

879309

18
28



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE: 879309.

DELITO DE TORTURA,
ENFOQUE TELEOLOGICO

T E S I S
FALLA DE ORIGEN

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

CATALINA MORENO RAZO

ASESOR:

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GTO.

FALLA DE ORIGEN

JUNIO-1995.



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la Universidad Nacional Autónoma de México.

Clave: 879309.

DELITO DE TORTURA, ENFOQUE TELEOLOGICO

TESIS

Que para obtener el Titulo de

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

CATALINA MORENO RAZO

Asesor:

Lic. Rogelio LLamas Rojas.

Celaya, Gto.

Junio-1995.

A DIOS:

**Por haberme dado la existencia y la fuerza suficiente
para culminar esta etapa de mi vida.**

A MIS PADRES:

Que nunca me dejaron sólo e incluso me brindaron todo su apoyo, para lograr la culminación de una carrera profesional y con ello darme la oportunidad de que mi vida tomara un mejor sendero en cuanto a la realización como persona humana.

**Sidonia Razo Juárez.
Manuel Moreno Cabrera.**

A MIS HERMANOS:

Quienes siempre tuvieron confianza en mi y me brindaron su apoyo y frases de estímulo, que fueron determinantes para la conclusión de mis estudios.

**Lab. Química Silvia Patricia Moreno Razo.
Ing. Víctor Manuel Moreno Razo.
Sra. Araceli Moreno Razo.**

AGRADESIMIENTO A:

Todos mis maestros que me transmitieron todos sus conocimientos, depositando en mi una parte de ellos los cuales lograrón formar un profesionista y que de alguna manera me siento orgullosa de ello.

AGRADESIMIENTO A:

LICENCIADO ROGELIO LLAMAS ROJAS, Que con sus firmes conocimientos y su especial interés me ha guiado en la formación de este trabajo.

A LA UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE:

Por darme la oportunidad de haber realizado uno de mis propositos personales, de llegar hacer un profesionista, y con ello dar un paso más en ésta difícil vida de superación profesional.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
ESTUDIO GENERAL DEL DELITO	3
I.1.- NOCION VULGAR.	4
I.1.1.- NOCION DEL DELITO.	6
I.1.2.- NOCION JURIDICO FORMAL.	9
I.1.3.- NOCION JURIDICO SUBSTANCIAL.	13
I.2.- EL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES.	16
I.2.1.- EN LA ESCUELA CLASICA.	16
I.2.2.- EN LA ESCUELA POSITIVA.	17
I.2.3.- TENDENCIAS ECLECTICAS: LA TERCERA ESCUELA.	19
CAPITULO SEGUNDO	
GENERALIDADES DEL CONCEPTO DE TORTURA	21
II.1.- CONCEPTO AMPLIO DE TORTURA.	22
II.2.- LA TORTURA DENTRO Y FUERA DEL PROCEDIMIENTO PENAL.	23
II.2.1.- EPOCA ANTIGUA.	23
II.2.2.- EDAD MEDIA Y MODERNA.	24
II.2.3.- EPOCA CONTEMPORANEA.	25
CAPITULO TERCERO	
ANTECEDTES DEL DELITO DE TORTURA	27
III.1.- CONSTITUCIONALES.	28
III.2.- EN LA LEGISLACION PENAL.	29
III.3.- TRATADOS INTERNACIONALES.	33
III.3.1.- LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.	35
III.3.2.- CONVENIO CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES.	37
III.3.3.- CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.	40
III.4.- LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.	41

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DEL DELITO DE TORTURA	45
IV.1.- CONCEPTO.	46
IV.2.- CLASIFICACION DEL DELITO.	46
IV.3.- LA CONDUCTA.	49
IV.3.1.- LA CONDUCTA SEGUN EL DELITO.	50
IV.3.2.- MEDIOS COMISIVOS.	52
IV.3.3.- DOLOSIDAD DE LA CONDUCTA.	53
IV.4.- EL FIN ULTIMO QUE SE PERSIGUE.	53
IV.5.- LA TIPICIDAD.	55
IV.5.1.- ELEMENTOS DEL TIPO.	56
IV.6.- ATIPICIDAD.	59
IV.7.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.	60
IV.8.- PENALIDAD.	73

CAPITULO QUINTO

ESTUDIO JURIDICO DE LA INADECUADA UBICACION DEL DELITO DE TORTURA	76
V.1.- EL CONCURSO.	77
V.1.1.- CONCURSO IDEAL.	78
V.1.2.- CONCURSO APARENTE.	79
V.2.- LA PARTICIPACION.	82
V.3.- EL PROBLEMA DE LA PRUEBA.	84
V.4.- EL PROBLEMA DE LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.	86

CONCLUSIONES	93
---------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA	101
---------------------	------------

INTRODUCCION

Desde los primeros contactos con la carrera de Licenciado en Derecho, hasta el término de la misma, he alcanzado la convicción de la necesidad que tiene el abogado mexicano de conocer la técnica jurídica, estudiándola y aplicándola conforme al derecho positivo vigente, para así poder encontrar mejores cauces en el futuro jurídico de nuestro país.

Con éstas ideas, he desarrollado este trabajo enfocado a la tortura, que se ha convertido tan real y cotidiana que podría decirse que ha dejado de ser actual, ha dejado de llamarnos la atención; y es que cuando oímos que tal o cual sujeto ha sido objeto de tormentos, no lo vemos como algo real sino como un simple rumor, o bien como un elemento al que acude el acusado para dar marcha atrás a la confesión vertida ante el Ministerio Público. Por que si no lo vemos de esta forma, como podríamos entender que el propio Estado, que ha sido creado para salvaguardar el orden y la paz social, incurra, através de los titulares de sus órganos, en dichas violaciones. No resulta ser acaso la prueba más confiable de que la tortura no existe en nuestro país, además de que lo preceptuado en los artículos 19, 20 y 22 Constitucionales prohíben su aplicación en cualquiera de sus formas.

No se busca con el presente trabajo hacer una exposición de la tortura como un fenómeno social, es decir, cuáles han sido sus orígenes, o también a qué atribuir la reiterada violación de las normas penales, sean constitucionales o secundarias que la prohiban. Nuestra exposición se reduce, pues, al análisis jurídico, y teleológico de la tortura.

La iniciativa del Legislador Local que cristalizó en el contenido del artículo 215-Bis del Código Penal para el Estado de Guanajuato, y en virtud del cual se adiciona a dicho cuerpo normativo una nueva figura penal como lo es el delito de tortura, no deja de ser de sumo interés jurídico. Primero, por que toda norma penal nueva viene a ocupar un vacío de la Ley, lo que implica, a su vez, que se está proponiendo una solución a un problema real. De no ser así no tendría finalidad alguna. Por tanto en el momento en que el Legislador de nuestro Estado decide implementar el nuevo delito de tortura, tácitamente acepta que ésta existe en nuestra entidad. El mismo argumento puede ser aplicado a la Ley Federal. Pero lo que resulta de sumo interés es el análisis jurídico que puede hacerse a dicha figura, a saber; cuál es el bien jurídico que penalmente tutela; cómo pueden resolverse los problemas de concurso a que pudiera dar lugar o, también, qué criterio habrá de seguirse al momento de definir la pena, cuando el artículo hable de "día multa", siendo que es una de las penas que el tipo contempla y que rompe en definitiva con el sistema adoptado por nuestro Código Penal, en la determinación del monto de las multas. Son estos y otros problemas que se abordan en el presente trabajo; planteando además algunas cuestiones no resueltas, no completas del todo y, por tanto, tampoco definitivas.

CAPITULO PRIMERO

ESTUDIO GENERAL DEL DELITO

I.1.- NOCION VULGAR.

Se ha dicho que la primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la Ley con una pena. En la mente popular, en efecto, que no tiene por que preocuparse por esencias o contenidos y conecta ingenuamente dos cosas que observa generalmente relacionadas, es esa la idea primaria y eminentemente empírica que se despierta por la palabra delito.

Pero tal cosa no es una definición si no un error inveterado consecuente ahora con otro error ya consagrado por los técnicos y que consiste en afirmar que la punibilidad es un elemento del delito:

Es, además, una forma de dar a entender que se ignora lo que es el delito, pues si se pregunta qué es el diamante y alguien contesta que es una cosa que se vende en las joyerías, da una orientación, ciertamente, acerca de como localizar esa gema; pero a la vez permite sospechar que se ignora su naturaleza o esencia. Muy bien, si se vende en las joyerías o se sanciona con una pena; pero ¿Qué es el diamante y que es el delito? ¿Porqué se sanciona éste con la pena?

El estar sancionado por la Ley con una pena no conviene a todo lo definido, como se requiere de una definición, puesto que hay delitos que requieren de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso.

Por lo tanto, no conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hayan sancionadas por la Ley con una pena sin ser delitos.

Y no señala elementos de lo definido (Esenciales o descriptivos), puesto que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestro tiempo para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación, pero sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, útil para definirlo.

Una definición descriptiva puede no desentrañar directamente la esencia de la cosa definida sino acumular datos o propiedades de la misma para su reconocimiento; pero esos datos o esas propiedades han de ser tales que radiquen en el objeto que se define o se relacionen con él de manera que, através del tiempo y del espacio, haya la certeza de que acompañarán necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrán a ellos. Así podremos decir que cuerpo es toda substancia que ocupa un lugar en el espacio tiene densidad, color, etc.; pero no sería buena definición la que un peruano acostumbrado a la asociación de ambas ideas, diera de la llama, designándola como un animal de carga; o el asirio, el etrusco o el griego primitivo propusiera del carro como un instrumento de guerra. El uso que se haga de la llama o del carro es ocasional; puede variar sin que aquella o éste dejen de ser lo que son; como propósito del delito nada impide pensar en un grado de cultura en que bastará señalar lo ilícito y lo prohibido, para ordenar la conducta de los ciudadanos por el solo mandato o la sola prohibición y sin necesidad de penas; o bien, podríamos suponer la realización de los ideales positivas, en que las penas dieran su lugar a medios terapéutico y preventivos, aunque no fuera más que para convencernos de que la sanción con penas es sólo un medio de represión extrínseco al hecho reprimido, que se usa en la actualidad pero que cabe suponer, al menos ideológicamente, que pudiera desaparecer; que solo es empleado para la mayor parte de los delitos y no para todos ellos; y que también se usa para reprimir a otros actos que no son delitos; todo lo cual la inhabilita como dato para integrar la definición que se busca. (1)

I.1.1.- NOCION DEL DELITO.

Estériles esfuerzos se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independiente del tiempo y lugar. La ineficacia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces unidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico política. Lo más que podría decirse del delito así considerado es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien que es la acción punible lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana; con exclusión de otra cualquiera.

Cuando la confusión entre delito y pecado era general, la Siete Partidas en su proemio defino los delitos "Como malos hechos que se hacen a plazes de una parte, para el daño o la deshonra de la otra; estos hechos fatales son contra los mandamientos de Dios, o contra las buenas costumbres o contra los establecimientos de las Leyes, y de los Fueros o Derechos".

Modernamente se han formulado numerosas definiciones del delito: es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos (Rossi); es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la Ley; es una disonancia armónica; es la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso (Carrara); es la violación de un derecho o de un deber (Tarde); es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, sino también la oposición al deber (Wundt Wulffen); es, desde el ángulo histórico, toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico; y desde el ángulo valorativo, todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena (José Maggioro).

De la distinción romana entre "delicta mala in se y delicta mala quia prohibita", que atiende a los hechos intrínsecamente inmorales o a los que sólo están prohibidos por la Ley, toma la Escuela positiva con Garófalo, el delito natural y el legal. Existe el primero por el hecho de la violación de los sentimientos medios de piedad y probidad; "es delito natural o social la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo de la sociedad"; los sentimientos altruistas de piedad (humanidad) resienten ofensas por las agresiones a la vida, por cualquier mal físico (heridas, mutilaciones, malos tratamientos, enfermedades voluntariamente causadas, excesivos trabajos impuestos a los niños por actos físicos que producen dolor físico y moral como la violación, el rapto, la privación ilegal de la libertad, o que lo producen sólo moral, como la calumnia y la difamación); los sentimientos altruistas de probidad las resisten por las agresiones violentas contra la propiedad (robo, incendio, daños), por las no violentas (abusos, insolvencia voluntaria, violación de secreto, plagio, falso testimonio, sustitución del estado civil). En cuanto al delito legal, es toda acción que amenaza al Estado, que ataca al poder social sin un fin político, o lesiona la tranquilidad pública, los derechos políticos, el culto, la moral pública o la legislación particular del país. La Escuela positiva hace del delito natural una oposición a las condiciones fundamentales de la vida social en atención a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en medida en que se encuentran en una sociedad civil determinada (Garófalo, Feri, Durkheim), de donde, por la influencia de la defensa social y de la teoría de la peligrosidad. pasamos finalmente a la noción del delito-estado: Un estado morbozo social que hiere, no un precepto, sino los sentimientos e intereses de la comunidad es decir, un fenómeno natural, producto de factores endógenos y exógenos.

Como noción jurídica basada en la violación de la norma recogida por el precepto penal al

formular los tipos de delito, ha constituido Beling la siguiente: Es una acción (conducta humana), típica, antijurídica (contraria al derecho), culpable (reprochable), sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad. El vago epíteto agrega que habitualmente se añadía a la "acción antijurídica y culpable" para completar el concepto del delito, el epíteto "conminada con una pena", sólo gana firmeza cuando se manifiesta claramente que por hoy sólo pueden caer bajo la amenaza penal los tipos de delito firmemente perfilados. Sobre la sanción penal como elemento integrante del concepto de delito, las modernas soluciones doctrinales aclaran que, por ser la sanción una consecuencia, lógicamente no forma parte de la esencia del concepto.

Después de considerar el delito en un amplio sentido como "un hecho que produce o es fuente de responsabilidad penal", Eduardo Novoa Monreal formula la noción de delito desde el punto de vista de la ciencia jurídica, tomando en cuenta "dos aspectos que deben distinguirse nítidamente: uno es la realidad de un hecho contradictorio con el derecho, ejecutado por un ser humano culpable; y el otro, una valoración política del legislador quien decide que esa realidad debe ser sancionada penalmente para mayor conveniencia social. El delito no es un concepto delimitable a priori conforme a principios abstractos, ya que uno de sus factores esta constituido por una apreciación política librada al buen sentido de la justicia y defensa del orden jurídico del legislador, lo que confiere carácter contingente y mudable".

El delito es siempre una conducta (acto y omisión) reprobada o rechazada (sancionados). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que ésta amenace, es decir, se anuncie como la consecuencia misma, legalmente necesaria. La noción teórico-jurídica del delito puede, así, fijarse en estos elementos. (2)

I.1.2.- NOCION JURIDICO FORMAL.

Para generalizar el concepto del delito han contribuido algunas legislaciones que declaran oficialmente: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (art. 7 del Cod. Penal del Estado, de 1931). (3)

Por su parte el Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato, define al delito como sigue: "Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible". (4)

La palabra delito, es derivada del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, y el prefijo de en la connotación peyorativa, se toma como "linquere viam o rectam": dejar o abandonar el buen camino.

Por eso Carrara dijo que el delito es, esencialmente, una infracción del camino y de la disciplina trazados por el Derecho; transgresión de las disposiciones que regulan el orden social. Y si nuestro primer ordenamiento penal, del año 1871, definió el delito como "la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda", era fiel a la significación del vocablo y a la importancia que Carrara dio al elemento específico del delito por definir, afirmando con frase enfática que el delito no es una acción sino una infracción, por ser este dato de antijuridicidad lo que lo identifica y lo distingue; lo que hace que el delito sea tal y no otra cosa.

Empero no consideraba con esto satisfecha la delimitación del objeto definido, y teniendo presente que no basta una antijuridicidad cualquiera o la infracción de una ley cualquiera para que exista el delito, puntualizaba la naturaleza de éste como la infracción de una ley penal,

3 CARDONA Arizmendi Enrique y Ojeda Rodríguez Cuauhtemoc, Penal omentado del Estado de Guanajuato concordando con el Código Penal Federal, Segunda Edición, Orlando Cárdenas Editor y distribuidor, México 1985.

4 Código Penal del Estado de Guanajuato, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1988.

expresión selectiva de la antijuridicidad que no se refirió a la sanción sino al mandato o a la prohibición contenidos en esa ley desobedecida o quebrantada y elemento también que, andando los tiempos, ha dado origen a la doctrina de tipicidad.

Aún faltaba algo esencial. Entre todas las conductas del hombre, el juicio formal, valorativo, que distingue y separa los delitos de todos los demás actos y constituye su diferencia específica, radica en su oposición al Derecho: oposición objetiva o antijuridicidad; pero también oposición subjetiva que constituye la culpabilidad. Por eso y queriendo abarcar las dos especies, los dos grados o las dos formas de culpabilidad, agregó: "infracción voluntaria de una ley penal".

Es claro que el concepto de infracción legal estaba implícita la idea de un acto humano, dado que el derecho es una norma de relación entre los hombres y sólo puede ser violado por actos u omisiones de los mismos; pero todavía, para mayor claridad, se agrego que tal infracción de la ley debería cometerse "haciendolo que ella prohíbe o dejando de hacer la que manda".

