

Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (Insyde)
Serie: Insyde en la Sociedad Civil
Número 3: LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA SOBRE EL GENOCIDIO. LA CAUSA CONTRA LOS RESPONSABLES DE LA GUERRA SUCIA EN MÉXICO

México, D.F., a 1 de septiembre de 2004.

En julio de 2003 nació el Instituto para la Seguridad y la Democracia, A.C. (Insyde), el cual es una organización mexicana, autónoma y sin fines de lucro, cuya misión consiste en elaborar propuestas técnicas, viables y prácticas para transformar las instituciones responsables de la seguridad pública y la justicia penal, y su relación con la sociedad. Insyde, es un instrumento de la sociedad, para beneficio de la sociedad.

En nuestra estrategia de trabajo figura la capacitación hacia las organizaciones de la sociedad civil, para incrementar sus posibilidades de aproximarse a la seguridad pública, la justicia penal y los derechos humanos, desde una perspectiva que, con base en la vigilancia informada, permita generar críticas y propuestas igualmente informadas.

Uno de los proyectos para cumplir con este objetivo, consiste en la entrega continua de documentos de análisis en torno a problemas estructurales o coyunturales, donde las normas, políticas y/o prácticas de los sistemas de seguridad pública y justicia penal pongan en riesgo o afecten los derechos humanos. Estos documentos serán puestos a disposición de las organizaciones, las cuales quedan en total libertad de darles el uso que consideren pertinente, en función de su agenda y jerarquía de prioridades.

Adjunto a la presente se entrega el tercer documento de esta serie denominada ***Insyde en la Sociedad Civil***, cuyo título es LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA SOBRE EL GENOCIDIO. LA CAUSA CONTRA LOS RESPONSABLES DE LA GUERRA SUCIA EN MÉXICO. El texto discute aspectos técnico-jurídicos que obligan a revisiones mucho más profundas con respecto al genocidio, particularmente en lo relacionado a la imprescriptibilidad del mismo.

Insyde agradece al autor del documento, el Maestro Carlos Ríos Espinosa, quien es abogado penalista y profesor universitario. Este proyecto es posible gracias al generoso apoyo de *The Fund for Global Human Rights*. En breve recibirá el número 4 de la serie Insyde en la Sociedad Civil, intitulado LAS RESPONSABILIDADES DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS GOBIERNOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.

Ernesto López Portillo Vargas
Presidente
Instituto para la Seguridad y la Democracia
Carolina 80, despacho 1
Col. Ciudad de los Deportes
C.P. 03710, México, D.F.
www.insyde
contacto@insydeideas.org

La interpretación jurídica sobre el genocidio. La causa contra los responsables de la guerra sucia en México

En este documento se sostiene:

- No es en principio incorrecto tipificar los eventos del 10 de junio de 1971 como genocidio porque los alcances de la expresión “grupo nacional” utilizada en el tipo, puede comprender, en el derecho mexicano, a los grupos políticos.
- Los grupos políticos fueron excluidos de la definición internacional de genocidio por razones de naturaleza geoestratégica, razón por la cual los jueces mexicanos no tienen porque vincular su decisión a dicha definición. Se debe preferir la interpretación literal de la expresión *grupo nacional*. Ello no implica analogía o argumento por mayoría de razón.
- El delito de genocidio no está prescrito porque el artículo 114 constitucional prevé que no correrá el plazo de la prescripción cuando se trate de servidores públicos que gocen de fuero.
- El delito de genocidio no se configuró solamente por los hechos del 10 de junio de 1971, las acciones se prolongaron a lo largo de todo el sexenio de Luis Echeverría, razón por la que no puede considerarse prescrito.
- Es nula la reserva del gobierno mexicano contenida en la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA SOBRE EL GENOCIDIO. LA CAUSA CONTRA LOS RESPONSABLES DE LA GUERRA SUCIA EN MÉXICO

Carlos Ríos Espinosa¹

Sentido de la cuestión

A raíz de la negativa del juez segundo de distrito en materia de procesos penales federales para librar la orden de aprehensión en contra de los indiciados de la averiguación previa iniciada para la investigación de los hechos del 10 de junio de 1971, un gran número de actores sociales han criticado la labor de la fiscalía especial por haber consignado la averiguación por el delito de genocidio.² A continuación presento algunas consideraciones para justificar por qué considero que la consignación por lo menos es plausible desde un punto de vista jurídico. Con el objeto de articular esta disertación consideraré dos temas: primero, si los eventos del 10 de junio de 1971 pueden encuadrar dentro del tipo penal de genocidio y, segundo, si ese delito se encuentra prescrito.

