totalizadora de este tipo, es 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. (Fojas 109-110).

Con respecto a las víctimas de este tipo de crímenes, es importante precisar que, tanto en la CPSG como en el código penal, se configuran como un sujeto colectivo, es decir, *uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso*, de tal manera que no es posible dejar de considerar la connotación de las víctimas desde este aspecto. Así, el sujeto sobre el que prevalece el derecho al acceso a la justicia en este tipo de crímenes imprescriptibles es un colectivo, de manera que no necesariamente tendría que prevalecer el sujeto individual, a quien le beneficiaría preferentemente el artículo 14 CPEUM por ser el titular identificable de los derechos fundamentales.

Igualmente, habrá que atender que tanto el derecho internacional de los derechos humanos, como el derecho penal internacional han desarrollado una noción de la víctima por violaciones a los derechos humanos, que en este caso devendría en el universo conformado por el colectivo directamente afectado por el delito de genocidio, y además en el interés general de la humanidad, en razón de los bienes jurídicos en juego, tal y como establece el artículo 5.1 del Estatuto de Roma al señalar que la Competencia de la CPI "se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto."

⁴² Foja 109, párrafo segundo.

III. COMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA MEXICANA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Me parece que la ausencia de compatibilidad entre la sentencia y los estándares internacionales puede atenderse teniendo en cuenta dos perspectivas: por un lado, la tendencia evolutiva del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia que la CrIDH ha sentado de forma cada vez más contundente y que debe iluminar los criterios de interpretación constitucional, por otra parte, el contenido de las normas de derechos humanos, su naturaleza expansiva, con independencia del tipo de norma en que se encuentren.

Sobre el primer aspecto, era necesario que la SCJN hubiera tenido en consideración a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), y que efectivamente se mencionan en la resolución porque así lo hizo valer la actora, pero que evidentemente se subestiman como se va demostrando en la misma argumentación. De igual forma, era importante que la SCJN siguiera la pista del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia, y que necesariamente debe informar el contenido de los derechos constitucionales.

No se trata únicamente de incorporar a la jurisprudencia constitucional los derechos sustantivos presentes en la CADH para aplicar un criterio de interpretación conforme, sino también la jurisprudencia que va construyendo la CrIDH, intérprete auténtica de la Convención Americana, como establece el artículo 62.3 CADH. El papel que juega la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la construcción del contenido esencial de los derechos fundamentales se documenta de forma cada vez más clara, y acompaña los criterios de argumentación sobre derechos humanos por parte de los tribunales constitucionales: ponderación, proporcionalidad, principio *pro persona*.⁴³

⁴³ Por ejemplo, ante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la construcción del contenido de los derechos en sede del Tribunal Constitucional es práctica cotidiana y obligada ante un entendimiento amplio de la cláusula de interpretación conforme. Como ha señalado Alejandro Saiz, uno de los más reconocidos especialistas del tema en España: "En el terreno de los derechos fundamentales la interpretación sistemática de la Constitución obliga a tener presentes los tratados y acuerdos internacionales y, muy particularmente,

En el Caso Barrios Altos *vs.* Perú,⁴⁴ la CrIDH determinó que son inadmisibles la legislación de amnistía, la prescripción, y las excluyentes de responsabilidad en "violaciones graves a los derechos humanos", concretamente en relación con la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y la desaparición forzada de personas.⁴⁵ En el Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, la Corte Interamericana extendió su criterio hacia los crímenes de *lesa humanidad*, advirtiendo una consolidación de grandes directrices jurisprudenciales, entre las que destacan: la prohibición de los crímenes de lesa humanidad como norma de *ius cogens*; la imposibilidad de su prescripción, en virtud del daño que provocan a la humanidad en su conjunto,⁴⁶ y con independencia del tiempo en que hayan sido cometidos; la prohibición de generar legislación de amnistía que favorezca la impunidad;⁴⁷ así como la obligación de no extender la jurisdicción militar en casos de violaciones a los derechos humanos de las víctimas.⁴⁸

Estamos ante un Caso que se resolvió un año después del recurso de apelación 1/2004-PS, y en el que la CrIDH afirmó de forma categórica:

Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del Señor Almonacid

las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional en éstos previstos". Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 210-211.

⁴⁴ Sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001. Serie C, número 75.

⁴⁵ "Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos."

⁴⁶ "En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda" (párr. 152)

⁴⁷ "Por las consideraciones anteriores, la Corte estima que los estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía." (párr. 115)

⁴⁸ "El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar" (párr. 131)

Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque sistematizado contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.⁴⁹

Además, la CrIDH consideró que en la especie concreta aún y cuando Chile no hubiera aún ratificado la CICG, la imprescriptibilidad "surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente no era posible que Chile dejara de cumplir esta norma imperativa".⁵⁰ Clarísimo el compromiso que, a juicio de la Corte Interamericana, adquieren los Estados frente a este tipo de normas. En este sentido, la imprescriptibilidad del genocidio se concebiría como una norma de derecho consuetudinario aplicable en México.⁵¹

Sobre el segundo aspecto, es necesario considerar que las normas sobre derechos humanos son contenidos mínimos susceptibles de ampliación, sin importar el tipo de ordenamiento en que se encuentren previstas: Constitución, tratado internacional, legislación secundaria. En este sentido, la Primera Sala de la SCJN debió haber hecho no sólo una reconsideración de la declaración interpretativa –como apuntó el Ministro Silva Meza– sino un ejercicio de ponderación entre el derecho consignado en el artículo 14 CPEUM y los derechos de las víctimas de los crímenes de lesa humanidad y obrar en consecuencia. Los elementos de constitucionalidad estaban a la mano mediante una aplicación extensiva del artículo 1o. CPEUM que establece una ampliación de las garantías individuales, en los ámbitos normativos que sean más protectores; esto es, los derechos de las víctimas del genocidio previstos en los tratados citados prevalecen ante el derecho del

⁴⁹ Párr. 99.

⁵⁰ Párr. 153.

⁵¹ Manuel Becerra hace la observación que para resolver el caso no era necesario acudir a la CICG, ya que la misma "lo que hace es tomar una norma del derecho consuetudinario como es la de imprescriptibilidad del delito de genocidio y codificarla." Becerra, Manuel, "Comentarios sobre la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los 'Halcones'", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, número 14, México, IIJ-UNAM, enero-junio de 2006, p. 216.

presunto genocida a su no aplicación retroactiva. La supremacía constitucional en materia de derechos humanos se encuentra en la ampliación de los derechos, la Corte ha señalado que los tratados que amplían las garantías son constitucionales,⁵² de tal suerte que el Tribunal Constitucional mexicano dejó pasar una magnífica oportunidad para una debida incorporación del derecho internacional en el derecho interno.

⁵² "... es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de las que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da per se a los gobernados". Sentencia de Amparo en revisión 1175/98, "Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo", de 11 de mayo de 1999, Considerando octavo, foja 74, segundo párrafo *in fine*.