Con esto quedaba completa una definición jurídica del delito equivalente a la que se maneja hasta la fecha por los tratadistas franceses al exigir un elemento material: el acto (con su resultado); un elemento legal (o ilegal): su oposición precisamente a una ley y no sólo a la moral, las buenas costumbres, la cultura.; y un elemento moral (o psicológico): la "voluntariedad".

En la técnica alemana se hacen las mismas referencias al hablar de un acto humano (hacer lo que la ley prohíbe o dejar de hacer lo que manda); antijuridicidad (infracción de la ley); tipicidad (infracción precisamente de una ley penal); y culpabilidad (infracción voluntaria.).

Sin embargo, por el hecho de poner en primer término los elementos formales, específicos

del delito, como son la antijuricidad típica y culpable (infracción voluntaria de la ley penal), y sólo agregar en forma explicativa el elemento genérico, como es el hacer humano, tuvo buena acogida y se generalizó la afirmación de que se trataba de una "definición formal". O quizá mejor porque no se desarrollaba el contenido material de la antijuricidad o los motivos de la prohibición penal.

A mediados de diciembre de 1929 se puso en vigor un efímero intento de legislación positivista que definía al delito como "la lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal"; pero el 2 de junio del año siguiente había sido necesario ordenar su reforma y en agosto de 1931 se aprobó el nuevo Código Penal. La reciente experiencia vivida con las leyes de 1929 debía quebrantar el favor por las doctrinas que lo inspiraban, pero más o menos oculta seguía cultivándose su admiración y acaso aún se quería ostentar como audacia y rebeldía el mantener sus postulados, duplicidad que desgraciadamente habría de traducirse en inevitable confusión respecto a puntos irreductibles en que no es posible conciliar lo contradictorio y respecto a los cuales el nombre de "eclectismo" no puede amparar sino indecisión y falta de sistema definido.

Por lo que ve al delito, de cuya definición podría haberse prescindido en obsequio a los escrúpulos y tropiezos existentes, en una ley que encabeza su programa con la supresión del "dogmatismo" (entendiendo por ello precisamente el definir, el hacer doctrina o el adoptar posturas didácticas), no era posible secundar el reciente Código de 1929 que había ensayado una definición sociológica o de contenido material, pero que se había señalado por su fracaso y era mayor aún la repugnancia por volver francamente a la definición "clásica" de 1871. Fijos en el Código de esta última fecha los ojos, lo que se buscaba era su demolición, recordando que la idea de "infracción de la ley penal", que allí se usaba, era característica del pensamiento de Carrara y había sido estigmatizada por Ferri; y sin olvidar que Binding había imbuido la idea de que el delito no infringe la ley sino, antes al contrario, hace su aplicación. En tales

condiciones, se optó por volver más atrás aún y definir el delito como: "Acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El Derecho Penal, para quienes no compartimos la interpretación demasiado cortante que se ha dado a las ideas de Binding, no se limita a imponer penas: como guardián del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y por eso es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición, que es substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la Ley culmina con una sanción a los homicidas o a los ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio o el robo; y resulta extremadamente sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella. Todo derecho tiene un elemento coercitivo; pero hacer posible su aplicación en este aspecto, es decir, hacer aplicables las sanciones, supone el incumplimiento de su parte dispositiva, ya que precisamente para ese caso está prevista la intervención del Estado. Por ello no resultaría propio decir, en caso de un divorcio, que el cónyuge culpable cumplió con el Derecho Civil puesto que hizo posible su aplicación.

Por lo demás, es decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por que lo sancionan o cual es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales, con lo cual estaremos de lleno nuevamente en aquello que se quiso evitar: la infracción del orden jurídico.

En otros términos: El cambio de palabras adoptado abandona la naturaleza intrínseca del delito que se trata de definir, que es precisamente su antijuridicidad y su voluntariedad, su oposición al derecho, su carácter de infracción del mismo, para usar una perífrasis y hacer una referencia extrínseca, circunstancial y consecuente; una especie de sugerencia a distancia que no puede tener ventajas técnicas en ningún caso, pero mucho menos en una definición; si bien permite, caracterizando el acto sólo por sus consecuencias penales, que sean otros los que se

comprometan en la inferencia inevitable de antijuridicidad y voluntariedad.

A tanto equivaldría desechar la definición que se diera del presidente de una república, como jefe del poder ejecutivo, para decir que es el hombre con quien colaboran los secretarios y a quien hace honores la guardia de palacio.

La concepción positivista de la defensa social, y sobre todo de su correlativa, la responsabilidad netamente objetiva, existe siempre, cualquiera que sea el estado bio-psicológico del sujeto, y cifrada sólo en el hecho de vivir en sociedad, hizo que se amputara también de la definición la exigencia de "voluntariedad"; por más que luego "eclecticamente", aparece el mismo viejo elemento subjetivo trasladado al artículo octavo que excluye de la categoría delictuosa todo acto que no sea intencional o imprudente".

Lo que así quedo como resto de la definición mutilada por razones efectivas y que injustamente se siguen pretendiendo que sea una definición formal; hizo decir a los miembros de la Comisión redactora: "Los elementos apuntados nos demuestran que los autores del Código no pudieron encontrar una fórmula que proyectara la verdadera naturaleza del delito".

(5)

I.1.3.- NOCION JURIDICO SUBSTANCIAL.

La noción formal excluye la incorporación de elementos que conforman la esencia natural del delito, no así las definiciones jurídicas substanciales.

El delito tiene las siguientes características, es una acción la que es antijurídica, culpable, típica. Es posible, según ciertas condiciones y objetivas o sea que esta comunicada con la

amenaza de una pena. Acción porque es un acto y omisión humana; antijurídica porque ha de estar en contradicción con la norma, ha de ser ilícita; típica porque la ley ha de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable porque debe de corresponder subjetivamente a una persona.

Jiménez de Azua; define al delito como el acto típicamente antijurídico, imputable a un hombre sometido a una sanción penal, sus características sin actividad, adecuación típica, antijurídica, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y en ciertos casos condición objetiva de punibilidad; la tipicidad es el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes. La esencia técnico jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad constituyendo la penalidad, con el tipo de la referencia del delito. (6)

Para Ignacio Villalobos: la esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza pero la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de necesidad en la convivencia humana, etc; por tanto no se puede investigar que es en la naturaleza el delito, porque en ello y por ella sola no existe, sino a lo sumo a buscar y precisar esas normas de valoración los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa, cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es observado querer luego inducir de la naturaleza. (7)

El Código Penal de 1929 establecía, que el delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

6 JIMENEZ de Azua Luis, *La Ley y el Delito*, Editorial Andres Bello, Caracas 1974.

7 VILLALOBOS Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1975.

El Código Penal de 1931 dice que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Nuestro primer ordenamiento penal del año de 1871 definió al delito como infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda.

Las dos formas de manifestarse la voluntad del hombre son la acción y la omisión. La primera se trata de la realización de algo prohibido y la segunda de algo que está en la inactividad contraria a un determinado deber de hacer algo.

Para Raúl Carranca y Trujillo en su Código Penal, anotado dice: Hay dos únicas formas de la conducta humana que puede traducirse en la Constitución del Delito y ésta sin un acto o una omisión. Estas dos formas de la conducta constituyen su aspecto positivo y al omisión el negativo. (8)

El acto consiste en una actividad positiva, es un hacer lo que no se debe hacer, en su comportamiento que viola lo que una norma prohíbe; la omisión es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que se debe hacer.

Las dos formas son una conducta humana, una manifestación de voluntad que se traduce en un cambio peligroso de cambio en el mundo tangible y que nos ocasiona un resultado, con una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

La evolución del Derecho Penal, nos ha llevado a conocer la importancia de ciertas medidas de corrección y seguridad, las cuales son de carácter esencialmente preventivo del

delito ante la imposibilidad de dar una definición exacta del delito puesto que aun consideramos al delito como base angular del Derecho Penal por regular éste, las consecuencias de aquél.

Ni los grandes tratadistas dan una definición con carácter universal, porque siendo el delito consecuencia de entidades culturales, necesariamente varia la perspectiva del tiempo y según se desarrolla en diferentes épocas y pueblos, con los subsecuentes cambios morales y político-jurídico.

El Código Penal de actual vigencia en el Estado, en su artículo 11, define al delito, como la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.

I.2.- EL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES.

I.2.1.-EN LA ESCUELA CLASICA.

Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito, pero tratando de ser breves, sólo haremos mención a la de Francisco Carrara, principal exponente de la escuela clásica, quien lo define como: "La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

Para Carrara el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho.

Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del estado, que de todos los ciudadanos. Francisco Carrara juzgó preciso anotar en su definición, cómo la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer el dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y, también, para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima al acto o a la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política. (9)

I.2.2.- LA ESCUELA POSITIVA.

Triunfante el positivismo, pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultando necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos psicológicos. Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, define el delito natural como: "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de ello una definición y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos no obstante ser ésa la materia de su estudio y de su definición, dijo haber observado los sentimientos; aunque claro está que si se debe entender que se refiere a los sentimientos

afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados. Sin embargo, no era posible cerrarse todas las puertas y, procediendo a priori, sin advertirlo, afirmó que el delito es la violación de los sentimientos de piedad, y de probidad poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. De haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como hecho natural, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los Códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales. Y no podía ser de otra manera ya que la conducta del hombre, el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especialísimos mecanismos, pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aún cuando luego su concepto general y demasiado nebuloso haya trascendido al vulgo, o quizá por él mismo se haya formado como tal vez sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de estas apreciaciones un fenómeno natural. La esencia de la Luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero, la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc; por tanto, no se puede investigar que es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza. (10)

I.2.3.- TENDENCIAS ECLECTICAS: LA TERCERA ESCUELA.

En la lucha entre las dos corrientes más características: clásica y positivista, surgieron teorías que aceptaron sólo parcialmente sus postulados. Así aparecieron, entre otras, la Terza Scuola (Tercera Escuela) en Italia y la Escuela Sociológica o joven Escuela en Alemania.

La Escuela del positivismo Crítico o Terza Scuola (denominada tercera escuela para distinguirla de la Clásica de la Positivista, que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugares), encuentra su formación, esencialmente, en los estudios de Alimena y Carnivale y constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquél la negación del libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta de la Escuela Clásica el principio de la responsabilidad moral; distingue entre delinquentes imputables e inimputables, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.

Para Bernardino Alimena, la imputabilidad deriva de la humana voluntad, la cual se haya determinada por una serie de motivos, y tiene su base en la "dirigibilidad" del sujeto, es decir, en su actitud para recibir la coacción psicológica; de ahí que sólo son imputables los capaces de sentir la amenaza de la pena.

El doctrinista alemán Franz Von Liszt, sostuvo que el delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas. Para él, la pena es necesaria para la seguridad en la vida social porque su finalidad en la vida social es la conservación del orden jurídico. A esta teoría se le conoce bajo el nombre de Escuela Sociológica, caracterizada por su dualismo, al utilizar métodos jurídicos de un lado y

experimentales por el otro, por su concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; por su aceptación de la imputabilidad y del estado peligroso y en consecuencia, de las penas y de las medidas de seguridad. (11)

CAPITULO SEGUNDO

GENERALIDADES DEL CONCEPTO DE TORTURA

II.1.- CONCEPTO AMPLIO DE TORTURA.

Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XXVI, tortura es sinónimo de crueldad, martirio, dolor o aflicción grande.

A su vez, el Diccionario de la Lengua Española la define en los siguientes términos: "dolor, angustia, pena o aflicción grande". Respecto a las acepciones anteriores se pueden hacer los siguientes comentarios:

a).- Dichas definiciones contemplan la tortura en un forma muy amplia, es decir: abarcaría el tormento infringido por una persona a otra, a Título particular y como sujeto activo de la conducta, sin interesar la finalidad perseguida con la aplicación de dichos tormentos; y también la conducta realizada por el Estado, a través de los titulares de sus órganos, aplicada a cualquier persona física o gobernado, con la finalidad de obtener de ella o de un tercero, una información, una declaración o una confesión.

b).- De lo anterior se deduce también, que la tortura puede ser de dos tipos:

A.- Física: la que aplicada produce un dolor o sufrimiento corporal.

B.- La moral o psicológica: la que aplicada, no obstante de no producir dolor o sufrimiento corporal alguno, sin embargo causa una adicción o un trastorno psicológico grave en la persona.

Sin embargo, se debe hacer la aclaración que la clasificación anterior de ninguna manera agota todas las posibilidades si consideramos los diversos criterios que podrían haber para efectos clasificatorios, consideramos no obstante, que desde el punto de vista práctico y atendiendo al objeto del presente trabajo la clasificación antes señalada resulta más que suficiente.

II.2.- LA TORTURA DENTRO Y FUERA DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Al contrario de lo que ocurre actualmente en que la tortura consiste en un delito vergonzoso del Estado, perpetrado por los medios policíacos tratando de no dejar huella en la víctima, sin embargo en la antigüedad fue una Institución ampliamente reconocida, regulada e incluso apoyada su utilidad por importantes pensadores.

A continuación se expone de manera breve el desarrollo que la misma ha experimentado a través de los siglos, el amplio uso de ella se hizo durante la tramitación de las causas penales así como el momento de ejecución de la sentencia condenatoria, cuando el procesado era considerado culpable.

II.2.1.- EPOCA ANTIGUA.

Atendiendo al principio de la confesión del reo era la reina de las pruebas "Probatio probatísima", trajo como consecuencia la aplicación de tormentos para su logro, lo que fue una constante en la historia Jurídico-procesal de todos los pueblos, a excepción del judío.

La tortura podía revestir las más diversas formas, las que iban desde la mutilación de órganos (Ley del talión: ojo por ojo y diente por diente), la marca con hierro candente en diversas partes del cuerpo los azotes, la decalcación etc.

El pueblo romano hizo uso de la flagelación, el rompimiento de miembros la marca y la mutilación. El derecho Germánico aplicó la fustigación, la marca la decalcación y la mutilación; El Derecho Canónico sólo empleo la fustigación y los azotes. A su vez, el Derecho Musulmán coacción la mutilación además de los azotes.

II.2.2.- EDAD MEDIA Y MODERNA.

Es quizá en esta época de la historia en que mayor uso, se hizo de la tortura. Aplicada a los procesados, los tormentos constituyeron el modo de actuar de los Tribunales de la Inquisición.

Desde el Siglo XV y XVI, la tortura o tormento se incorpora al procedimiento Judicial de los países europeos, reglamentándose su aplicación a efecto a que no se desvirtuará la finalidad perseguida con la misma: la confesión del reo, la tortura se convierte, explica Fiorelli, en una Institución probatoria, pues se consideraba indispensable la confesión del inculpado para condenarlo. Pero aún se dio un paso más, y así fue usada para obtener la denuncia de otros delincuentes.

Como se advertirá, no existía el simple afán de causar dolor en sí mismo, es decir, el castigar por castigar sino que se atenia a una finalidad netamente probatoria. Es esta la razón por lo que, todo tormento infringido o aplicado sin dicho objeto podía ser penalmente castigado.

Dicha etapa coincide con la que se ha dado por llamar, dentro de la evolución de las ideas penales, la venganza pública, "En este período la humanidad puntualiza Carranca y Trujillo, aguzó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la Tortura era cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución a fin de obtener confesiones o revelaciones Nacieron los calabozos ("oublietles" de oublier, olvidar, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos), la horca y los azotes; la rueda en la que se colocaba el reo después de romperle los guesos a golpes; las galerías; el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por la hacha; la marca infamante por la hierra candente el garrote que daba la muerte por la estrangulación y los trabajos forzados y con cadenas". (1)

Dicha actitud fue duramente criticada al finalizar el siglo XVII, pues, señalarán ciertos juristas, entre ellos César Bonnesana Marquez de Beccaria, con dichos procedimientos se desconocía la naturaleza humana que bajo los efectos de un dolor atroz, es capaz de confesarse culpable con tal de que éste cese.

II.2.3.- EPOCA CONTEMPORANEA.

En la actualidad, con excepción de los azotes que aún se conservan en algunas legislaciones, se puede decir que, cuando menos en la letra, los tormentos han desaparecido en la mayoría de las disposiciones penales de los países civilizados.

Sin embargo, en últimas fechas se ha iniciado cierta tendencia en algunos países como E.U.A. e Inglaterra en que se aboga por el mantenimiento de los azotes como pena. Entre los argumentos expuestos por quienes apoyan dicha corriente se encuentra los siguientes: que dicha pena no separaría al reo de su familia y, como consecuencia, no se causa interrupción en sus tareas habituales del sentenciado, no repercutiendo eso además en la familia.

El inglés Tallack, defensor de dicha corriente, señala que la adversión manifiesta a la pena de azotes estriba en todo en el uso exagerado que de ella se hizo en la antigüedad; sin embargo, no se trataría de derramar la sangre del condenado a dicha pena, ni desfigurar su cuerpo, sino infringirle sólo un sufrimiento pasajero.

No obstante los argumentos anteriores existe la tendencia mayoritaria en la penología moderna de rechazar como pena todo aquello que implique un menoscabo en la salud de la persona o que, de manera directa o indirecta, pueda causar la muerte o el deceso del reo,

pues resulta inadecuado que la doctrina penal sigue teniendo presente los excesos cometidos en el pasado, además de pugnar dichas penas con los principios de la moderna penología que funda sus bases en la reeducación del reo. La pena, señala Jiménez de Asúa, (2) sólo puede tener misión educativa y, conforme a esa finalidad hay que establecer todo el sistema de los códigos y de las cárceles.