Debo prevenir al lector que, debido a la usual opacidad de nuestro sistema de justicia, no se han publicitado los argumentos utilizados por la fiscalía especial para fundamentar la consignación, ni tampoco los argumentos del juez de distrito para negar las órdenes de aprehensión respectivas, no podré hacer una evaluación de los mismos. Asimismo debo también prevenir que no soy un historiador que tenga una amplia compenetración con los eventos de los años sesenta en México, por lo que pido disculpas por adelantado en caso de cometer errores de tipo empírico. Me sirve como disculpa el hecho de que mi interés principal es hacer una valoración de escenarios de plausibilidad jurídica respecto de que una persecución penal de esos eventos, que marcaron la vida nacional y las perspectivas de una generación entera de mexicanos/as, tenga éxito si es calificada como genocidio.

Diversos juristas de muy reconocido prestigio en el foro mexicano han continuamente descartado que estos hechos puedan ser calificados con ese tipo penal: la argumentación, sin embargo, no ha sido especialmente amplia ni ha permitido por lo menos ubicar los alcances de la discusión. En lo atinente a la supuesta prescripción del delito, las razones aportadas tampoco son especialmente clarificadoras.

1. Sobre sí los hechos del 10 de junio de 1971 pueden ser calificados como genocidio.

Para los efectos de dar una respuesta puntual a esta cuestión es necesario atender a la definición del crimen de genocidio de acuerdo con el Código Penal Federal y con la Convención relativa.

El Código Penal Federal prevé la siguiente descripción típica del delito de genocidio en el artículo 149 bis que fue creado el 20 de enero de 1967:

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,

¹ Abogado penalista y profesor universitario

² Algunas de las críticas adoptan un tono francamente inaceptable como suponer que para dar la respuesta jurídica correcta a este asunto es suficiente con una operación matemática.

perpetrarse por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

...

Si con idéntico propósito se llevaran a cabo **ataques a la integridad corporal** o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de 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.

....

A pesar de no ser público el pliego de consignación del Fiscal Carrillo Prieto, intuyó que hizo no sólo alusión a los eventos de ese día en particular, sino a la reconstrucción de eventos anteriores y posteriores de la matanza de esa fecha.³ La cuestión constituye un caso difícil porque no se ha hecho una difusión de los argumentos que utilizó el fiscal Carrillo Prieto para consignar la averiguación previa respectiva.

El primer planteamiento sobre el tema concierne al elemento normativo del delito de genocidio. Este consiste **en tener el propósito de destruir, total o parcialmente**, a uno o más grupos nacionales... El foco valorativo de la descripción típica, es decir, el bien jurídicamente tutelado por la norma es **la existencia del grupo como tal**.

En el caso mexicano debe necesariamente utilizarse el plural, se trató de la persecución y destrucción de grupos políticos de estudiantes en diversas entidades federativas. Se trataba de grupos con características de naturaleza política, es decir, se trataba de grupos estudiantiles que se organizaron en un movimiento cuyo origen data desde mediados de los años sesenta y que se oponía a las políticas gubernamentales en diversas materias, pero sobre todo para defender la autonomía universitaria. El gobierno instrumentó un complejo entramado de políticas para destruir esta oposición en formación con medidas que iban desde los intentos de cooptación, hasta la exterminación física de los miembros de este grupo, elemento este último constitutivo de genocidio. Las acciones de la administración del ex presidente Echeverría se dirigían no contra algún individuo o individuos en particular, sino contra la formación de un grupo opositor de la sociedad civil de naturaleza política. De ahí que los delitos particulares cometidos no puedan clasificarse como homicidios, secuestros o detenciones arbitrarias, figuras que pertenecen a la delincuencia común; toda vez que se trataba de un plan deliberado para destruir un grupo nacional de opositores políticos como tal.

La trascendencia de este caso, dado sus caracteres de persecución política contra grupos nacionales, y la importancia que revistió para la vida nacional, justifican que el fiscal haya optado por consignar la averiguación previa por el delito de genocidio y no por los otros. Los alcances del propósito del gobierno para destruir a estos grupos, en tanto grupos opositores, son difusos, sin embargo, hay indicios suficientes para concluir que por lo menos se buscó su destrucción parcial, lo cual es suficiente para actualizar el tipo de genocidio. Consignar por delito diverso, por ejemplo, homicidio, sería perder la dimensión de los crímenes de aquellos años, reduciéndolos a una

³ Esta cuestión también es importante para los efectos de determinar el momento en que debe empezar a correr el término de la prescripción.

cuestión de represión policial y parapolicial, cuando de lo que se trataba era de una política de estado.