CAPITULO TERCERO

ANTECEDENTES DEL DELITO DE TORTURA

III.I.- CONSTITUCIONALES.

El artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone:

"QUEDAN PROHIBIDAS LAS PENAS DE MUTILACION Y DE INFAMIA A, LA MARCA, LOS AZOTES, LOS PALOS, EL TORMENTO DE CUALQUIER ESPECIE, LA MULTA EXCESIVA, LA CONFISCACION DE BIENES Y CUALQUIER OTRA PENA INUSITADA Y TRASCENDENTE".

Dicha disposición, sin duda alguna, constituye un antecedente en relación al tema que nos ocupa: la Tortura.

Consideremos, sin embargo, el alcance que tiene dicho artículo, así como su posible influencia en la configuración del adicionado hace pocos años a nuestro Código Penal Local, para lo cual se exponen las siguientes consideraciones:

a).- El artículo 22 Constitucional, en el párrafo que se transcribe, tan solo se refiere a las penas que se encuentran estrictamente prohibidas de ser aplicadas (e incluso de ser legisladas, sopena de ser inconstitucionales), por parte de la autoridad judicial, local o federal, a aquellos sujetos que han sido sometidos a un juicio penal y han sido encontrados culpables.

b).- No se refiere, por tanto, a los malos tratos de que puede ser objeto el reo durante la tramitación de una causa penal en la aprehensión o en la detención. Estos últimos se encuentran contemplados en los artículos 19 y 20 de la Constitución. Así, el primero de dichos preceptos establece en su párrafo tercero:

"TODO MAL TRATAMIENTO EN LA APREHENSION O EN LAS PRISIONES, TODA MOLESTIA QUE SE INFIERA SIN MOTIVO LEGAL, TODA GABELA O CONTRIBUCION, EN LAS CALCELES SON ABUSOS QUE SERAN CORRIGIDOS POR LAS LEYES Y REPRIMIDOS POR LAS AUTORIDADES".

Ahora bien, el artículo 20 en su fracción II, refiriendose a las garantías que tiene acusado durante la tramitación de una causa criminal, afirma:

"NO PODRA, EL ACUSADO, SER COMPELIDO A DECLARAR EN SU CONTRA, POR LO CUAL QUEDA RIGUROSAMENTE PROHIBIDA TODA INCOMUNICACION O CUALQUIER OTRO MEDIO QUE TIENDA A AQUEL OBJETO".

Esto último resulta ser el antecedente constitucional más directo sobre la figura del delito de tortura, pues cuando dicho precepto asienta "y cualquier otro medio que tienda a aquel objeto", resulta claro que se engloban en dicha fórmula muy genérica lo que la nueva figura penal define como dolores o sufrimientos graves, la coacción física o moral que se aplique a la víctima; así también se advierte la existencia de una finalidad: obtener de ella o de un tercero, información o de una confesión, no pudiendo negar. por tanto, la similitud existente entre ambas disposiciones.

III.2.- EN LA LEGISLACION PENAL.

No obstante lo expuesto, no existía en la legislación penal secundaria, ni federal ni local, ningún antecedente directo sobre el delito de tortura. Así el antecedente más reciente sobre ésta data apenas del 27 de Mayo de 1986, con la aparición de la Ley Federal para prevenir y

sancionar la Tortura. Antes, a pesar de existir preceptos en nuestra Constitución que prohíbe de manera clara y categórica el uso de ésta tanto dentro como fuera de cualquier procedimiento, sin embargo no había sido de una debida regularización a pesar de la elevada incidencia en los medios y penitenciarios. Es así como los Códigos Penales de las diversas Entidades Federativas y el Código Penal Federal, contemplan solo la tortura entre particulares y como una calificativa en los delito de lesiones y homicidios, como se desprende del artículos 315, párrafo primero, del Código Penal Federal, cuando dice: "Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con alevosía, con ventaja o a traición", y más adelante del mismo artículo, pero en su párrafo tercero, refiriéndose a los casos en que se presumirá la existencia de la premeditación, contempla entre otros casos: cuando se cometen las lesiones o el homicidio "por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad".

A su vez, el Código Penal de Guanajuato, en su artículo 217 contempla también la tortura o el tormento como calificativa de los mismos delitos, difiriendo con el Federal en que la aplicación de tormento a la víctima constituye una calificativa en sí misma, independiente de la premeditación y no es, por tanto, una simple presunción de la existencia de ésta. Dicho precepto señala en su fracción IV que serán las lesiones y el homicidio calificados, "cuando se de tormento al ofendido".

No resulta difícil, por tanto, deducir que la legislación Penal de nuestro país no contempla la Tortura como figura Penal, sino más bien como una calificativa o modalidad en la omisión de los delitos de lesiones y homicidio. Por los anterior no se castigaba la Tortura en sí misma, como delito, sino en atención al grado de peligrosidad o de antisocialidad que manifiesta con ello el sujeto que la aplica, pues como señala Cardona y Ojeda (1). se mata despacio pudiéndose matar rápidamente, causándose con dicha conducta daños superfluos o innecesarios a la víctima.

Apegada a lo anterior y en virtud de que el acto de Tortura es, según lo establecen dichos artículos, una calificativa de las lesiones y el homicidio, nos encontramos que en atención a dicha accesoriadad surge la siguiente cuestión: si un sujeto cualquiera que no sea servidor público aplica tortura a otro, pero a consecuencia de la misma no se produce un resultado lesivo aparente (una herida visible o una difunción orgánica o el fallecimiento de la víctima), ¿Por ese simple hecho deberá quedar impune dicha conducta por no encontrarse tipificada?. Esto último resulta de suma gravedad si consideramos que existe una amplia gama de actos de tortura que no dejan huella en el sujeto pasivo de la conducta es decir, no dejan una lesión visible, como ocurre si el acto de atormentar es de naturaleza psicológica o cualquier forma de coacción moral (jugar a la ruleta rusa con la víctima con una arma de fuego) o de tipo físico como introducir la cabeza del sujeto en cualquier recipiente que contenga un líquido o dentro de una bolsa de hule, de tal forma que se le impida respirar en intervalos de tiempo; la aplicación de "toques eléctricos" en cierta parte del cuerpo; introducir tehuacán por la nariz, etc. ¿Deberán quedar impunes dichos actos por considerar no encontrarse tipificados? Dicha cuestión no puede ser abordada en detalle en el presente trabajo porque rebasa los límites del mismo sin embargo nos encontramos plenamente convencidos de la posibilidad de que los actos anteriores son punibles por encontrarse tipificados en la figura de lesiones en atención a la siguiente consideración: El artículo 206 del Código Penal para el Estado de Guanajuato define las lesiones como la causación de un daño en la salud. Cardona y Ojeda (2), comentado dicho precepto señalan que "la salud puede dañarse anatómica o funcionalmente y este último, puede consistir en un daño físico o psíquico, sin perjuicio de que en algunos casos el daño anatómico sea coincidente con el funcional", por tanto, toda afectación o rompimiento del Estado de equilibrio de las funciones orgánicas, toda perturbación aunque ésta sea mínima; constituyen una lesión de conformidad

1 CARDONA Arizmendi Enrique y Ojeda Rodríguez Cuahutemoc, Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato, Concordado con el Código Penal Federal, Segunda Edición, Editorial Cárdenas, México 1985.

2 Código Penal Anotado.

con nuestro Código Penal. Ahora bien, todo acto de tortura, aún los que no se dejan huella aparente en la víctima, por naturaleza causan, necesariamente una lesión, misma que bien puede ser física o psicológica o de ambos tipos. (3).

Atenta a lo anterior, los actos de tortura que no causan una lesión física de carácter orgánica o funcional, aparente o visible puede ser encuadradas en las lesiones de tipo psicológico no visibles de conformidad con nuestro Código Penal. Sin embargo, debemos desde estos momentos llamar la atención en el sentido de que para efectos probatorios dichas lesiones representan una gran inconveniente: la extrema dificultad que representa probar que son causa directa de la conducta así también de la complejidad de clasificarlas atendiendo a su gravedad.

La práctica judicial se ha limitado al castigo de las lesiones físicas aparentes, no existiendo, al menos en nuestro país, antecedente alguno de personas que hayan sido condenadas por haber causado o ingerido a otras lesiones de carácter mental o psicológicas, no obstante lo avanzado de la psiquiatría.

De todo lo anterior se puede inferir conclusión; la tortura o el tormento que los Códigos Penal Federal y Local regulan en forma calificativa, no es de ninguna manera a la que se refiere la Constitución en su artículos 19, 20 y 22, así tampoco la que castiga la nueva figura penal. Los primeros se refieren a la tortura que podría aplicar cualquier persona a otra, y bajo el supuesto de que a consecuencia de la misma se produzca un resultado levisimo; mientras las disposiciones Constitucionales, siendo que se encuentran ubicadas dentro del capítulo de las Garantías Individuales, pretenden proteger a todo gobernado de los excesos en que pueda

3 En cuanto a la existencia de ciertos delitos que pueden dejar, además del daño puramente físico, también secuelas psicológicas en las víctimas que, en algunas ocasiones y en opinión de ciertos autores, suelen ser éstas de mayor gravedad que las primeras, resultan interesantes los estudios que se han hecho en tratándose del delito de violación.

incurrir cualquier funcionario público en el momento de la aprehensión o en la tramitación de una causa criminal, o incluso fuera del procedimiento en forma de sentencia.

Por tanto, la disposición contenida por el artículo 19 Constitucional en su parte última en el sentido de que dichos "abusos serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades", han sido seriamente desatendidos hasta últimas fechas por la Legislación Penal.

III.3.- TRATADOS INTERNACIONALES.

No fueron las disposiciones Constitucionales por sí mismas las que llevaron a la Legislatura de nuestro Estado a la creación de la figura penal del delito de tortura, pues como señalan la exposición de motivos de la iniciativa cuando se planteó ante el Congreso, fue la "necesidad de adecuar la legislación penal local a las convenciones internacionales y a la Ley Federal Mexicana". Así la exposición de motivos señalan textualmente que: "Aun cuando los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prohíben todo maltrato durante la aprehensión, encarcelamiento y juicio, estimamos necesario la adecuación de nuestra legislación penal estatal, a las Convenciones Internacionales y a la Ley Federal Mexicanas". Como si no fuera suficiente lo que ya la Constitución señala de manera clara: quedan terminante y categóricamente prohibido todo acto de tortura. ¿Era necesario acaso, que disposiciones y organismos Internacionales nos lo recordaran? Así parece ser.

En virtud de que ya fueron comentados los preceptos Constitucionales, procederemos ahora a centrar nuestro estudio en las Convenciones Internacionales y en la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura a efecto de poder constatar la influencia de las mismas en la estructuración de la figura en estudio.

Además de la convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la O.E.A. en la Ciudad de Cartagena de Indias de la República de Colombia, a la que México acudió como país participante, consideramos necesario agregar a lo anterior, como carácter de antecedentes Internacionales, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la convención contra la Tortura y otros tratos crueles, Inhumanos o Degradantes.

Antes de proseguir creemos conveniente explicar, aunque sea de manera breve, la forma en que dichos cuerpos normativos internacionales se integran a nuestro sistema jurídico interno, cobrando vigencia y obligatoriedad dentro del territorio Nacional.

El artículo 133 de nuestra Carta Magna dispone:

"ESTA CONSTITUCION, LAS LEYES DE CONGRESO DE LA UNION QUE EMANEN DE ELLA Y TODOS LOS TRATADOS ESTEN DE ACUERDO CON LA MISMA, CELEBRADOS Y QUE SE CELEBRAN -- POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, CON APROBACION DEL SENADO, SERAN LA LEY SUPREMA DE LA UNION".

La Constitución hace intervenir en las relaciones internacionales, de modo y en medida diversos, al Presidente de la República, al Congreso de la Unión y al Senado. (4)

El Presidente representa a México en sus relaciones con los demás países.

Atento a lo anterior, tenemos que la celebración de un tratado Internacional como lo son las Convenciones, se integran en nuestro derecho público interno con la concurrencia de dos

voluntades: la del Presidente de la República y la del Senado. (5) Las negociaciones son iniciadas por los plenipotenciarios como representantes del Ejecutivo Federal, mismos que se encargan de darle conclusión y de firmarlo.

Pero el tratado no obliga por ese simple hecho, pues a diferencia del mandato civil los plenos de poderes reservan siempre para el representado la facultad de ratificar o no el tratado concluido.

El Ejecutivo Federal no puede ratificar ningún convenio o tratado sin antes haberlo puesto a la aprobación del Senado, el cual tiene facultades bastantes, de acuerdo con nuestra Constitución, para desaprobarlo o introducir enmiendas o reservas.

Una vez aprobado y ratificado, de conformidad con lo que dispone el artículo 89 de la Constitución, en su fracción I, el Ejecutivo Federal procede a su publicación y promulgación, siendo éste momento en el que dicho tratado empieza a cobrar vigencia y obligatoriedad.

III.3.I.- LA DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial hablar de Derecho Internacional como limitante del sistema jurídico interno del cualquier país era más inconcebible, en atención fundamentalmente al concepto de soberanía exterior que hasta entonces había sido un absoluto en la doctrina del estudio; pero como señala Tena Ramírez la soberanía de los Estados como concepto absoluto "ha empezado a ser enjuiciado a la luz de necesidades

nuevas, de realidades que se impone; de una conciencia social y política preparada por la Primera Guerra y vigorizada por la Segunda", y es" que totalmente en la autodeterminación interna".

Y en efecto el fracaso de la Sociedad de las Naciones para salvaguardar la paz mundial puso de manifiesto que ésta era incompatible con el antiguo principio de soberanía absoluta, dando la razón a quienes por mucho tiempo sostuvieron que la conservación de la tranquilidad interna de cualquier estado, grande o pequeño de una atmósfera social donde impide la libertad y un cierto grado de bienestar social. La consagración del anterior principio significa que lo ocurrido dentro de cada Estado no es ya ajena para los demás Estados, sino que la solidaridad internacional compromete a cada uno con respecto a los demás; no hay gobierno que se atreva a excluir a su pueblo de las finalidades de redención social a que se aspiran los recientes conciertos internacionales. (6)

En este orden de ideas en que surge la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en la Ciudad de París el día 10 de Diciembre de 1948. Dicha declaración pone de manifiesto la igualdad de todos los hombres sin distinción de raza, idiomas o nacionalidad; considera como requisito indispensable para salvaguardar la paz mundial el respeto, por parte de cada uno de los países suscribientes, de ciertos derechos fundamentales que todo hombre tiene como miembro de la familia humana.

En lo que toca la tortura, interesa lo que dicha Declaración contempla en su artículo quinto, que dice: "NADIE SERA SOMETIDO A TORTURAS NI A PENAS O TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES".

No obstante de constituir ésta una mera declaración sin los medios jurídicos adecuados para hacerla efectiva, interesa ante todo por la enorme influencia que ha cobrado en la defensa de los derechos humanos y, de manera particular, en las Convenciones Internacionales que combaten la tortura.

III.3.2.- CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES.

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fecha 10 de Diciembre de 1984, dicha convención desarrollo lo dispuesto por el artículo quinto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a que ya se hizo referencia.

El artículo 1o. define la Tortura en los siguientes términos:

1.- A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se infliga internacionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas o instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

Dicho precepto, a efecto de no confundir el dolor o la aflicción que es inherente a toda pena, señala que "No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas".

Si se compara la definición anterior con el texto del artículo primero de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura se advertirá su gran similitud. Lo mismo ocurre con el texto del artículo 215- Bis de nuestro Código, lo que nos hace pensar, que éste pudo ser tomado de dicha Ley Federal.

De dichas definiciones se pueden señalar los siguientes elementos en común:

- a) Mención de un sujeto activo cualificativo (un servidor público).
- b) Una conducta (Infligir dolor o sufrimientos graves a una persona).

c) Carácter doloso de dicha conducta, es decir: que el tormento se aplicó a la víctima de manera intencional; una finalidad (obtener una información o una confesión) y además, que el acto de tortura se realice cuando el funcionario público responsable se encuentre en ejercicio de funciones públicas.

Más adelante dicho tratado señala en su artículo 2º; párrafo primero, la obligación que asumen los países suscribientes de tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, tendientes a impedir los actos de tortura en los territorios bajo su jurisdicción; de no poder invocar en ningún caso la existencia de circunstancias excepcionales, como el estado de guerra o inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, que justifique el uso de la tortura (parte segunda del mismo artículo). Así también tampoco podrá invocarse a manera de eximente de responsabilidad, la orden de un funcionario público superior o de cualquier otra autoridad pública (punto 3 art. 2º).

A efecto de garantizarse la punición de la tortura, el artículo 4º dispone que todos los Estados partes en el presente Convenio velarán porque los actos de tortura constituyan delito

conforme a su legislación penal, castigándose además la tentativa y la complicidad o participación que pudiera tener cualquier otra persona en su comisión. Las penas que se deberían aplicar deben ser adecuadas atendiendo a la gravedad de los actos.

El artículo 8° (parte I) dispone la obligación de los Estados suscribientes de dicha Convención, de incluir el delito de Tortura como caso de extradición en todo tratado que sobre la materia celebren en lo futuro con cualquier otro país.

Pero de todas las disposiciones legales, las que resultan de mayor interés son las que contienen en los artículos 10 y 11, tendientes a la prevención de la tortura. Así el primero de ellos indica en forma textual: "Todo Estado parte velará porque se incluyan una educación y una formación completa sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la Ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención"; y el artículo II recomienda a todos los países a mantener sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de prisión, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

Las anteriores disposiciones parten, sin lugar a dudas, del hecho de que en la mayoría de los casos, los actos de tortura tienen su origen en la falta del personal adecuado en los medios policíacos y en la falta de personal especializado en las penitenciarias y en todas aquellas Instituciones destinadas para la reclusión de los reos o de los presuntos delincuentes, así también como en la falta de aplicación de métodos científicos en la investigación de los hechos criminales.

III.3.3.- CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.

Retoma en su integridad las ideas contenidas en la Convención anterior, difiriendo como ésta tan solo en la redacción, pues en este sentido se advierte muy superior la primera por ser más claros sus conceptos y por aplicar una mejor técnica jurídica en la exposición.

A efecto de no repetir de manera innecesaria lo que ya se dijo antes, nos concretaremos a exponer sólo aquellos preceptos que representen alguna diferencia. Así, el artículo 2o. define la tortura como:

"... TODO ACTO REALIZADO INTERNACIONALMENTE POR EL CUAL SE INFLIGAN A UNA PERSONA PENAS O SUFRIMIENTOS FISICOS O MENTALES, CON FINES DE INVESTIGACION CRIMINAL, COMO MEDIO INTIMIDATORIO, COMO CASTIGO PERSONAL, COMO MEDIDA PREVENTIVA, COMO PENA O CUALQUIER OTRO FIN. SE ENTENDERA TAMBIEN COMO TORTURA LA APLICACION SOBRE UNA PERSONA DE METODOS TENDIENTES A ANULAR LA PERSONALIDAD DE LA VICTIMA O A DISMINUIR SU CAPACIDAD FISICA O MENTAL, AUNQUE NO CAUSEN DOLOR FISICO O ANGUSTIA PSIQUICA".

Dicha disposición no hace alusión alguna al sujeto activo de dicha conducta, sino que, en artículo por separado, señala como responsables del delito de tortura:

a).- Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo sometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan (art.. 3° inciso "a").

b).- Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometen directamente o sean cómplices (art. 3º inciso "b").

Lo que es realmente innovador de la definición de dicha Convención, es extender la tortura a todos aquellos métodos tendientes a anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la víctima, aunque a consecuencia de la aplicación de los mismos no se cause dolor alguno. Cabrían entre dichos métodos el hipnotismo, la aplicación de ciertas drogas o sustancias tendientes a inducir a confesar a una persona, etc.

III.4.- LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA. (7)

Tiene su origen en lo dispuesto por los artículos 2 y 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratados o penas crueles, Inhumanas o Degradantes, conforme a los cuales, todos los países suscribientes se comprometieron a tomar medidas administrativas, legislativas y judiciales o de cualquier otra índole, a efecto de prevenir y sancionar la tortura. Todo acto de Tormento, incluyendo la tentativa, deberían constituir delitos de conformidad con su propia legislación penal, debiéndose aplicar a los responsables las penas que resulten adecuadas atendiendo a la gravedad de los actos cometidos.

La presente Ley define la tortura de la manera siguiente:

"COMETE EL DELITO DE TORTURA, CUALQUIER SERVIDOR PUBLICO DE LA FEDERACION O DEL DISTRITO FEDERAL QUE, POR SI, O VALIENDOSE DE UN TERCERO Y EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES INFLIGA INTENCIONALMENTE A UNA PERSONA DOLORES O SUFRIMIENTOS GRAVES O LA COACCIONE FISICA O NORMALMENTE, CON EL FIN DE OBTENER DE ELLA O DE UN TERCERO INFORMACION O UNA CONFESION, DE INDUCIRLA A UN COMPORTAMIENTO DETERMINADO O DE CASTIGARLA POR UN ACTO QUE HAYA COMETIDO O SE SOSPECHE QUE HA COMETIDO".

La ley en comentario, ¿ Es realmente preventiva ?

El delito es un mal social y debe existir en el amplio campo de la actividad estatal una rama que se ocupe de combatirlo, pero para ello habrá que distinguir dos momentos: el de la prevención general, anterior a la comisión de todo delito. En este caso resultan de sumo interés la aplicación de los conocimientos de la criminología, tales como: eugenisia, higiene general (física y mental), educación y organización social, etc; y el otro momento el de la represión, cuando ya el delito ha sido cometido, resultando en este caso, como último recurso, la aplicación de las personas y de las medidas de seguridad. (8)

La represión de los delitos corresponde a leyes penales; la prevención, en cambio, corresponde el derecho administrativo.

Por lo anterior, es obvio que la presente Ley está lejos de ser Ley preventiva. Es, y sin lugar a dudas, una ley represiva, y no puede ser de otra manera si nos atenemos a su

contenido: dicha Ley consta de 7 artículos y uno transitorio. Los dos primeros contemplan la figura y la sanción. El tercero no hace sino repetir lo ya señalado en las Convenciones, es decir, que en ningún caso podrá invocarse la existencia de circunstancias excepcionales (como inestabilidad política o urgencia en las investigaciones) que justifiquen el uso de la tortura. El artículo siguiente, es decir el 4° de manera innecesaria señala lo que ya es ampliamente conocido en materia procesal penal, a saber que en ningún caso podrá una declaración (o confesión), obtenido por medio de la tortura, ser invocada como prueba durante la tramitación de un proceso penal. Al respecto, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, en su artículo 275, fracción I, dispone que toda confesión deberá llenar los siguientes requisitos: " Que sea hecha por persona mayor de 18 años, con plena conocimiento y sin coacción ni violencia," lo que resulta bastante claro si consideramos para tal efecto la prohibición constitucional que señala que el reo no podrá ser compelido a declarar en su contra; además de que el aceptar una declaración obtenida en dichos términos se estaría desconociendo la naturaleza humana que, como ya se dijo antes, bajo los efectos de un dolor intenso es capaz de confesarse culpable a fin de que el castigo se interrumpa.

El artículo 6° establece la obligatoriedad para que toda autoridad que tenga conocimiento de un hecho de tortura lo denuncie inmediatamente (y si no lo hace ¿se le podrá fincar responsabilidad?), mientras que el último de los preceptos se reduce a señalar la supletoriedad del Código Penal Federal, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y del Código de Procedimientos Penales Federal.

¿ En dónde se puede encontrar el aspecto preventivo de dicha Ley ? Es fácil deducir que se trata, única y exclusivamente, de una Ley de carácter punitivo.

Haciendo una recapitulación del contenido del presente capítulo y a manera de conclusión, se puede señalar que:

1).- De conformidad con lo que establecen los artículos 19, párrafo tercero; 20 fracción II y 22 párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la tortura se encuentra prohibida en nuestro país de manera categórica e indubitable, tanto dentro como fuera de cualquier procedimiento penal; bien como medio en la investigación de hechos criminosos o a manera de pena judicial, razón por la cual considerar dichos preceptos como antecedentes constitucionales del delito de tortura.

2).- Fuera de la reciente Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, no existe en la legislación penal secundaria de nuestro país ningún antecedente directo, en relación con la nueva figura, pues lo regulado por los artículos 315 (párrafo primero) y 217 (fracción IV), del Código Penal Federal y Local, respectivamente, no se refieren de manera alguna a la tortura que prohíbe la Constitución así como tampoco la que castiga el nuevo delito.

3).- Resulta, por tanto, que constituye el antecedente directo del artículo 215-Bis recientemente agregado a nuestro Código Penal, lo establecido en el artículo primero de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, misma que a su vez tendrá su origen en las disposiciones de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DEL DELITO DE TORTURA

IV.1. CONCEPTO.

Tortura está, por naturaleza, íntimamente ligado al dolor. Este puede consistir en un dolor mental o psicológico; aunque técnicamente, en este último caso se le llama aflicción.

Por lo anterior, la tortura puede define como la acción de aplicar, causar, ocasionar, producir o (como lo señala el artículo 215-Bis de nuestro Código Penal) infligir a una persona, un dolor o una aflicción graves.

IV.2.- CLASIFICACION DEL DELITO.

Atendiendo a la gran diversidad de formas y de medios comisivos que pueden dar lugar a la tortura, tan amplio como la misma imaginación del hombre, resulta pues que todo intento de clasificación se dificulta. Así, por ejemplo, el tormento puede consistir en un acto único e instantáneo (la cercenación o mutilación de un miembro), de varios actos separados de manera temporal (que bien puede consistir el mismo acto reiterado o también actos de diversas naturaleza) y, como una tercera posibilidad, un solo acto pero de tipo permanente, es decir, aquel que se prolonga en el tiempo (coacción moral). Pero lo que se da más en la práctica es la segunda de dichas formas.

a).- Atendiendo a la conducta del agente.- Tenemos que se trata de un delito de acción, pues la figura entre sus elemento señala una conducta: "inflija", del verbo infligir, lo que denota necesariamente un hacer, una actividad o, en otras palabras, reconoce como causa determinante un acto o hecho del sujeto activo (aplicar un dolor o sufrimientos graves).

b).- Desde el punto de vista del resultado.- Según este criterio, los tratadistas distinguen los delitos formales de los materiales. Fernando Castellanos (1) define los primeros como aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo, a diferencia de los segundos que requieren, necesariamente para su integración un resultado objetivo material.(2)

El delito de tortura puede ser encuadrado entre los segundos, pues no importa un peligro abstracto que caracteriza a los delitos formales (portación de arma prohibida), al contrario, implica un resultado: la causación de dolores o sufrimientos a la víctima, independientemente de que a consecuencia de dichos actos se produzcan lesiones o el fallecimiento de la persona.

c).- Por el daño que causen .- se dicen que los delitos pueden ser de lesión o de peligro.

Todo acto de tortura importa una lesión o menos cabo en la salud del agente pasivo; todo dolor o sufrimiento deja huella (aunque ésta tan sólo sea de tipo mental o psicológico) en la persona que lo recibe. (3) Por tanto, el delito de tortura es de los considerados de lesión.

d).- Por su duración.- Ya antes se hizo la aclaración de la diversidad de formas en que se puede realizar la conducta. De ahí que la tortura pueda ser un delito instantáneo, cuando el

1 CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, (Parte General), Vigésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1988.

2 CUELLO Calón, Derecho Penal, Parte General, Volumen I, Novena Edición, Editorial Nacional, México 1973.

3 De alto grado de antisociabilidad del delito de tortura se localiza, además de los bienes jurídicos de que es violatorio, en las secuelas que deja en el torturado. Los estudiosos han puesto de manifiesto que los daños que recibe una persona que ha sido objeto de tortura suelen ser difíciles de superar. Así, una vez liberados, con frecuencia las víctimas requieren de un tratamiento integral, es decir: un auxilio social, médico y psiquiátrico. Las secuelas, tanto inmediatas como mediatas, suelen resultar graves. La lesión psicológica al punto de alterar la identidad y la individualidad del afectado.

De la Barreda Solórzano, citando estudios hechos en varios países, señala: " De doscientas víctimas examinadas en Toronto, un considerable segmento sufre de una década después del maltrato, jaquecas, insomnio, pesadillas ". Estudios realizados en Estados Unidos revelaron que varios pacientes de los tratamientos, encuentran severa dificultad de concentración mental, recuerdan cotidianamente el tormento sufrido, presentan síntoma de paranoia-creen que sus verdugos los persiguen aún, sufren culpa por haber proporcionado datos bajo tortura que facilitaron la captura de compañeros o amigos.

tormento se aplica en un sólo acto; un delito permanente, si el tormento es de tal naturaleza que se prolongue en el tiempo, como ocurre en tratándose de una coacción de tipo moral; o bien un delito continuado, cuando la tortura se realiza en varios actos, separados, unos de otros en el tiempo, pero con la finalidad común: causar un dolor o sufrimiento para obtener una confesión o información. Lo anterior pueda traer como consecuencia un problema de carácter técnico-jurídico, a saber: la determinación del momento en que se consuma el delito de tortura, que trataremos más adelante.

e).- Por elemento interno o culpabilidad.- Los penalistas distinguen los delitos culposos de los dolorosos, pero en ocasiones se marca una tercera categoría: los preterintencionales. En este sentido resalta bastante claro de que la tortura es un delito doloroso, pues la Ley exige que los dolores o sufrimientos graves sean infligidos "intencionalmente", es decir, se requiere, por parte del sujeto activo, la voluntad de querer realizar el acto, el conocimiento de éste es antijurídico y, además querer o aceptar el resultado. (4)

f).- Por el número de sujetos que intervienen en su comisión. Se trata de un sujeto unisubjetivo, pues la Ley no señala que se requiera de la intervención de dos o más personas, simplemente dice "cualquier servidor público...", lo que implica que si intervienen en su comisión dos o más personas, y deberá responder cada uno de ellos, de conformidad con las reglas de participación.

g).- Por la forma de su persecución.- La tortura es perseguible de manera oficiosa. El texto del artículo 215-Bis no señala en ningún momento sea perseguible por querrela o a instancia de parte ofendida, razón por la cual deberá aplicarse al respecto el principio general de que si la ley no señala que un delito sea perseguible por querrela, se considerará que lo es de manera oficiosa.

La Ley Federal para prevenir y sancionar la Tortura reputa de manera tácita la oficiosa de la tortura al disponer, como obligación de toda autoridad que tenga conocimiento de un acto violatorio de dicho precepto, lo denuncie de manera inmediata ante la autoridad competente (artículo 6).

h).- Clasificación Legal.- Nuestro Código Penal incluye a esta figura en la sección cuarta, título primero (Delitos contra la vida y la Salud Personal), capítulo primero (homicidio y lesionales).

IV.3.- LA CONDUCTA.

Como de manera acertada señala Villalobos, "Sería ocioso, en la actualidad, insistir argumentando para demostrar que los delitos solamente han de buscarse en la conducta de los hombres y no entre las bestias ni en los hechos de la naturaleza" de los delitos serán siempre actos humanos, en una realidad que ya nadie discute.

Pero no es delito cualquier acto del hombre; requiérese que éste tenga la calidad de trascendente para el derecho y que además resulte de una manifestación de voluntad. En ese orden de ideas, ciertos tratadistas, en un intento de precisar el alcance de dicho concepto, están de acuerdo señalar que no obstante de que ocurre en el hombre, no son actos del hombre todas aquellas funciones netamente biológicas, como la respiración o la digestión; tampoco lo son los movimientos reflejos, pues el verdadero actuar del hombre lleva implícito la puesta en práctica de un pensamiento o de un deseo, por lo que puede concluirse que todo acto humano es, necesaria y evidentemente, una manifestación de voluntad. Ahora bien, a efecto de distinguir entre la simple voluntad requerida para el acto y la intención, se ha

marcado la siguiente diferencia: en la primera basta la voluntad encaminada al movimiento (la acción de aprehender un objeto), mientras que la intención está conectada al resultado.

Para designar la conducta se ha hecho uso de los siguientes términos: acción o hecho, lo que atiende al criterio personal de cada autor. Nos parece, sin embargo, más adecuado usar el término conducta adheriéndonos para tal efecto a Castellanos pues dentro de ella cabe tanto el hacer positivo (acción) como el "hacer" negativo (comisión).

IV.3.1.- LA CONDUCTA SEGUN EL DELITO.

En el caso de la Tortura la conducta es "infligir dolores o sufrimientos graves o la coacción física o moralmente".

Infligir significa aplicar, producir, imponer, causar, inferir, etc; que como todo verbo implica una acción, es decir es decir un actuar positivo. En este caso los conceptos dolor o sufrimiento se usan como sinónimos. Por otro lado, coacción equivale a imposición costreñir u obligar a una persona o un actuar (activo o pasivo)en contra de su voluntad.

Cuando en el texto del delito se mencionan dolores o sufrimientos "graves", surge entonces la duda de cuál deberá ser el alcance de dichos término. Para nosotros el concepto de gravedad debe ser establecido en atención a si dichos dolores o sufrimientos son susceptibles de poner en peligro o causar un daño en la salud o en la integridad física de la persona, tanto más si con ello se pone en peligro la vida de la víctima o, también, si implican un menos cabo en su personalidad. Por tanto, la gravedad deberá establecer en función de los siguientes criterios:

a).- Cuando dichos dolores o sufrimientos fácticamente puedan representar un peligro para la vida, la salud o la integridad física o psicológica de la persona, es decir como un posible efecto potencial, mismo que no deberá quedar al punto de vista subjetivo del jugador, sino dictamen que para tal efecto emita un perito médico o psiquiatra.

b).- Cuando dichos dolores o sufrimientos no se queden en el plano de lo potencial, sino que real y efectivamente hayan causado un daño - sea este físico o psicológico - en la víctima. Para tal efecto servirá el dictamen que sobre dichas lesiones emita el perito médico.

De los anterior podemos deducir que no se considerará dolores o sufrimientos graves, por lo tanto tampoco serán punibles, todos aquellos actos que no reúnan dichos requisitos. No paran de ser simples molestias y nada más.

Los comentarios, hechos son relevantes ya que el nuevo delito no exige la causación de un resultado, pues sólo habla de infligir "intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves o la coacción física ó moralmente", sin esperarse resultado ninguno de la aplicación de dichos actos. Y es que se está castigando la Tortura por ser un acto antisocial que pugna con los derechos fundamentales que tiene todo hombre, independientemente de aquellos otros delitos que pudieran surgir como consecuencia de los medios usados, tales como las lesiones, el secuestro, el abuso de autoridad, el homicidio, etc.