Las conductas específicas que los iniciados llevaron a cabo y que constituyen el delito de genocidio, consistieron en perpetrar delitos contra la vida de los integrantes del grupo, así como ataques contra su integridad corporal. Es importante reiterar que se trató de ataques a personas en tanto pertenecientes a un grupo en tanto tal.

Ahora bien, no debe obviarse que los alcances del término *grupo nacional* para los efectos de la actualización del genocidio, de acuerdo con criterios internacionales, excluye a los grupos de naturaleza política, sin embargo, no creo que la jurisdicción nacional esté obligada a vincularse con dichos criterios. En efecto, si atendemos a la historia de los trabajos preparatorios que culminaron con la aprobación de la *Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio* de 1948 (en adelante, la Convención), que entró en vigor para México el 11 de octubre de 1952, podemos constatar que la razón por la que no se incluyó expresamente a los grupos políticos en su texto, obedeció a las presiones de la Unión Soviética para que así no ocurriera.⁴

Lo anterior denota las limitaciones del derecho internacional en este caso, de hecho, diversos estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos han criticado las deficiencias en la regulación del genocidio por esta Convención, al no haber recogido las intenciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, derivadas del derecho de Nuremberg, en su resolución 96 (I), en la cual ordenó al Consejo Económico y Social de la propia ONU la preparación del proyecto para crear el referido instrumento internacional. En esa resolución, de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea de las Naciones Unidas avanzaba los primeros contornos del concepto de genocidio, en los cuales se incluía la motivación política.⁵ La resolución dice a la letra:

“El genocidio es el repudio del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, del mismo modo que el homicidio es el repudio del derecho a la existencia de un individuo; tal rechazo perturba la conciencia humana, inflinge grandes pérdidas a una humanidad que se halla así privada de las aportaciones culturales u otras de esos grupos; y es contrario a la ley, así como al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas.”

Se han perpetrado crímenes de genocidio que han destruido entera o parcialmente grupos raciales, religiosos, **políticos** y otros.

La represión del crimen de genocidio es un asunto de interés internacional.

La Asamblea General, en consecuencia, afirma que el genocidio es un crimen de derecho de gentes que el mundo civilizado condena y por el cual los autores principales y sus cómplices, ya sean personas particulares, funcionarios u hombres de Estado, deben ser castigados, ya se trate de motivos raciales, religiosos, **políticos** o por otras razones.⁶

⁴ La historia no tardó en mostrarnos las razones de su oposición.

⁵ Las primeras elaboraciones jurídicas sobre el tema fueron hechas por Raphael Lemkin, profesor de derecho internacional de la Universidad de Yale en 1944, quien acuñó el neologismo *genocidio*; esta figura se dirige a definir las conductas tendentes a exterminar a un grupo nacional como entidad, y las acciones se dirigen contra individuos, no en razón de sus cualidades individuales, sino porque pertenecen al grupo.

⁶ Resolución 96 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Énfasis añadido.

Como puede apreciarse, la intención original de la Asamblea General buscaba incluir a los grupos políticos dentro de la definición del genocidio, sin embargo, debido a un contexto internacional desfavorable, esa intención no pudo concretarse. De hecho, los alcances de la protección a los grupos nacionales iba más allá de esos motivos, al utilizarse la expresión "...y otros".

La conceptualización del genocidio ha sido ciertamente revisada internacionalmente, sin embargo, justamente por falta de voluntad política para castigar este tipo de crímenes contra la humanidad, el concepto no ha podido ampliarse.⁷

Algunos estudios del derecho penal internacional como Alicia Gil,⁸ plantean que el delito de genocidio no encuadra a las conductas de las dictaduras latinoamericanas de los años sesenta como la argentina y la chilena. Considero aquí sus tesis porque estimo que también se aplican al caso mexicano y también porque las opiniones de Gil son compartidas por un gran número de juristas. El punto de esta abogada es que "...la matanza masiva de personas pertenecientes a una misma nacionalidad podrá constituir crímenes contra la humanidad, pero no genocidio cuando la intención no sea acabar con ese grupo...la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino, por el contrario, destruir a la parte de sus nacionales que no se somete a sus dictados. Con ello el grupo identificado como víctima no lo es en tanto grupo nacional sino como un subgrupo del grupo nacional cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o de no acomodarse a las directrices del criminal...los actos ya no van dirigidos al exterminio de un grupo nacional sino al exterminio de personas consideradas disidentes. En resumen, no se da la intención de destruir total o parcialmente al grupo *como tal*, como grupo nacional...no se puede entender como grupo nacional un grupo definido por determinados caracteres de tipo social, ideológico o según cualquier otro criterio que no sea una identidad nacional que lo distinga del resto, pues en tal caso el grupo víctima, el grupo al que se dirige el ataque no es ya un grupo nacional, sino un grupo social, ideológico, etc., excluidos del ámbito de protección del Convenio.⁹"

El contexto de la argumentación de Gil es su oposición a que el juez Garzón persiga a los militares de las dictaduras argentina y chilena por genocidio, amparado en el principio de jurisdicción universal. A esta autora le parece que calificar tales hechos como genocidio desnaturaliza ese tipo penal, toda vez que los grupos a los que ampara están taxativamente denotados por la propia Convención y los trabajos preparatorios que dieron origen a dicho instrumento internacional. Ampliar el concepto para que incluya a grupos políticos constituye el empleo de argumentos interpretativos extensivos mediante la utilización de la analogía y la mayoría de razón, los cuales están prohibidos por el derecho penal liberal.

Sin dejar de reconocer la fuerza de los argumentos de Gil, me parece que su conceptualización, aunque aplicable al caso mexicano, no se sostiene. Los jueces mexicanos no tienen porque restringir los alcances del término *grupo nacional* de

⁷ Para ampliar este tema puede consultarse el estupendo libro de Yves Ternon *El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX*. Península, Barcelona, 1995.

⁸ Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de Genocidio*. Tecnos, Madrid, 1999.

⁹ Op.cit pp. 183-184

acuerdo con los criterios internacionales recién reseñados. Ello en razón de que al no existir la exposición de motivos de la reforma que creo la definición típica de 1967, no podemos estar seguros de que el legislador ordinario haya querido eliminar a los grupos políticos de la denotación *grupos nacionales*. En este caso la legislación mexicana puede ser interpretada para que vaya más allá de la Convención, si esta interpretación resulta más protectora de los derechos de las víctimas. Ello no implicaría la utilización de la analogía o de argumentos por mayoría de razón, procedimientos interpretativos prohibidos por el artículo 14 constitucional, sino adoptar un criterio de interpretación literal para definir los alcances del término *grupo nacional*.¹⁰

Es evidente que los partidos políticos y otras fuerzas políticas en formación, son grupos nacionales identificados con un determinado programa de acción política. En este orden de ideas, si actualmente alguien abrigara el propósito de eliminar a alguno de ellos atacando a sus miembros mediante el asesinato o lesionando su integridad corporal, nadie estaría legitimado a decir que no se trata de grupos nacionales.

2. En torno a la prescripción del delito de genocidio

La defensa de los indiciados en la averiguación previa consignada en julio pasado aducen que el delito de genocidio, en caso de haber sido cometido, ya prescribió. Esta idea, que es compartida por un gran número de personas y de actores nacionales, incluido el juez que conoció de este asunto en primera instancia, debe ser revisada de acuerdo a razonamientos que no obvien cuestiones de enorme importancia.

En este apartado presento tres líneas argumentativas para los efectos de sustentar porque los delitos no han prescrito. Primero doy cuenta del argumento más consistente y directo, enseguida hago un experimento académico en dos vertientes: consideraré el modo en que se tendrían que calificar los hechos para que no se pueda concluir que el delito de genocidio está prescrito; segundo, supondré que los hechos efectivamente terminaron el 10 de junio de 1971 para los efectos de mostrar por qué también es posible, por lo menos en principio, concluir que no están prescritos.

a) Los plazos de prescripción, para determinar la responsabilidad penal de una persona, se interrumpen en tanto ésta desempeña el encargo de Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos

De acuerdo con el título IV de la Constitución Política mexicana, específicamente por el artículo 114, segundo párrafo, los plazos de prescripción para determinar la responsabilidad penal de los servidores públicos mencionados por el artículo 111 de la propia carta magna, se establecerán de acuerdo a las reglas generales que señalen las leyes penales, sin embargo, establece dos reglas de excepción de carácter reforzado: primero, el plazo de la prescripción no podrá ser menor de tres años; segundo, **el plazo de la prescripción se interrumpe en tanto el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111**. El artículo citado

¹⁰ La exposición de motivos de la reforma por la que se adicionó el artículo 149 bis al código punitivo federal, a diferencia de los trabajos preparatorios de la Convención, no permite concluir que los legisladores federales hayan querido excluir a los grupos políticos de la redacción del tipo.

en último término, en su párrafo IV, considera al Presidente de la República como uno de los servidores públicos a los que alude el artículo 114.

Lo anterior quiere decir que el argumento de la defensa del indiciado Echeverría, asumido por el Juez Segundo de Distrito en materia de Procesos Penales Federales, en el sentido de que los delitos imputados ya prescribieron, es falaz.