La tortura se encuentra íntimamente ligada al dolor o sufrimiento en cualquiera de sus formas, pues es este último el medio que sirve para vencer la resistencia del torturado puede extenderse a todos aquellos actos consistentes en la aplicación de métodos que no causen dolor a la víctima pero sí representan un menoscabo o anulación, aunque sea temporal de su personalidad. Son ejemplos de dichos métodos la aplicación de ciertas sustancias químicas

en el organismo que induzcan a la persona a revelar secretos, confesar o simplemente a revelar ciertos hechos, etc; o también hacer uso de la hipnosis con los mismos fines.

La convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no dudó incluirlos como actos de tortura en el texto de su artículo primero. (5). En ese mismo sentido se ha manifestado Villalobos (6) al señalar: "En otras partes se usan las drogas o los medios hipnóticos para lograr o para confeccionar (sic) la " confesiones " que se desean, lo que en algunos casos confirma la observación sobre que la delincuencia evoluciona pasando de la violencia al fraude..." Nosotros nos manifestamos acorde con dicha corriente. La tortura si bien es cierto que tiene como su principal aliado al dolor como medio para la consecución de sus fines sin embargo no puede reducirse a éste. Nos parece por tanto un desacierto de nuestra legislación (federal y local) el no haber contemplado dicho supuesto.

IV.3.2.- MEDIOS COMISIVOS.

Al respecto la ley no exige el uso de un medio comisivo en particular es la comisión del delito. Deja abierta la posibilidad para que el sujeto se auxilie de cualquier instrumento, de cualquier método o procedimiento susceptible de causar un dolor o aflicción. Este constituye un acierto del legislador ya que hubiera resultado más que imposible prever las infinitas posibilidades que existen para consumir el delito: antes bien creemos que si por error hubiera hecho mención a dichos medios hubiera dado lugar a serias complicaciones.

5 Dicho artículo señala " Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

6 VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1975.

IV.3.3.- DOLOSIDAD DE LA CONDUCTA.

La naturaleza dolosa de la conducta está bastante clara al designar que: "Comete el delito de tortura, cualquier servidor público del Estado o de los Municipios que... inflige intencionalmente" una persona dolores o sufrimientos graves...". Lo anterior cierra toda posibilidad de que la tortura pueda cometerse de manera culposa o preterintencional, pues ello implicaría estar en plena contradicción con otro elemento de la figura: la finalidad.

Según Villalobos, la esencia del dolo radica en la voluntad que actúa sobre un conocimiento real o integral del acto. Querer el acto supone conocerlo previamente. La Ley no exige que el sujeto tenga un conocimiento técnico jurídico del acto que realiza, es decir no necesita saber que es imputable y que está obrando dolosamente; pero sí interesa que tenga conocimiento aunque sea rudimentario de la antijuricidad de su proceder, así también como prever los efectos o el resultado que ha de producirse. Por tanto podemos afirmar que en el tipo legal de tortura no tiene cabida la culpa o la preterintención.

IV.4.- EL FIN ULTIMO QUE SE PERSIGUE.

Se reconoce que la intención, el querer o la voluntad es esencial para la integración del dolo (7). Ahora bien, el hecho de que el tipo exige una finalidad en la conducta, implica que no basta por tanto querer realizar el acto, es decir infligir dolores o sufrimientos; es menester que dicho actuar se encuentra encaminado a un fin. Pero no a cualquier fin, sino única y exclusivamente a los que la ley de manera legislativa enumera, Por tanto, si se realiza la

conducta pero no existe una finalidad de las señaladas por la Ley, simplemente no se estará cumpliendo con los requisitos del tipo y por tanto no habrá delito a perseguir. Claro está que la conducta podría ser encuadrada en cualquier otro tipo, pero no en lo que el delito de tortura corresponde.

La Ley admite las siguientes finalidades que deben perseguirse con la aplicación del tormento:

- 1.- Obtener de la víctima o de un tercero, una información o confesión:
- 2.- De inducir a la persona a la realización de un comportamiento determinado.
- 3.- Castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.

Respecto a la primera ya se han hecho algunos comentarios a lo largo del presente trabajo, por lo que sólo diremos que es la que mayor incidencia tiene en los medios policíacos. Centraremos pues, nuestra atención en los dos restantes.

Con el fin de obtener de la persona un comportamiento determinado.- La finalidad resulta ser bastante amplia. Dicho comportamiento abarcaría tanto un hacer positivo (una acción) como un "hacer" negativo (una abstención), por tanto en este apartado cabrán un sin número de actos. Pero claro está que deberán omitirse todos aquellos que por sí mismos constituyan un delito diferente al de tortura, de conformidad con lo que establece nuestro Código Penal, tal es el caso del abuso de autoridad.

Castigarla por un hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido.- Actualmente ya no se discute la importancia de la imposición de las penas por la comisión de un ilícito

penal es una función exclusiva del Estado. Pero no siempre fue así. Recuérdese que en el campo de las ideas penales hubo que transcurrir un largo trecho lleno de injusticias, dolores y sufrimientos antes de que el Estado adquiriera plena conciencia de su personalidad Jurídica y de su misión. Es entonces que se advierte que todo delito, incluso los llamados privados, representan un ataque a la paz social y al orden público. (8). No era adecuado, pues, dejar a los particulares la impartición de la justicia penal, habiendo así el Estado recuperado una de sus más importantes cometidos. El contribuyente así lo marcó en el artículo 21 Constitucional. Es así como el presente apartado se pretende evitar el resurgimiento de la venganza, sea ésta pública o privada, pues es el Estado, a través de sus órganos creados para tal objeto, el único legitimado para imponer penas. No puede por tanto el funcionario o el servidor público, amparado en los poderes o facultades por éste conferidos, hacer justicia por su propia mano, sin que medite un juicio penal seguido ante tribunales generales y previamente establecidos a la comisión del hecho (artículo 13 y 17 Constitucionales).

IV.5.- LA TIPICIDAD.

El artículo 11 del Código Penal para el Estado de Guanajuato define, como ya lo hemos mencionado, al delito como la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible. Pero en este subtema solo nos enfocaremos en el primero de sus elementos, es decir en la tipicidad.

Ante la imposibilidad de prever todos y cada uno de los supuestos a que puede dar lugar una actitud antijurídica y a efecto de que por dichas lagunas de la ley penal tales conductas quedaran impunes, es que se ha pretendido crear fórmulas generales que permitan englobar el

mayor número posible de actos antisociales o punibles. Los tipos penales pretenden ser dichas fórmulas. De ahí que se diga que el tipo de la descripción esencial, objetiva, de un acto que, si fue cometido en condiciones ordinarias, la ley considera delictuoso. (9)

La tipicidad de una conducta será, pues, el encuadramiento que de la misma se haga en relación con la fórmula general que el tipo describe. Una conducta cualquiera se considerará típica cuando se le puede incluir dentro del marco, es decir, dentro de los supuestos que para tal efecto señala el tipo.

IV.5.1.- ELEMENTOS DEL TIPO.

Siendo elementos del tipo: primero, el agente del delito cuya actuación fue la que dio origen a la conducta, llamado también sujeto activo del delito; según, el acto, positivo o negativo, que constituye el núcleo del tipo; y tercero, el complemento que bien puede ser un objeto o una cosa. Puesto que ya se hizo el estudio de la conducta, procederemos a entrar en el estudio del primero y tercero de dichos elementos. (10)

A) LOS SUJETOS.

a).- Sujeto activo.- El artículo 215-Bis señala textualmente: "comete el delito de tortura cualquier servidor público del Estado o de los Municipios...", lo que implica que el sujeto activo de dicho delito es calificado.

⁹ VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1975.

¹⁰ Algunos tratadistas, entre ellos Porte Petit, hacen una clasificación de los elementos del tipo, distinguiendo entre elementos objetivos y normativos.

La pregunta que surge es: ¿ Qué debe entenderse por servidor público ? es decir, ¿ el concepto está ligado exclusivamente a la existencia de una relación laboral con cualquier órgano del Estado o de los Municipios o atendiendo a la naturaleza de la actividad? en otras palabras, ¿ es un concepto formal o material ?.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en el título relativo a los delitos contra la Administración Pública hace uso de los términos "funcionario" y "servidor" público como sinónimo. Así tratándose de los delitos de cohecho, peculado y concusión hace uso del primero de dichos términos; pero en el delito de enriquecimiento ilícito usa la palabra servidor público. Al respecto Cardona y Ojeda tampoco hacen distinción alguna señalando además que la acepción más aceptada en la doctrina, en lo que a servidor público se refiere, es vincularlo con cualquier empleo o cargo, que éste por elección o por nombramiento en cualquiera de los poderes centralizados del Estado, haciéndose extensible dicho concepto a los empleados de órganos de centralizados y aún a los de las paraestatales.

Por su parte, el artículo 212 del Código Penal Federal, al referirse a los delitos contra la Administración Pública señala: "Para los efectos de éste título y el subsecuente es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal Centralizada o del Distrito Federal, Organismos Descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones o sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión o en los Poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal o que manejen recursos económicos federales". La definición anterior es de carácter formalista ya que hace depender el concepto "servidor público" de la relación laboral que se tenga con el Estado o con alguno de sus órganos".

La Ley Penal, sin embargo, ha hecho caso omiso a esa distinción, asimilando ambos términos como sinónimos, quizá no por ignorancia del legislador sino para evitar problemas

de carácter doctrinal en un campo perteneciente al derecho administrativo. Razón por la cual nos inclinamos, y al parecer en ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en que el concepto de servidor público o funcionario público atiende a la naturaleza de la actividad que se realiza (11), incluyéndose por tanto dentro de dicho concepto desde el empleado más humilde hasta el superior jerárquico de cualquiera de los poderes estatales o de los municipios, órganos descentralizados o empresas paraestatales, pero siempre referidos a la prestación de un servidor público.

La Ley exige otro requisito más en relación con el sujeto activo, a saber: que éste se encuentren en ejercicio de sus funciones al momento de la comisión del ilícito. Por tanto, si por algún motivo el sujeto activo inflige a una persona dolores o sufrimientos graves, la coacción física o moralmente, con cualquiera de las finalidades que la ley señala, pero no se encuentra en funciones, por encontrarse de vacaciones o goza de licencia para faltar a su cargo, o por cualquier otro motivo, por ese simple hecho se estará cumpliendo con dicho requisito y por tanto la conducta será atípica en cuanto al delito de tortura se refiere. Sería atípica de la misma manera, en los siguientes supuestos: que la persona inicie funciones públicas de hecho pero que aún no tenga la categoría de funcionario por no habersele extendido hasta el momento el nombramiento. (12)

11 Jurisprudencia. Usurpación de funciones, concepto de funcionario en el delito de Funcionario Público es el que ejerce una función pública y por función pública debe entenderse toda actividad que realice los fines propios del Estado. Es cierto que tradicionalmente se ha distinguido el Funcionario Público, entendiéndose por empleado público la persona que pone su actividad en servicio del Estado, a cambio de una retribución determinada y es obvio que un trabajador de íntima categoría que presta su actividad al servicio del Estado, sin ejercer funciones públicas, esto es, sin actuar a nombre y en interés del Estado, no tienen carácter de funcionario público, aun cuando sea empleado público. Ello no significa, sin embargo, que las funciones que ejercen una función pública de naturaleza modesta no puedan tener el carácter de un funcionario público, pues no interesa la entidad de la función, sino el carácter público de ésta (Seminaro Judicial de la Federación; Sexta época, Volumen CXXXVII, Segunda Parte, Tests 1242, visible a fojas 551, Cárdenas Editorial 1972).

12 Dicha conducta se encuentra tipificada por el artículo 214, Fracción I, del Código Penal Federal, bajo el nombre de "Ejercicio indebido de Servicio Público". Nuestro Código Penal no lo contempla.

Ahora bien, de conformidad con el carácter doloso de la conducta y con las reglas que a este rigen, se exige que el agente del delito tenga conocimientos de su calidad como funcionario. Se nos ocurre así la posibilidad de que este conozca, por no haber sido informado a tiempo, de que ha sido suspendido o dado de baja en su cargo. También se nos ocurre el caso de que aquellos sujetos que en el ambiente de la policía judicial, llevan el mote de "madrinas", que no pertenecen de derecho a dicha corporación, pero no es raro que en la práctica realicen actividades y funciones propias de un policía judicial bajo la tutela de un agente reconocido. Está claro que en dichos casos, si el sujeto realiza la conducta, no procedería en su contra un juicio penal por lo que al delito de tortura se refiere, por no encontrarse satisfecho uno de los requisitos del tipo; sin embargo se les puede procesar por el delito que resultare, tal como lesiones, homicidio, privación ilegal de libertad, secuestro, etc.

b).- El Sujeto Pasivo.- La ley no exige ninguna cualidad específica al sujeto pasivo por lo que, atendiendo al principio de que la ley no distingue, no hay que hacer distinciones, el ofendido en esta figura puede serlo cualquier persona. Además, tampoco se estipula pluralidad de sujetos pasivos (la tortura es un delito unisubjetivo pasivo), por lo que atendiendo a lo anterior, cuando en un caso determinado haya varios sujetos que resulten víctimas de la tortura, habrá tantos delitos como sujetos pasivos hubiere.

IV.6.- ATIPICIDAD.

La atipicidad es el elemento negativo de la tipicidad. Es decir, es la ausencia de ésta. Por lo tanto, la atipicidad se define como la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. (13) Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

La conducta puede ser atípica en los siguientes casos:

a).- En relación al sujeto activo.- Cuando no cumpla con la cualificación que señala la ley, es decir que no sea un servidor público del Estado o del Municipio; o también, siéndolo, no se encuentre en ejercicio de sus funciones al momento de realizar el acto.

b).- En cuanto a la conducta.- Cuando con ésta no se persiga alguna de las finalidades que de manera limitativa marca la ley; o también, cuando los dolores o sufrimientos inferidos no sean graves, sino simples molestias.

c).- Aspecto interno.- Cuando no se pruebe la existencia de la dolosidad de la conducta, siendo que el delito de tortura es netamente doloso en su comisión .

IV.7.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

a.- Objeto material y objeto jurídico.

La mayor parte de los penalistas distinguen entre el objeto material y el objeto jurídico del delito. Así se ha dicho que el primero lo constituye la persona o cosa sobre la que se produce el delito, el segundo es de derecho, el bien o el interés jurídicamente protegido. Para Von Liszt, el bien jurídico es el interés protegido por el derecho.(14)

Resulta fácil en la mayoría de los casos, identificar el objeto material del delito; éste se refiere a una persona individual y concreto, como centro de la conducta delictiva. Pero no es así en tratándose del bien jurídico. Y es que en, ocasiones, la manera en que se encuentra estructurado el tipo no da una idea clara de aquello que pretende proteger. Por ejemplo, se ha discutido sobre el cuál es el bien jurídico que se protege con el delito de estupro, si es la honestidad, la libertad sexual, la inexperiencia sexual, etc.(15)

b.- El bien jurídico protegido y la clasificación legal de los delitos.

En el interés jurídico el que ha servido de fundamento para clasificar los delitos en especie y ordenarlos de manera lógica en la mayoría de los Códigos Penales. Pero lograr una agrupación más adecuada se ha recurrido, primeramente, al sujeto pasivo de la conducta; es así como los diferentes Códigos agrupan, en apartados, por separado, los delitos contra las personas, delitos contra el Estado, delitos contra la familia, etc; y entre los delitos contra la persona, retomando el criterio del bien jurídico que se protege, distingue entre aquellos que afectan la vida y la salud, los que vulneran la libertad, delitos contra el honor, delitos contra el patrimonio, etc.(16)

Además la clasificación de los delitos conforme al bien tutelado resulta importantísimo para la comprensión de ciertas figuras penales, pues el sentido de éstas varía aun empleando la ley las mismas palabras, según tienda a la protección de uno u otro bien jurídico.

c.- Concurso de delitos y el bien jurídico.

La determinación del bien jurídico que protege un delito cualquiera resulta ser de gran importancia técnica ya que será en atención al mismo en que podrá decidirse sobre la

existencia o inexistencia de un concurso ideal entre dos o más delitos. Así, por ejemplo, y adelantandonos a un tema que después se expondrá, si del análisis de la nueva figura se concluye que el bien que protege lo es la vida, entonces tenemos que no podrá castigarse al responsable por ambos delitos, es decir, por tortura y por homicidio, pues tendría que ser castigado exclusivamente por solo uno de ellos, bien por el homicidio o por la tortura. Si se le castigara por ambos, no obstante la identidad del bien jurídico, entonces se violaría el principio de que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito contrariando así el artículo 23 Constitucional.

d.- El bien jurídico tutelado por el delito de tortura.

El artículo 215-Bis, que contempla dicho delito, quedó integrado en la Sección Cuarta, Título primero, Capítulo Segundo de nuestro Código Penal, es decir entre los " Delitos contra las personas " que vulneran la vida y la salud personal, concretamente en el apartado que corresponde al delito de lesiones. Sobre si dicha clasificación es adecuada, constituye el centro de las ideas que a continuación se desarrollan y las cuales motivaron a la realización de este tema.

Puesto que el Legislador de nuestro Estado ubica la nueva figura entre los delitos que vulneran la vida y la salud, por tanto se puede afirmar, de conformidad con nuestro Código, que el delito de tortura tutela, o bien la vida o la salud de las personas.