No ha prescrito el delito de genocidio de acuerdo a las reglas establecidas por la Constitución porque el plazo para la prescripción empezó a correr el 1° de septiembre de 1976, que fue la fecha en que Luis Echeverría abandonó el encargo de Presidente de México. Así que por lo que se refiere al delito de genocidio el plazo de la prescripción concluirá, si se consideran solamente los eventos del 10 de junio de 1971, el 1° de septiembre de 2006.

No me pasa inadvertido que el artículo 114 constitucional fue reformado para tener su redacción actual el 28 de diciembre de 1982. Razón por la cual si se le aplicara al caso que nos ocupa ello implicaría retroactividad, lo cual está prohibido por el artículo 14 constitucional. En principio, la aplicación retroactiva de una norma no está prohibida en términos absolutos –incluso si restringe algún derecho del gobernado– cuando ésta tiene carácter constitucional, así lo ha determinado la jurisprudencia de la Suprema Corte en la tesis siguiente:

RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR.- Las leyes retroactivas, o las dicta el legislador común o las expide el Constituyente al establecer los preceptos del Código Político. En el primer caso, no se les podrá dar efecto retroactivo, en perjuicio de alguien, porque lo prohíbe la Constitución; en el segundo, deberán aplicarse retroactivamente, a pesar del artículo 14 constitucional, y sin que ello importe violación de garantía individual alguna. En la aplicación de los preceptos constitucionales hay que procurar armonizarlos, y si resultan unos en oposición con otros, hay que considerar los especiales como excepción de aquellos que establecen principios o reglas generales. El legislador constituyente, en uso de sus facultades amplísimas, pudo, por altas razones políticas, sociales o de interés general, establecer casos de excepción al principio de no retroactividad, y cuando así haya procedido, tales preceptos deberán aplicarse retroactivamente. Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial.¹¹

Como puede apreciarse en esta jurisprudencia, el pleno de la Suprema Corte consideró que respecto de normas constitucionales, las mismas pueden tener efecto sobre el pasado, cuando el propio constituyente disponga que así sea. En todo caso lo que se dispone es que dado que el Poder Revisor de la Constitución tiene facultades amplísimas, en atención a que es la máxima autoridad del orden jurídico nacional, puede disponer la aplicación retroactiva de la constitución si los intereses generales así lo reclaman. El presente caso no entra dentro de esa hipótesis, debido a que el texto constitucional del artículo 114 no obra directamente sobre el pasado; el problema consiste en saber si, en la especie, los jueces –poderes constituidos– pueden aplicar retroactivamente una norma constitucional que entró en vigor en 1982, a eventos que ocurrieron en 1971.

¹¹ Tesis 446 del Apéndice de Jurisprudencia 1917-2000, Tomo I, Constitucional, página 515.

Esta cuestión puede dilucidarse si se atiende a un criterio diverso, esta vez correspondiente a la novena época. En dicho criterio, la segunda sala de la Suprema Corte, señaló que los poderes constituidos deben aplicar las reformas constitucionales, cuando restringen algún derecho de los gobernados, de acuerdo al ámbito temporal de validez que el poder revisor de la Constitución les fijó. La tesis plantea:

REFORMAS CONSTITUCIONALES. CUANDO RESTRINGEN ALGÚN DERECHO DE LOS GOBERNADOS, LAS AUTORIDADES CONSTITUIDAS DEBEN APLICARLAS SUJETÁNDOSE AL ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ QUE EL PODER REVISOR LES FIJÓ. Como se reconoció por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial visible con el número 302 en la página 282 del Tomo I del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, de rubro: "RETROACTIVIDAD DE LA LEY, PRECEPTOS CONSTITUCIONALES NO SON IMPUGNABLES POR.", el Poder Revisor de la Constitución puede imprimir a una reforma constitucional el ámbito temporal de validez que estime conveniente e, incluso, puede darle efectos retroactivos. En tal virtud, si de la interpretación de la reforma a un precepto constitucional, mediante la cual se restringe algún derecho de los gobernados, se advierte que fue voluntad de la expresión soberana fijarle un específico ámbito temporal de validez, las autoridades constituidas deben someterse a esa voluntad, con independencia de que ello implique afectar derechos adquiridos o, en el extremo contrario, respetar meras expectativas de derecho, que a juicio del referido poder, deben preservarse; todo ello, en aras de respetar el principio de supremacía constitucional.¹²

Ahora bien, de acuerdo con el primer artículo transitorio del decreto de reforma constitucional del 28 de diciembre de 1982, la reforma entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, y no se dice nada respecto de sus efectos sobre el pasado. ¿Significa lo anterior que el Poder Revisor de la Constitución excluyó estas nuevas reglas de prescripción hacia el pasado? Como con frecuencia ocurre en el derecho existen diversas posibilidades interpretativas. La interpretación más sencilla y directa, pero no por ello necesariamente la más correcta, consistiría en sostener que la reforma tendría efectos para el futuro, es decir, para eventos delictivos cometidos por servidores públicos que tuvieran verificativo después de publicada la reforma. Sin embargo, si atendemos a la exposición de motivos del decreto de reforma, no hay nada que nos permita suponer que la voluntad del constituyente permanente se dirigió en ese sentido.