En efecto, como ya se dijo, la aplicación de actos de tortura puede dar lugar a un resultado, que bien puede ser lesiones y hasta la muerte de la víctima. Sin embargo, resulta extraño que la nueva figura no exija un resultado como requisito indispensable para la integración del tipo no obstante de haber sido ubicado entre los delitos que vulneran la vida y la salud y que requieren de un resultado material, como el homicidio y las lesiones .

El texto del artículo 215-Bis dispone: "Comete el delito de tortura cualquier servidor público del Estado o de los Municipios...que inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves o la coaccione física o moralmente...", con lo que se requiere dar a entender que el delito se consuma una vez satisfechos los demás elementos del tipo en el momento mismo en que el sujeto activo realiza, en contra del pasivo, cualquiera de los actos anteriores. Así pues, el resultado que pudiera desprenderse de la conducta no forma parte de ésta, razón por la cual su castigo se deberá de hacer de conformidad con los delitos que resulten. Así el artículo 2º, párrafo 1º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone: "Si además de tortura, resulta delito diverso, se estará a las reglas del concurso de delitos".

Surge así las siguientes preguntas:

- 1).- ¿ Son la vida y la salud los bienes jurídicos que se tutelan en el delito de tortura?.
- 2).- ¿ O por el contrario, toda vez que el delito no exige un resultado, son otros los bienes jurídicos que se protegen?.
- 3).- Pero, ¿Cuáles son dichos bienes jurídicos?.

Dar respuesta a dichas preguntas no es tarea fácil ni mucho menos sencilla.

A efecto de seguir cierta hilación lógica en la exposición , iniciaremos descartando aquellas hipótesis que la simple lectura del texto legal pudiera sugerirnos pero que resultan ser apreciaciones incorrectas, según se irá demostrando, para finalmente obtener una conclusión que nos determine de manera clara el o los bienes jurídicamente tutelados por esta norma penal.

No es la integridad física o la salud de la persona (sujeto pasivo) el bien que se tutela, pues éstos se encuentran protegidos por la figura de lesiones, contemplado por el artículo 206 y

siguientes de nuestro Código Penal local. Cualquier daño que se infiera a la persona en su integridad física o en su salud, sea inferido por un particular o por un servidor público, no queda comprendido en el texto legal que se comenta; pues no debe olvidarse que es posible infligir dolores o sufrimientos graves o coaccionar a una persona sin afectar, en lo mínimo, su salud física.

Tampoco es la vida el bien jurídico protegido. Este se encuentra tutelado por el delito de homicidio, descrito y sancionado por los artículos 201 y siguientes de nuestro Código Penal vigente en nuestro Estado. Además, al igual que las lesiones, es un resultado que no puede darse.

Por otro lado, si aceptáramos que el bien jurídico que se tutela en el delito de tortura lo es la vida o la salud, entonces se presentaría la siguiente situación: Si de la aplicación de tortura se desprende un resultado lesivo, tal como la provación de la vida o afectación en la salud física o mental de la víctima, entonces no podría castigarse al responsable por ambos delitos, es decir por tortura y lesiones o por tortura y homicidio, por existir identidad en el bien jurídico tutelado. Hacerlo implicaría violar el artículo 23 Constitucional que dispone: "... Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene." "Por tanto, se podrá castigar al responsable por uno y otro delito, pero jamás por ambos".

De lo anterior se puede desprender la siguiente conclusión: El legislador de nuestro Estado incurrió en error al considerar que el delito de tortura es violatorio del derecho a la vida y a la salud personal.

Además de resultar injusto que el culpable en la comisión del delito y habiendo resultado muerta la víctima, se le castigara tan solo por la tortura, cuya penalidad se encuentra muy por

debajo de la correspondiente al homicidio simple intencional (recuérdese que en el homicidio simple la aplicación de tormentos a la víctima constituye una calificativa, por lo tanto la penalidad es mayor). Por otro lado, puesto que ya existe el delito de lesiones y de homicidio en sus diversas variantes, no vemos por tanto la necesidad para la creación de una nueva figura penal que le sea encomendada la tutela de los mismos bienes jurídicos. Nuestro punto de vista es más bien en el sentido de que el legislador tuvo la idea de crear un nuevo delito, autónomo de los ya existentes y con características propias, que independientemente del resultado fáctico a que pudiera dar lugar; castigara la conducta por constituir ésta un acto de elevada antisocialidad.

¿Pero, si no es la vida y la salud los bienes jurídicos que se tutelan, entonces cuáles son?.

Estaremos en presencia de una nueva figura penal cuyo interés jurídico tutelado no es único, sino múltiple, es decir: se trata de un tipo penal tutelador de varios bienes jurídicos de la persona. Con esto adelantaremos que el sujeto pasivo de la conducta no es el Estado, la Sociedad o la Administración pública del Estado o de los Municipios. En este sentido estaremos conformes en que el delito de tortura haya sido incluido entre aquellos que vulneran los derechos de la persona.

El primer gran derecho que se viola con la tortura es la libertad. Cuando se tortura para conseguir una información o una confesión se está comprimiendo la libertad de la persona para manifestarse, independientemente de que se consiga o no el fin buscado. Es verdad que la tortura no siempre consigue la finalidad de obtener la información o la confesión deseada, pues a ella se opone una resistencia interna, que en ocasiones determina la negativa a manifestar lo que el torturador quiere, a pesar de los sufrimientos infligidos. (17) Bajo el

influjo del dolor o la coacción el libre albedrío no puede ser ejercido óptimamente, pues si no se informa o no se confiesa no es, exactamente, porque el torturado o el tercero se le haya respetado su derecho a manifestarse.

Se está empleando en este caso el término libertad no en su concepto filosófico sino como lo entiende el derecho: Como la autonomía privada de la voluntad encaminada a la autodeterminación de la persona. Así no se niega el condicionamiento de que es objeto el hombre desde que nace, bien por factores biológicos, sociales, económicos, políticos, etc; sin embargo, dentro de dichas limitaciones, el derecho le reconoce a la persona un cierto ámbito de libertad. Es ese marco de libertad el que resulta violado en la tortura.

Pero no es sólo el derecho a manifestarse libremente lo que resulta vulnerado con la comisión del nuevo delito. En efecto, cuando el texto legal señala como finalidad perseguida la tortura, el incidir a la persona a un comportamiento determinado, se está refiriendo entonces a la libertad que tiene está refiriendo entonces a la libertad que tiene ésta para conducir sus actos. En otras palabras, cuando el sujeto activo del delito persigue con la tortura el obligar a la persona asumir un comportamiento determinado (que puede ser una acción o una omisión), entonces se está vulnerando la libertad de acción del torturado. Soló de esta manera se comprende lo que asienta en la exposición de motivos el legislador local al decir: "Entre los derechos y libertades fundamentales de la persona humana, el que, siempre, más ha sufrido los embates de la actividad represiva, es el de la libertad personal, cuya privación constituye una de las más graves irrupciones en la esfera de los derechos humanos...".

Al obligarse al torturado a rendir una declaración u otorgar una información en contra de su voluntad, se está violentando una garantía que éste tiene de conformidad con lo que el artículo 20 fracción II Constitucional dispone en el sentido de que el acusado, dentro de cualquier

causa del orden criminal, "no podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto".

En cuanto a las garantías de seguridad jurídica que resultan violadas con la tortura son varias: el derecho a una adecuada defensa, el derecho a que se le juzgue conforme a derecho, etc.

A nadie se le escapa que la tortura se aplica a un detenido incomunicado. Así, según los informes rendidos por Amnistía Internacional, la tortura normalmente se lleva a cabo en la clandestinidad, en lugares oscuros y apartados, por lo que al dolor de los tormentos aplicados, se aumenta la zozobra del torturado al sentirse aislado del resto del mundo, a completa merced de sus enemigos.

Normalmente, según señala la experiencia los actos de tortura se llevan a cabo a las pocas horas o en los primeros días de la determinación, antes de que el acusado se ponga a disposición de la autoridad judicial.

Es así como la incomunicación reviste una extraordinaria importancia, pues, como lo señala Luis de la Barrera Solórzano si el detenido está imposibilitado de entrar en contacto con un médico, amigos o compañeros, carece de toda posibilidad de defenderse, convirtiéndose en un ser absolutamente vulnerable sus captores disponen de su suerte. ¿Que defensa puede tener el torturado ante dicha situación ? al parecer ninguna. Es por eso que la Constitución Política, aunado al tormento, prohibió terminantemente la incomunicación del acusado (Artículo 20 Constitucional). En ese mismo sentido se declara el legislador local en su exposición de motivos al decir: "Y es que, del hecho mismo de la privación el detenido se encuentra en la

situación de gran inseguridad, cuando no de completa indefensión ante la posible comisión por parte de los servidores públicos, de violaciones particularmente graves contra sus derechos". O también cuando señala: "Es indudable que a través de su detención el individuo se encuentra prácticamente a merced de la autoridad ya que sólo de manera limitada podrá defender sus derechos durante la misma".

Cuando con los tormentos se persigue castigar a la persona por actos que haya cometido o se presume que a cometido, entonces lo que resulta violado es el derecho a la seguridad jurídica que tiene toda persona en un estado de derecho, traducido en el principio Constitucional de que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial (Artículo 21 Constitucional), previa causa penal seguida por el delito de que se le acuse.

Con lo anterior se pretende evitar que cualquier servidor público, bien sea del Estado o del Municipio en ejercicio equivocado de las funciones que le han sido encomendadas por la Ley, imponga penas y las haga efectivas sobre los particulares, careciendo de dificultades para ello y escudándose tan solo en el cargo que sustenta.

No escapa tampoco, al análisis que se hace al delito de la tortura, que en muchas ocasiones ésta se traduce en actos que en sí mismos constituyen una ofensa a la dignidad humana.

Como lo ha sostenido la Amnistía Internacional, "La tortura, independientemente del propósito que con ella se persiga, es una agresión calculada a la dignidad humana, y ya por esa sola razón merece una condena absoluta. Nada niega más nuestra más común condición humana que el hecho premeditado de causar dolores y humillaciones injustificados e injustificables, aun cautivo indefenso".(18)

¿Que se entiende por dignidad humana?

En el dicho de Luis de la Barreda Solórzano, "La dignidad del hombre implica el respeto absoluto, riguroso a una serie de factores que configuran su condición humana", es decir, tratar a cualquier hombre como lo que es: es un miembro de la "familia" humana con derechos comunes a todos los demás. Respetar la dignidad del acusado es reconocer su calidad de hombre.

Pues bien, la tortura lesiona esta dignidad. Porque se somete a un ser humano a sufrimientos que exceden lo que su humanidad hace tolerable, martirizando el cuerpo o la mente de manera cruel y despiadada, porque se le quita el carácter de sujeto protagonista en un procedimiento penal y se le consigna. Porque con la coacción si libertad se comprime. Porque el ser torturado no tiene posibilidad alguna de defensa, de apelación, de rebeldía". (19)

En cuanto a la función pública, nos preguntamos si el delito de tortura constituye una violación a la función pública que realiza el Estado a través de los servidores públicos.

En efecto, entre los bienes jurídicos tutelados se encuentra la función que realizan los servidores públicos, bien sean éstos del Estado o de los Municipios, Es así como se dice que la tortura es violatoria de la legalidad y legitimidad del ejercicio del poder político.

Lo anterior se comprende si estimamos que el deber jurídico penal está dirigido, en exclusiva, a los servidores públicos. El particular que realice las conductas típicas descritas por el artículo 215-Bis del Código Penal para el Estado de Guanajuato no comete el delito de tortura.

Ahora bien, se dice que todo servidor público es un detentador del poder político, ya que el Estado, a efecto de que pueda ejercer las funciones públicas encomendadas, le otorga los medios o instrumentos, jurídicos y materiales, que resulten necesarios. Es así como el artículo 42 del Código de Procedimientos Penales vigente en nuestro Estado autoriza para que el Ministerio Público durante la integración de la Averiguación Previa, o a la autoridad judicial durante el desarrollo del procedimiento, hacer uso de ciertas medidas de apremio para hacer cumplir sus determinaciones, entre las que se encuentran pedir el auxilio de la fuerza pública (fracc.II) o el arresto hasta por 36 horas (fracc.III).

En nuestro sistema Constitucional, todo poder político tiene que ver con alguno de los poderes a que se refiere el artículo 39 de la Constitución: el legislativo, el ejecutivo, el judicial. (20) La actividad pública se encuentra regulada y reglamentada.

El poder político debe ser ejercido, por disposición constitucional, dentro de los límites de la legalidad. Si se ejerce al margen de esos límites, aparece el abuso del poder.

Pero nuestro sistema jurídico ha ido más lejos, pues conforme al mismo, la actuación de los servidores públicos no sólo ha de ser legal, sino que además debe ser legítima. Esto implica que los actos de los servidores públicos se realicen en beneficio del pueblo.

En nuestra Constitución la legalidad se encuentra consagrada legalmente en el artículo 39, el cual señala textualmente: "La soberanía nacional reside esencialmente y originalmente en el pueblo y se instituye para beneficio de éste...". Las diversas disposiciones normativas del sistema de legalidad que contraríen es norma constitucional, además de resultar inconstitucional serán ilegítimas.

La conducta, el acto de tortura, no afecta tanto a la Administración Pública como a la persona misma. Señalar que la primera resulta más lesionada jurídicamente en la comisión del ilícito penal y por tanto dicho bien jurídico sobresale, por su relevancia, sobre los demás, es tanto como restar importancia a derechos tan altos de la persona humana como lo es la libertad. Es decir si le otorgamos la primacía a la protección de la función pública sobre el resto de los bienes jurídicos personales que resultan lesionados con la tortura y, como consecuencia, se tuviera a la administración pública, Estatal o Municipal, como sujeto pasivo del delito, sería un verdadero acto de injusticia pues con ello restaríamos restando importancia a los dolores y sufrimientos aplicados a la víctima, relegándolos a un segundo plano como una consecuencia secundaria o accesoria del delito.

No se trata, tampoco, de restar importancia a los intereses de la Administración Pública; no se busca enfrentar el interés público con los individuales, sino que la tortura, antes que nada es violatoria de derechos personales que, de sobre manera, son los que resultan más afectadas en la comisión.

No se niega la lesión que resiente la administración pública pero dichos intereses se afectan solamente de manera secundaria o accesoria. Esto no ocurre, por ejemplo, en los delitos contra la administración pública, que nuestro Código Penal contempla en su título II.

En dichos delitos, como señala Jiménez Huerta (21), se protege a la administración Pública no en su abstracta generalidad sino en aquellas de sus concretas manifestaciones que por su importancia en la vida de relación se estiman necesitadas de tutela penal.

Los delitos contra la Administración Pública se clasifican en dos grandes grupos (22)

21 Derecho Penal Mexicano, Tomo V.

22 El Código Penal de Guanajuato, a diferencia del Federal, no hace dicha distinción, pues mezcla tanto unos como otros bajo el título genérico de delitos " Contra la Administración Pública "

primero, aquellos cuyo sujeto activo es un particular, como la desobediencia y la resistencia de particulares, la usurpación de funciones públicas, el quebrantamiento de sellos, etc; t segundo los realizados por los servidores públicos, como el cohecho, el peculado, el enriquecimiento ilegítimo, etc.

De cualquier manera, basta citar cualquiera de los delitos señalados para inferir de los mismos que es la Administración Pública la que resulta afectada, en cualquiera de sus manifestaciones, de manera directa. Así, por ejemplo, en el delito de peculado cuya conducta consiste, como lo señala el artículo 146 de nuestro Código Penal, en la disposición de bienes propiedad del Estado que le han sido encomendados única y exclusivamente al servidor público para el desempeño de sus actividades. Por tanto, dicha tenencia está supeditada a que sea dirigida al uso correcto y no para el provecho o beneficio de funcionario o empleado público. El bien jurídico tutelado en este caso es el patrimonio de la Administración Pública, viéndose afectadas sus acciones pues toda lesión patrimonial sugiere, o mejor dicho, representa un empobrecimiento del agente pasivo del delito. Hay una disminución en los caudales públicos. O también, en el caso del delito de usurpación de funciones públicas, en que se sanciona la actitud del particular que, indebidamente, se sustenta como funcionario público sin serlo.

En ambos delitos, además de los intereses de la administración pública pueden resultar afectados derechos personales pero esto no será sino una consecuencia secundaria o accesorial de dichos delitos. En otras palabras las personas son víctimas pero no sujetos pasivos de la conducta, pues en este caso lo es la administración pública.

IV.8.- PENALIDAD.

El artículo 215-Bis del Código Penal de nuestro Estado, que contempla el delito de tortura, señala una pena genérica que es de tres tipos:

- a).- Privativas de libertad.- Que va de dos a diez años de prisión.
- b).- Pecuniaria.- De doscientos a quinientos días multas.
- c).- Privativa o de inhabilitación de derechos.- La privación y la inhabilitación podrá ser hasta por el doble del término o tiempo que dure la pena privativa de libertad.

La pena contemplada es exactamente la misma que señala para tal delito la Ley Federal Para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Se puede decir que la pena específica, aplicable al que resulte responsable del delito, dependerá en función de la respectiva clase de tipo: delito consumado o tentativo. Además de los otros dos elementos o factores que debe tomar en cuenta el juzgador a la hora de hacer la individualización de la sentencia.