Por el contrario, la *ratio* de la reforma constitucional para estos casos fue, de acuerdo con lo que señala la exposición de motivos, "[...] restringir la protección constitucional a una garantía procedimental que prevenga meramente la confusión de las acciones políticas y penales y que no degeneren en fuente de inmunidad para los servidores públicos que delinquen." Esto no quiere decir sino que el denominado fuero constitucional del que gozan ciertos servidores públicos de alto nivel, debe ser excluido del plazo de la prescripción mientras se goce de él, ya que, de lo contrario, una garantía procedimental para evitar ataques de naturaleza política se desnaturalizaría para convertirse en una garantía de impunidad de naturaleza penal. No debe confundirse una garantía política con una de carácter penal. El fuero o, más correctamente, la inmunidad procesal de la que gozan los servidores públicos enumerados en el artículo 111 constitucional no puede ser entendida como un derecho fundamental, por eso se le excluye del plazo de la prescripción penal.

¹² Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Julio de 2001, p. 512. Tesis 2a. CVI/2001

Esta *ratio*, aunque fue puesta como derecho constitucional positivo en 1982, debe considerarse como implícita al orden constitucional con anterioridad a esa fecha, ya que de lo contrario tendría que concluirse que la propia Constitución preveía un espacio de impunidad a los servidores públicos con pretexto de la inmunidad procesal que la propia Constitución les confiere. Se trata de un principio constitucional implícito.

Una argumentación como la anterior no es extraña a la adjudicación judicial, el iusfilósofo estadounidense Ronald Dworkin había ya hecho notar que el derecho no puede ser entendido como puras reglas, entraña también principios implícitos, algunas veces –incluso– de carácter moral. Dworkin plantea su argumento a partir del famoso caso *Riggs versus Palmer* del que conoció un tribunal del estado de Nueva York a finales del siglo pasado. El caso consistía en que un nieto solicitaba al tribunal entrar en posesión de la herencia de su abuelo, lo que, de acuerdo con la ley testamentaria del estado Nueva York, le correspondía. La peculiaridad del caso consistía en que el nieto había asesinado a su abuelo, circunstancia que la ley testamentaria no contemplaba como causa de exclusión de la sucesión, dado lo cual ésta procedía legalmente. Los jueces, sin embargo, negaron la herencia apoyándose en el principio de que *nadie puede beneficiarse de su propio hecho ilícito*. ¿Se trató de la creación de una regla *ex post facto*? No. Simplemente era un principio inmanente del propio orden jurídico.

Razones similares pueden esgrimirse en el caso que nos ocupa. Si la Corte decide que los indiciados en la averiguación previa por los hechos de 1971 pueden ser procesados porque el plazo de la prescripción no corrió mientras gozaban de la inmunidad procesal constitucional, sobre la base de un principio inmanente –*los servidores públicos no pueden beneficiarse de la prescripción en materia penal mientras gocen de inmunidad procesal*–, su resolución estaría perfectamente apegada a derecho.

b) Las conductas constitutivas del delito de genocidio para el caso mexicano constituyen un hecho jurídico complejo

De acuerdo con el jurista italiano Michelle Taruffo¹³ en el derecho es posible encontrar diversos tipos de hechos. Una de las clasificaciones atiende a si los hechos se refieren a un evento singular, perfectamente delimitable en el tiempo, o bien se refieren a una pluralidad de eventos verificados en espacios de tiempo diversos. Se puede hablar de hechos complejos en dos sentidos principales, el primero se refiere a que la norma aplicable se refiere a un hecho que está compuesto por distintas partes, *vgr, el genocidio que se constituye, entre otros elementos, con el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional...mediante delitos que ataquen la vida o la integridad corporal de algunos de sus miembros*,. El segundo sentido está constituido por la duración en el tiempo, *vgr, la falta de ejercicio de un derecho por un tiempo establecido produce la prescripción*.

La defensa aduce, aplicando la regla de prescripción contenida en el artículo 105 del Código Penal Federal, que el delito imputado a los indiciados en esta averiguación previa ya prescribió desde el 10 de junio de 2001, al haber transcurrido los treinta años que constituyen la media aritmética de la pena mínima y máxima correspondiente al delito de genocidio, veinte y cuarenta años respectivamente.¹⁴ Este razonamiento

¹³ Michele Taruffo *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002. p.143.

¹⁴ Me parece que el Código Penal Federal debe ser revisado en este tema para que la penalidad guarde coherencia con la gravedad de la conducta. En primer lugar no existe agravante si el delito

es falaz porque da por supuesto que el delito de genocidio en este caso se consumó de manera instantánea el 10 de junio de 1971. En efecto, es ingenuo pensar que el indiciado Echeverría y las otras personas señaladas como responsables tuvieron el súbito propósito de eliminar a un grupo nacional de estudiantes disidentes el 10 de junio de 1971 y que su propósito y acciones terminaron ese mismo día por la tarde-noche. Antes bien, las acciones fueron preparadas con muchos años de antelación (artículo 13, fracción I, del Código Penal Federal), indicio de ello fue la formación del grupo paramilitar conocido como *Los Halcones*, ideado como grupo represor de carácter político, que de acuerdo con información de la embajada norteamericana en México, fue integrado en septiembre de 1968, fecha en la que el ex presidente Echeverría era Secretario de Gobernación).¹⁵ En síntesis, no se trató de un evento aislado, sino de una política de estado dirigida contra grupos opositores al régimen. El analista político Sergio Aguayo señala que los eventos de represión de estudiantes de fines de los sesenta y principios de los setenta formaban “parte de un plan nacional aprobado por el presidente de la República.”¹⁶ Este autor indica que en 1968, la Secretaría de la Defensa Nacional dio instrucciones a los comandantes de zonas militares de todo el país para que actuaran contra los disturbios estudiantiles sin esperar instrucciones de la capital. Se trataba de un plan para detener el liderazgo estudiantil; acabar con el núcleo duro del movimiento; amedrentar a los moderados y lanzar una advertencia hacia el futuro y hacerlo de forma tal que el uso de la fuerza quedara legitimado. Este plan no se detuvo en 1968, antes bien fue heredado por la administración del ex presidente Echeverría, y fue mantenido hasta el fin de su sexenio.

En este orden de ideas, para lograr hacer una interpretación adecuada de este tema se debe prestar atención al tiempo en que empezó a correr el término de la prescripción, la pretensión de la defensa de los inculpados, como ya señalé, es que empezó a correr a partir del día siguiente en que los hechos fueron cometidos, es decir, el 11 de junio de 1971. Sin embargo es cuestionable que sea esa la fecha que se tome como base para los efectos de la prescripción, ello al menos por las siguientes razones: en primer lugar, como ya indiqué, no se trató de un acto singular perfectamente determinable en el tiempo, si bien la masacre de estudiantes se dio el 10 de junio de 1971, posteriormente se realizaron actos sistemáticos tendientes a encubrir los hechos cometidos por agentes oficiales dependientes de la administración de Luis Echeverría no sólo en el Distrito Federal sino también en otras entidades federativas (artículo 13, fracción VII del Código Penal Federal).¹⁷

es cometido por servidores públicos, toda vez que al haber sido abrogada la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, que en su artículo 15 aumentaba las penas; en seguida, no es razonable que la pena sea de cuarenta años de prisión, si para ciertos supuestos de secuestro la pena es de setenta años. Si bien no soy partidario del aumento indiscriminado de penas, la que corresponde al genocidio tendría que ser la más alta de nuestro código punitivo.

¹⁵ Ver página <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/mexico/> que contiene valiosos documentos desclasificados del gobierno de Estados Unidos sobre México.

¹⁶ Sergio Aguayo, *La Charola. Una historia de los servicios de inteligencia en México*. Grijalbo, México, 2001, p 135.