La pena privativa de libertad es inadecuada, La elevada antisocialidad de la conducta, la pluralidad de bienes jurídicos que resultan violados, así como las secuelas "Física y Psicológica" que deja, nos hace pensar que la pena resulta benigna. Es cierto, como ya se dijo, que a consecuencia de la tortura, pueden resultar otros delitos incrementándose a la pena que corresponda a la primera de estos últimos, pero tales resultados son eventuales. Puede o no darse. El legislador local debió ampliar un poco más el límite máximo. Dicho incremento deberá ser proporcional a los bienes jurídicos tutelados para tampoco incurrir en excesos.

Cuando se dice que además de la pena privativa de libertad, se aplicará como pena pecuniaria de " doscientos a quinientos días de salario mínimo como multa", el legislador local se aparta completamente del sistema adoptado por nuestro Código Penal adoptando el que sigue el Código Penal Federal. Creemos que ni siquiera se dio cuenta de dichos detalles, simplemente se redujo a transcribir, de "cabo a rabo", el contenido del artículo primero de la Ley Federal al respecto hacemos algunos comentarios.

a).- Nuestro Código Penal, al momento de referirse a la sanción pecuniaria, habla de que ésta puede consistir en multa o reparación de daño (Art. 50). Ahora bien, ¿ Que sistema adopta nuestro Código para la fijación de la pena multa?, no es difícil contestar que sigue el criterio de las cantidades mínimas y máximas. Así, por ejemplo, al referirse a la pena aplicable al responsable en la comisión del ilícito de lesiones graves, además de la pena de prisión (de dos a cinco años), señala que se impondrá multa de doscientos a trescientos mil pesos. (Art. 208).

b).- La adopción del sistema de días multas representa un adelanto. Es algo que no se discute. Pero surge⁴ la siguiente pregunta ¿Que entiende el legislador local por día multa? ¿Se refiere, con dicho término, al salario mínimo que rija en nuestro Estado al momento de la comisión del delito, o más bien a la percepción diaria del sujeto activo en dicho momento?.

En el sistema Federal no se presenta este problema. El Art. 29 Párrafo Segundo, del Código Penal Federal, dispone: " La multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado que se fijará por días multa los cuales no podrán exceder de quinientos. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento e consumar el delito, tomando encuentra todos sus ingresos". En la Legislación Penal secundaria, no existe ningún precepto semejante. Esto resulta lógico si consideramos que no es este el sistema adoptando. Pero, entonces, ¿Que criterio habrá de considerar el juzgador para cuantificar y hacer efectiva la sentencia pecuniaria de multa, en el caso del delito de tortura?.

Nosotros consideramos que en virtud del artículo 215-Bis tiene como su antecedente más directo e inmediato, a la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, además de que esta previene en su artículo 7º. La supletoriedad, entre otros, del Código Penal Federal, por tanto habrá que resolver el problema de conformidad con el criterio asentado por el artículo 29, párrafo segundo al que ya se hizo referencia, al menos en tanto no se reforme nuestro Código y asuma el sistema de día multa, ya sea en la aplicación de la pena de todos los delitos en general que la contemplan o sólo en lo que respecta al delito de tortura.

CAPITULO QUINTO

ESTUDIO JURIDICO DE LA INADECUADA UBICACION DEL DELITO DE TORTURA

V.I.- EL CONCURSO.

Una vez que se ha estudiado y analizado el bien jurídico que tutela el tipo penal de tortura, estamos ahora en la posibilidad de abordar el problema del concurso de delitos que puede presentarse.

Desde el punto de vista de la conducta voluntaria del agente y de la producción de un resultado, encontraremos que se pueden plantear las siguientes hipótesis:

- a).- Un acto - un resultado.
- b).- Un acto - varios resultados.
- c).- Varios actos - un resultado.
- d).- Varios actos - varios resultados.

La primera de dichas hipótesis representa la forma más simple en la comisión de un delito: a un acto corresponde, en exclusiva, un sólo resultado. El segundo de los supuestos lo que se ha dado por llamar en la doctrina jurídica concurso ideal. Un solo acto produce varias lesiones jurídicas protegidas penalmente.

Cuando se habla de varios actos y un solo resultado, estamos en presencia del llamado delito continuado. Este surge, según Cuello Calón (1) "Cuando el agente, con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta diversas acciones, cada uno de los cuales aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución parcial de un solo y único delito".

Hay, pues, en el delito continuado, unificación jurídica de conductas, toda vez que no son independientes, sino que atienden a una unidad de resolución.

Por último, a varios actos pueden corresponder varios resultados. Entonces se habla de concurso ideal de delitos. A cada acto corresponde un resultado, independiente y autónomo de los demás actos y de los demás resultados.

Por lo anterior, habrá concurso de delitos real o ideal, cuando a consecuencia de un solo acto o de varios, se producen varias lesiones, jurídicas. El agente ejecuta varios hechos delictuosos, de la misma o diversa índole. Se distinguen, así, dos tipos de concurso: el primero, llamado ideal o formal, surge cuando una sola acción origina varias infracciones de la Ley Penal; a diferencia del segundo llamado ideal, que a varias acciones, corresponden varios delitos, es decir: a cada acción le corresponde o de origen a un ilícito castigable penalmente.

En el presente capítulo nos ocuparemos, en exclusiva, del concurso ideal, referido al acto de tortura. También abordaremos aun que sea de manera breve, el llamado concurso aparente o, como señalan algunos autores, concurrencia de normas incompatibles entre sí. (1)

V.I.I.- CONCURSO IDEAL.

El sujeto activo, al momento de aplicar tormento a la víctima puede cometer no un solo delito sino varios. En efecto, en la aplicación de actos de tortura pueden originar un resultado material como son lesiones o la muerte de tortura.

Siendo que los bienes jurídicos que se tutelan en la nueva figura no son la salud ni la vida, por tanto surge así la posibilidad fáctica y jurídica de la presencia de un concurso ideal. al sujeto que habiendo aplicado tormento a una persona, y si ésta resulta lesionada o fallece a

consecuencia de la aplicación de dichos actos, se le aplicará, si se le encuentra culpable, además de la pena correspondiente por la tortura, la de los delitos de lesiones u homicidio, respectivamente.

V.I.2.- CONCURSO APARENTE.

Surge la duda respecto si puede coexistir simultáneamente el delito de tortura y el de abuso de autoridad, es decir si puede existir concurso ideal respecto de ambos delitos o si, por el contrario, resulta ser un simple concurso aparente.

El artículo 156 del Código Penal de Guanajuato define el abuso de autoridad en los siguientes términos: "Se impondrá de un mes a seis años de prisión, multa de cien a cinco mil pesos y destitución de empleo al funcionario o empleado público o de organismo descentralizado, que dolosamente, con ocasión de sus funciones o excediéndose en su ejercicio realice un hecho arbitrario o indevido". En relación con la tortura se advierten los siguientes elementos comunes:

- a).- Un sujeto activo cualificado.- Servidor público o funcionario.
- b).- Que la conducta se realice cuando el sujeto activo se encuentre en funciones. En el abuso de autoridad se habla " o excediéndose en su ejercicio", No pudiendo existir estos si no se encuentra además en funciones el servidor público.
- c).- Dolosidad en la conducta.- el delito de tortura habla de " intencionalmente", fórmula que se equipara al dolo.

d).- **Bien jurídico tutela.**- Es la función pública que realiza el Estado a través de los servidores públicos. EL delito de abuso de autoridad se encuentra ubicado en el título segundo, referente a los delitos "contra la administración pública". Ahora bien, entre los bienes que tutela la tortura se encuentra la legalidad y legitimidad en el ejercicio de la función pública.

Ambas figuras sólo difieren en cuanto a la conducta. En el abuso de autoridad la conducta consiste en la realización de actos indevidos o arbitrarios. Los conceptos "indebido" y "arbitrarios" son bastante genéricos. Es indevido aquello que va contra la moral o las buenas costumbres y es arbitrario un acto cuando es cometido extralimitándose en sus facultades legales el sujeto que lo realiza, o sin fundamento legal alguno. De ahí, pues la amplitud, de la conducta.

La aplicación de tormento a una persona, por parte del sujeto activo, ¿No constituye también un acto indebido o arbitrario?. Lo es en efecto tanto así que dichos actos, hasta antes de que apareciera el delito de tortura en nuestro Estado, podría haber quedado tipificado en el delito de abuso de autoridad.

Estamos convencidos de que ambas figuras penales son excluyentes, es decir no pueden darse, en virtud de un mismo acto, los delitos de abuso de autoridad y el delito de tortura, para lo cual se exponen las siguientes razones:

1).- Porque el bien jurídico en ambos delitos es idéntico. En atención al principio Constitucional de *non bis in idem* conforme al cual no se puede castigar dos veces a la misma persona por el mismo delito, descartamos la posibilidad de que pudiera darse el concurso entre dichos ilícitos penales. Al respecto señala Cardona y Ojeda: " Que el principio de especialidad es aquél que nos enseña cuando dos leyes penales, amabas tutelares de un

mismo bien, una de ellas contiene respecto de la otra uno o varios elementos que singularizan el supuesto, debiendo ser aplicada a la primera y excluida la segunda ". Así las cosas si la conducta se encuentra tipificada en el delito de tortura, se deberá castigar por éste y no por abuso de autoridad, menos aún castigarse por ambos.

2).- De igual manera tampoco creemos que se puedan dar los delitos de privación ilegal de libertad, dicho delito tutela la libertad al igual que la tortura. Hay, pues, entre ellos identidad en cuanto al bien jurídico, siguiendo aplicable las razones arriba expuestas.

3).- Ahora bien, en relación con el delito de amenazas, encontraremos en éstas se encuentran contempladas como medio del delito de tortura cuando el artículo 215-Bis señala, como uno de los medios para obtener de la persona torturada o de un tercero, la confesión o la información, " infligir dolores o sufrimientos graves o la coacción física o moralmente". En efecto el artículo 243 de nuestro Código define las amenazas como la intimidación que se hace a una persona de causarle un daño en sus bienes jurídicos o en los de un tercero. O la coacción física o moral, tiene su razón de ser en la intimidación del sujeto coaccionado. Intimidar es causar miedo, temor. Es el miedo o el temor el factor que determina (o que es capaz de determinar) que la coacción tenga éxito: Que el sujeto pasivo observe el proceder que el sujeto activo le obliga a realizar con la violencia ejercida. (2) Por tanto, siendo una de las formas de consumar la conducta en el delito de tortura, hacer uso de coacción en contra del torturado, resulta pues que las amenazas ya se encuentran contempladas a manera de medio, para la realización de la conducta. Es esta la razón y no otra, de que las amenazas y la tortura no puedan coexistir simultáneamente, integrando concurso.

V.2.- LA PARTICIPACION.

Como señala acertadamente Sebastián Soler, el delito no siempre es el producto de la actividad de un solo hombre; con frecuencia, a la realización de él concurren varias actividades referibles a varios sujetos. Surge así, en la doctrina del derecho penal, el concepto de participación.

En el texto del artículo 215-Bis del Código Penal local dispone: "Comete el delito de tortura, cualquier servidor público del Estado o de los Municipios que, por sí o valiéndose de tercero y en ejercicio de sus funciones, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves..." lo anterior, significa, que se admite en su comisión, los diversos grados de la participación: admite la posibilidad de la complicidad, la intervención de un autor material y de un instigador, (3) de un autor mediato y de un autor inmediato. No se está en presencia, pues, de una propia actividad. Este, para ser típico, y con ello punible, debe ser ejecutado de manera personal y directo por un cierto y determinado individuo. El ejemplo clásico lo constituye el delito de adulterio.

Ahora bien, la tortura es un delito especial. Así lo señala la Ley al exigir al sujeto activo la cualificación de servidor público. Por tanto, para que exista delito de tortura se requiere necesariamente, que alguno de los sujetos que en su comisión intervengan revistan dicha condición.

Cuando el delito se realice através de interpósita persona, y concretamente en el caso de la autoría mediata, es que pueden surgir las siguientes hipótesis:

3 Nuestro Código no contempla al autor intelectual, se redujo a definir al autor mediato y al instigador (arts. 20 y 21). De cualquier manera, no hay que confundir éste último con el autor intelectual, si bien participan de varias características; pero el instigador determina o induce a otro a cometer el delito, lo que no ocurre con el autor intelectual, cuya acción solo se reduce a plantearlo o prepararlo (Fracc. I, Art. 13 Código Penal Federal).

1).-Que el autor mediato e inmediato reúna la cualificación.

2).-Que sólo el autor mediato reúna la cualificación.

3).-Que el autor inmediato sea el único sujeto cualificado.

Los primeros dos casos no representan problema alguno atendiendo a lo que se dijo líneas arriba, es decir que basta que cualquiera de los sujetos que intervengan en su comisión sea servidor público. Pero el tercer caso sugiere ya cierta duda pues, como señala Soler, el autor mediato es el que ejecuta la acción por medio de otro que no es culpable, o no es imputable. La responsabilidad, pues, se desplaza al autor mediato. Pero resulta que éste no reúne la cualificación y por tanto no puede cometer el delito de tortura. Tampoco se puede castigar al autor inmediato atendiendo a que es inculpaible (porque actuó bajo coacción o por error) inimputable. Responderá sí de cualquier otro delito que pudiera resultar, pero jamás por el delito de tortura. Similar situación se plantea para el instigador a diferencia que, en este caso, el autor material sí es responsable del delito. En efecto, si una persona es inducida por otra para ejecutar el delito de tortura y la cualificación sólo la reúne la primera de ellas, entonces se plantea la siguiente situación: primeramente, existirá delito de tortura para la cualificación del sujeto autor material, segundo el instigador, sin embargo, en qué calidad habrá de castigársele. Será acaso, como instigador del delito de tortura.

Nuestro Código Penal sustenta el criterio de que los factores personales o subjetivos del partícipe sólo favorecen al partícipe en quien concurren, por tanto son intransmisibles al resto de los que participaron en la comisión del delito. Sólo admite la transmisibilidad de los aspectos objetivos del tipo. ¿no es la calidad de servidor público una calidad personal y, por tanto, intransmisible? En efecto, si la figura de tortura no hubiera incluido en su "fórmula" la mención expresa de que el mismo puede cometerse por medio de tercero, entonces hubiera

resultado que el autor material se le castigaría por la comisión del delito de tortura, pero el instigador no se le hubiera podido castigar por el mismo, sino exclusivamente por aquél otro delito cuyos actos de tortura pudieran dar lugar, tal como lesiones u homicidio. Esto ocurre por ejemplo, en los delitos contra la administración pública, en que se exige la cualificación del sujeto activo, pero que no contemplan la comisión mediante un tercero. (4)

Por todo lo anterior se puede advertir la enorme importancia que la figura delictiva de tortura agrega al resto de sus elementos, la posibilidad de ser ejecutada por sí o por medio de un tercero, evitando así las limitaciones impuestas por el Código.

V.3.- EL PROBLEMA DE LA PRUEBA.

El artículo 158, párrafo II, del Código de Procedimientos Penales local, establece: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando esté justificada la existencia de los elementos que constituyen el hecho delictuoso, según lo determina la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial". Nuestra legislación penal sólo contempla, como casos especiales de comprobación del cuerpo del delito, en tratándose de lesiones, homicidio, etc; en los demás casos admitirá, para su comprobación, cualquier medio probatorio. Esto resulta aplicable por tanto, al delito de tortura. Surge así el problema de la prueba, a la que haremos referencia a continuación.

⁴ No existe en la doctrina penal ni en la legislación, una idea clara sobre dicho concepto. El tipo delictivo y el *corpus delicti* se encuentran íntimamente vinculados; a tal grado que se confundieron (y se siguen confundiendo) uno y otro. La Suprema Corte, al señalar qué se debe entender por cuerpo del delito, lo define en los siguientes términos: "Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivo o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal" (Seminario Judicial de la Federación Segunda Parte, Tesis No. 81).

Para el presente punto nos concretaremos en exclusiva a la tortura inferida a los detenidos en la etapa previa del procedimiento, en decir en la etapa de la averiguación previa y hasta antes de que el Ministerio Público ejercite la acción penal. Lo hacemos en atención a que es el tipo de tortura más difundido en nuestro medio, además de considerar su alto grado de antisocialidad por ejercerla, o al menos tolerarla, por las propias autoridades.

La tortura es, en la mayoría de los casos, aplicada de manera clandestina. A la víctima se le detiene y aísla del resto del mundo; se le vendan los ojos para que no pueda identificar el rostro de sus torturadores o pueda hacer una descripción adecuada del lugar en que se le tuvo. Además, la incomunicación no siempre cesa al finalizar el interrogatorio en todos los casos, sino continúa, cuando la tortura deja huellas visibles, hasta que éstas desaparezcan. (5)

Por las condiciones en que se realiza la tortura, ¿A qué testigos puede recurrir el torturado para probar su dicho? ¿Qué agente policiaco estaría dispuesto a confesar haber maltratado al detenido? ¿Existe algún registro o constancia en que se plasmen los tratos de que fue objeto el ofendido durante su declaración?. Además la violencia moral no deja huella visible, apreciable por los sentidos. Así las amenazas atemorizan al amenazado, pero no opera a consecuencia de las mismas cambio alguno en su piel ni en sus órganos internos.