¹⁷ Asimismo, no debe obviarse que las instituciones de procuración de justicia no han contado históricamente con el grado de autonomía suficiente para los efectos de ejercer sus funciones con independencia de las instrucciones del Poder Ejecutivo. Si ello sigue siendo verdad en la actualidad –la iniciativa del Presidente Fox para dotar de autonomía al ministerio público es un buen indicio de ello- con mayor razón lo era en la década de los setenta, en la que el poder del titular del Ejecutivo sobre las instituciones de Procuración de Justicia –y sobre el resto de las instituciones- era virtualmente omnimoda. De acuerdo con información de prensa pliego de

c) *El problema de la aplicación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*

Uno de los argumentos que se han planteado para justificar que el delito de genocidio no ha prescrito por los eventos de 1971 es que nuestro país ratificó la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad*. En este apartado trataré de construir argumentos para justificar por qué, incluso si tomamos como punto de partida que el Fiscal consignó la averiguación previa sólo por los hechos delictivos cometidos el 10 de junio de 1971 es plausible pensar que el delito de genocidio no ha prescrito. Se trata no de afirmar tajantemente que no ha prescrito, sino de explorar posibilidades jurídicas para mostrar que las cuestiones sobre la imprescriptibilidad no son tan pacíficas como las pretensiones de la defensa y del juez segundo de distrito quieren que sean. La cuestión dista de ser concluyente.

Como se recordará, el gobierno mexicano firmó y ratificó en el 2002, la *Convención sobre imprescriptibilidad*. La adopción de este instrumento internacional fue condicionada a una declaración interpretativa, es decir, a una reserva, en el sentido de que México consideraría imprescriptibles ese tipo de crímenes –el genocidio incluido- a partir de la entrada en vigor de la Convención para México. Es decir, no entrarían en el ámbito de aplicación de la Convención hechos delictivos cometidos con anterioridad a esa fecha.

El problema que inmediatamente se suscita es si, dadas las reglas para el establecimiento de reservas, el gobierno mexicano está autorizado para formular una con el sentido anotado. Para los efectos de dilucidar esta cuestión hay que remitirse a las reglas que sobre esta materia prevé la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, la cual, en su artículo 19, inciso c), dispone que no se podrán establecer reservas si éstas son “incompatibles con el objeto y fin del tratado internacional”.

En el caso que nos ocupa, el objeto de la Convención sobre la imprescriptibilidad, tal como está establecido en su preámbulo, es no someter a límite de tiempo, la persecución de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Los alcances de la expresión “sin limitación de tiempo”, excluye de entrada cuestiones de irretroactividad o de ultractividad, razón por la cual cualquier reserva establecida para limitar la persecución de estos crímenes en el tiempo se dirige contra el objeto y fin del tratado. La sanción jurídica que se sigue del establecimiento de una reserva con esas características es su nulidad.

En consecuencia, podemos afirmar que México se ha obligado internacionalmente sin reservas por la susodicha Convención. Ahora bien, no obstante lo anterior, subsiste aún el problema sobre la constitucionalidad de la Convención, dado que su contenido contradice la prohibición de retroactividad prevista en el artículo 14 constitucional. En efecto, de acuerdo con dicho numeral constitucional no se podrá aplicar retroactivamente la ley en perjuicio de persona alguna, por lo que si se establece una ley, tratado internacional o reglamento en el que se prevea que ello es posible, dicho

consignación del Fiscal especial señala también como indiciados a dos procuradores de justicia de la administración del ex presidente Echeverría, ¿se tomará también como parte del término de la prescripción el tiempo que estos funcionarios encabezaron a la Procuraduría General de la República? En atención a estas consideraciones creo que, a diferencia de lo que sostiene la defensa y el juez segundo de distrito en materia de procesos penales federales, para nada es claro que ya haya prescrito el delito de genocidio.

instrumento estará afectado de inconstitucionalidad. La Convención sobre imprescriptibilidad, al utilizar la expresión "sin limitación de tiempo", se coloca en principio en ese supuesto. ¿Puede la SCJN declarar la inconstitucionalidad de la Convención? En principio esto no sería posible en el marco de un recurso de apelación, toda vez que los dos únicos procedimientos constitucionales en los que se puede declarar la invalidez general de una norma sólo son las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales. Sin embargo, para beneficio de esta exploración supondré que ello es posible. ¿Es pacíficamente inconstitucional la Convención? A primera vista parece incontestable, sin embargo también habría que reparar que impedir que estos crímenes sean perseguidos vulnera otro principio que tiene también jerarquía constitucional y que no tendría aplicabilidad si se expulsara de la vida jurídica a la Convención sobre imprescriptibilidad; específicamente este principio consiste en el derecho de las víctimas a la reparación del daño, previsto en la fracción IV, apartado B, del artículo 20 constitucional.

Como puede apreciarse, el adjudicador del derecho en este caso tendrá que ponderar entre dos principios jurídicos de jerarquía constitucional. Los criterios de corrección sobre este problema tendrán que hacer una reconstrucción histórica y política de estos eventos de la vida mexicana y, evidentemente, no podrán limitarse a una operación de carácter aritmético, como lo pretende la defensa de los inculpados y, hasta ahora, el juez natural de la causa. La gravedad de estos eventos reclama mejores argumentos.