Aunque se puede alegar que la violencia física sí deja huella y por tanto es factible de ser probada, sabemos de antemano que ello no es lo común. El hombre agudizado su ingenio para inferir dolores y sufrimientos sin dejar huella en la víctima. ¿Qué puede invocar el acusado, entonces, para probar su dicho?, es su palabra contra la de sus torturadores. Así las cosas, ¿no se está imponiendo al acusado la carga de la prueba de algo que resulta casi imposible de probar?.

V.4.- EL PROBLEMA DE LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.

Aunque no es el momento adecuado para hacer una crítica a fondo sobre dicha Ley, es decir sobre la Ley Federal, analizando cuáles han sido hasta el momento los resultados reales en la prevención de la tortura, no queremos concluir, sin embargo, sin antes hacer algunos breves comentarios al respecto. De ello depende en gran medida los resultados que puedan separarse de la figura penal recientemente creada y adicionada a nuestro Código.

La Ley Federal fué publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 27 de Mayo de 1986, para entrar en vigor quince días después. Hasta el momento no se tiene conocimiento de que en los Tribunales Federales se hayan tramitado o esté en trámite algún proceso seguido por dicho delito, no obstante que a diario en los Juzgados locales y federales, los acusados siguen manifestando haber sido objeto de malos tratos o que se les obligó a vertir declaración ante el Ministerio Público, bajo coacción. Todo esto pone seriamente en entredicho la eficacia de dicha Ley. Surge así la interrogante: ¿ Basta la creación de la figura de tortura para que ésta sea abolida en la práctica de nuestro Estado y, en general, en todo el territorio nacional?.

La tortura, como fenómeno social que es, tiene su origen en multiples factores. Habrá, pues, que desifrar cuáles son éstos y la medida en la que influyen. La norma Penal obliga, no sólo por la fuerza coactiva de que puede hacer uso en el Estado para hacerla cumplir sino más bien porque protege algo considerado valioso por la sociedad (un derecho o interés jurídico). Pero la norma no puede abarcar todos los aspectos de la conducta antisocial, ni atacar el delito desde sus orígenes. Si bien es cierto que toda pena tiene en el fondo un contenido intimidatorio, sin embargo la prevención de los delitos no es la finalidad de ésta, o al menos la más importante.

Por lo anterior, es que expongo algunas consideraciones, quizás debatibles y hasta cierto modo incompletas, pero no dudo que ayudarán a comprender un poco más la magnitud y naturaleza del problema. No se pretende, hacer creer que con las ideas que se exponen en el presente trabajo, el problema de la tortura quedará en definitiva resuelto, no es esa la intención, pero si son ideas que creo deben ser tomadas en consideración si se quiere una solución efectiva para dicho problema.

A).- CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE RESPECTO DE LA CONFESION RETRACTA.

Ya se hizo incapié en el problema de prueba que representa acreditar que una persona detenida ha sido objeto de actos de tortura o que su declaración, vertida ante el Ministerio Público, fue obtenida mediante coacción o violencia. De esta forma la garantía Constitucional que tiene todo acusado durante la tramitación de cualquier causa penal en su contra, en el sentido de que no se le pueda compeler a declarar en su contra (art. 20 fracc. II Constitucional), se hace negatoria. La Suprema Corte ha contribuido, en cierto modo, a mantener dicha situación al considerar en jurisprudencia, que ante dos declaraciones en diverso sentido del acusado, prevalecerá la inicial, apoyándose para ello en el llamado principio de inmediatez. ¿ No resulta incongruente dicho criterio con la finalidad del delito de tortura? ¿ No será el momento en que la Suprema Corte, en base a la realidad que priva en los medios policíacos y penitenciarios de nuestro país, considere sobre dicho criterio?

Con el principio de inmediatez se pretende evitar el aleccionamiento de que puede ser objeto el acusado por parte de su defensor, señalándole lo que habrá de decir cuando

comparezca ante la autoridad, o también aprovechar el estado anímico en que se encuentra pues, como señala la corte, no pudiendo reflexionar en esos momentos sobre las consecuencias de sus actos, su dicho resulta ser espontáneo. Pero ¿no constituye, también, un verdadero aleccionamiento del procesado por parte de la autoridad, se le obliga a declarar mediante amenazas, bajo coacción o violencia?. En tal situación, como señala Beccaria, no le queda al torturado sino decir aquello que su torturador quiere que diga. (6) En donde queda, pues, la espontaneidad de la declaración primera. Dicho planteamiento queda en el aire, pues bien podría ser materia de estudio para un trabajo futuro.

B).- MONOPOLIO DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA PERSECUCION DE LOS DELITOS.

Otro factor que consideramos ha influido en el uso habitual que se hace de la tortura en la etapa prejudicial, lo constituyen las facultades amplísimas de que goza el Agente del Ministerio Público. El artículo 21 de la Constitución, en su párrafo primero, dispone: "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél". No son pocos los tratadistas que encuentran dicha disposición ampliamente controvertida por las consecuencias prácticas a que puede dar lugar por ser el origen de muchas injusticias pues, como señala Burgoa, "Siendo dicha entidad la titular exclusiva y excluyente de la mencionada facultad,... puede suceder que el Ministerio Público se abstenga legal e ilegítimamente de acusar a una persona como autor de un delito... el

ofendido en este caso, según lo ha asentado la Suprema Corte, no tiene ningún derecho para impugnar jurídicamente el acuerdo del Ministerio Público en el sentido de no ejercicio de la acción persecutoria, por lo que la vida, honra, intereses, etc; de los sujetos pasivos de una infracción penal quedan al arbitrio de la citada institución". (7)

Urge entonces, y a efecto de que la prevención de la tortura tenga éxito, hacer una revisión a fondo de las facultades legales la organización y limitaciones del Ministerio Público al momento de su actuación en la integración de la averiguación. No basta la presunción de buena fe que deposita el Estado y la sociedad, toda en la actuación de las autoridades.

No ha faltado quienes abogan por la abolición del Ministerio Público, pugnando por su desaparición. (8) Sin embargo, no se pretende llegar a tales extremos. En la práctica de casi todas las legislaciones del mundo (aunque con diferente denominación) está ampliamente reconocida la necesidad de dicha institución, pues como señala Siracunda,(9) uno de sus fervientes defensores sólo podría substituirse la institución del Ministerio Público con uno de los dos sistemas: El proceso de tipo inquisitorio o el ejercicio arbitrario de la acción penal, sistemas ambos despreciables por sus consecuencias, según lo ha mostrado la historia.

C).- LA INVESTIGACION CIENTIFICA DE LOS HECHOS CRIMINALES.

No basta, para combatir la tortura, la sola declaración de la Ley en el sentido de que toda declaración obtenida por medio de la violencia, físico o moral, no tendrá valor probatorio

7 Las garantías individuales, Editorial Porrúa.

8 JUVENTINO V. Castro, El Ministerio Público en México, Editorial Porrúa.

9 Citado por Juventino V. Castro, Id. Pág. 30.

alguno (art. 5º de la Ley Federal y 275, fracc. I del Código de Procedimientos Penales Local). La tortura como todo delito, es un fenómeno complejo, tiene origen en factores múltiples: sociales, políticos, económicos, etc; no negaremos, por tanto, la posibilidad de que el amplio uso que se hace de la misma ha sido propiciado en cierta medida por la falta de aplicación de métodos adecuados al momento del interrogatorio. Nuestra Policía Judicial no está integrada propiamente por agentes que sean unos especialistas en las técnicas de la "entrevista". Su escasa educación los lleva a obtener cualquier información de la manera más sencilla: mediante la amenaza y la intimidación. Agréguese a lo anterior el escaso presupuesto que se destina en la mayoría de los Estados de la República a la actividad pública de combatir el delito. Es necesario que se dote a cada uno de los Estados, de recursos bastantes, sean estos materiales, técnicos y científicos, a fin de aplicar métodos adecuados en la averiguación del hecho criminal y en la identificación de los culpables.

Como señala Jiménez Huerta, (10) la sociedad evoluciona día a día y con ella la manera de cometer los delitos. Cada vez se advierte el uso de métodos más sofisticados, por parte de los delincuentes, en la comisión de los delitos. Esto nos hace pensar en la necesidad que tiene el Estado de perfeccionar, cada vez más, las técnicas tendientes a atacar la delincuencia, apoyándose para tal efecto en las ciencias auxiliares del derecho penal, así como también en las disciplinas penales, principalmente en la criminalística y en la medicina legal.

Por demás, se advierte que en nuestra legislación y en la práctica forense, aún subsiste cierta importancia, exagerada, que se da a la confesión del reo, lo que nos hace pensar en la existencia de un cierto resago del procedimiento inquisitorio.

D).- LA PRESCENCIA DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA.

No resulta del todo desacertada la propuesta hecha por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Dr. Jorge Carpizo, al Ejecutivo Federal, en el sentido de que las declaraciones que se viertan ante el Ministerio Público, sólo tengan validez cuando éstas hayan sido vertidas en presencia del defensor del acusado. (11).

Pero esto implica hacer ciertas adecuaciones de tipo técnico (e incluso, posiblemente también de carácter constitucional), pues de conformidad con las ideas imperantes de la doctrina, no puede hablarse dentro del juicio penal de acusado y de defensor, sino hasta el momento en que el Ministerio Público ejercita la acción penal. Claro que lo anterior trae como consecuencia romper con la idea clásica que sobre el procedimiento penal se tiene, además de que también podría repercutir en la tardanza de los juicios. La intención sería buscar fórmulas que, sin romper las garantías de seguridad jurídica que tiene el acusado, o más bien dicho, con que cuenta el acusado, y se altere lo menos posible el procedimiento, se proteja al acusado de los malos tratos en la etapa prejudicial o de averiguación previa.

Ya algunos otros autores han hecho esa propuesta sobresaliendo las ideas de Luis de la Barrera Solórzano, quien ha enumerado una serie de derechos que tendría el defensor del acusado, en la etapa prejudicial, tales como :

- a) .- Vigilar que no se coaccione a los declarante.
- b) .- A exigir que las declaraciones se registren en su integridad y, si lo considera conveniente, de manera literal.
- c) .- A cuidar que las declaraciones no sean alteradas.
- d) .- A que se registren en el acta, con solicitud oral, las observaciones..

e) .- A interponer a los declarantes una vez que haya finalizado sus disposiciones.

f) .- A que los detenidos, previa solicitud oral sean examinados por un médico, en cualquier momento.

g) .- A que se le resiban, para su desahogo, las pruebas que ofresca.(12)

h) .- A visitar en cualquier momento a su defenso.

Con esta última propuesta, la cual ha sido recogida por el Presidente de la República y enviada al Congreso de la Unión como iniciativa de ley, lo que se pretende es evitar que el detenido quede incomunicado del resto de la sociedad, condiciones que propician la aplicación de malos tratos y actos de tortura en el acusado.

12 Esto último no nos parece adecuado, ello implicaría ampliar las facultades del Ministerio Público, las que ya de por sí son bastantes.

CONCLUSIONES

1).- La tortura se ha definido, en términos generales, como dolor, angustia, pena o aflicción graves. Esta puede ser, además, de dos tipos: la física, que aplicada, produce un dolor o sufrimiento corporal; y la moral o psicológica, que no obstante de no producir un dolor corporal alguno, sin embargo causa una aflicción o trastorno psicológico grave en la persona que la resiente.

2).- Al contrario de lo que ocurre en la actualidad en que la mayoría de las legislaciones la prohíben, en la antigüedad fue ampliamente reconocida e incluso regulada. En los siglos XV y XVI, la tortura se incorporó al procedimiento judicial de la mayoría de los países europeos, convirtiéndose en medio indispensable en la obtención de la confesión del reo.

3).- Es en la obra del contribuyente de 1857, con tendencia claramente liberal y con un concepto humanista en cuanto a las penas se refiere, en que se encuentra por primera vez la prohibición de cualquier forma de tortura y de todas aquellas penas crueles, inhumanas o degradantes. Desde entonces y hasta nuestros días, tales ideas se han mantenido como una constante en nuestra Carta Magna.

4).- Entre los antecedentes del delito de tortura que contempla el artículo 215-Bis del Código Penal de Guanajuato, se pueden señalar los siguientes:

a).- CONSTITUCIONAL.- Lo dispuesto en los artículos 19, párrafo tercero; 20, fracción II y artículo 22, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b).- En la Legislación Penal Secundaria.- No existe, fuera de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, ningún antecedente directo de dicha figura. Aunque los artículos 315,

párrafo primero y tercero, del Código Penal Federal, y 217, fracción IV del Código Penal Local, hacen a la tortura calificativa en los delitos de lesiones y homicidio; sin embargo no pueden ser considerados como un antecedente ya que los actos de tormenta a que hacen referencia de ninguna manera son aquellos a los que se refiere nuestra Constitución.

c).- INTERNACIONALES.- Son antecedentes de carácter Internacional del delito de tortura lo dispuesto en el artículo 5º De la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 1º de la Convención contra la Tortura y otros tratados crueles, inhumanos y degradantes; el artículo 2º y demás de la Convención Interamericana para sancionar y prevenir la tortura.

Pero de todos los antecedentes mencionados, el más directo e inmediato lo constituye la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 27 de Mayo de 1986. De ésta se transcribe, en su integridad, lo dispuesto por su artículo primero. Es así como el numeral 215-Bis de nuestro Código Penal Local, que contempla dicho delito, no es sino una copia fiel de dicha disposición.

5)- La tortura puede ser calificada como un delito: de acción, porque la conducta implica un acto positivo, un hacer; material, porque se produce una modificación en el mundo exterior (la causación de un dolor o aflicción). Esta considerado como un delito de lesión, en oposición al delito de peligro, pues todo acto de tortura con lleva una lesión, física o psicológica. Por su duración, generalmente es un delito continuado, cuando se realiza en varios actos; o bien permanente, cuando se hace uso de coacción moral. Es poco común que se de como un delito instantáneo, aunque puede ocurrir si la víctima accede a lo que se le pide en el primer acto de tortura. Ahora bien, estamos en presencia de un delito exclusivamente doloso: no admite en su comisión, la culpa o la preterintención. Atendiendo al sujeto activo, se trata de un delito unisubjetivo. Por su persecución, es de los delitos perseguibles de oficio.

Por último, desde el punto de vista legal, el legislador local lo incluyó entre los delitos "Contra las Personas" concretamente entre aquellos que vulneran la vida y la salud personal.

No estamos de acuerdo con la clasificación legal hecha por el legislador local. Es correcto de que se trata de un delito cuyo sujeto pasivo lo es la persona, por lo que su introducción en la Sección Cuarta de nuestro Código es correcta, más no así el que se le ubique entre los delitos que tutelan la vida y la salud. No son éstos los bienes jurídicos que penalmente se protegen en el delito de tortura, así que consideramos que sería más adecuado que se incluya en el título Segundo, es decir entre los delitos " Contra la libertad y seguridad de las personas".

6).- El ilícito penal de tortura no exige que, a consecuencia de la aplicación de los actos de tormento, se tenga que dar un resultado lesivo, diferente del dolor y sufrimiento de la víctima. Con ello el Legislador Local pone de manifiesto la elevada antisocialidad que representa el acto de tortura, produciendo por tanto su castigo muy independiente de los demás delitos a que pueda dar lugar.

7).- La tortura se encuentra íntimamente ligada al dolor o sufrimiento, sea éste físico o psicológico. Es así como ha surgido la duda respecto de si el delito de tortura habrá de extenderse también a todos aquellos actos consistentes en la aplicación de métodos que si bien no causan dolor alguno a la víctima, sin embargo sí representan un menoscabo, temporal o definitivo, en su personalidad, tal es el caso de las drogas desinhibitorias.

Es un grave error de la Ley no haber incluido en la conducta del delito de tortura tales métodos. Si bien es cierto que con ellos no se causa dolor alguno a la persona, también lo es que dichos métodos resultan aborrecibles y reprochables. No tipificarlos implica dejar una puerta abierta a la impunidad.

Próponemos, por tanto, que los mismos se incluyan en la descripción de la conducta del delito contemplado por el artículo 215-Bis del Código Penal Local, para quedar éste más o menos en los siguientes términos: "Se considerarán también actos de tortura, la aplicación sobre una persona, de todos aquellos métodos tendientes a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o mental, no obstante que no produzcan dolor alguno en la víctima".

Ahora bien, si con ello se cree estar rompiendo con el concepto clásico de tortura, es decir la causación de un dolor, entonces dicha fórmula podría agregarse, en artículo por separado, como una forma espuria del delito de tortura, como se hace en el delito de violación.

8).- En atención a que el delito exige ciertas características específicas del sujeto activo así como de la conducta, tenemos que ésta puede ser atípica en los siguientes casos:

I.- En relación al sujeto activo.- Cuando no reuna la cualificación de servidor público; o, siéndolo, no se encuentra en ejercicio de funciones públicas al momento de realizar el acto.

II.- En cuanto a la conducta.- Cuando con ésta no se persiga alguna de las finalidades que de manera limitativa señala la ley.

III.- Aspecto interno.- Cuando se advierte falta de dolo.

9).- ¿Cuál es el bien penalmente protegido en el delito de tortura? Se trata quizá del punto más interesante de ésta figura penal, y es que de su determinación dependerá, en gran medida, del enfoque que habrá de dar a otras cuestiones tales como: el concurso, el momento en que habrá de consumarse el delito, etc.

Estamos en presencia de un ilícito que tutela no uno sino varios bienes jurídicos, es decir hay multiplicidad de intereses jurídicos tutelados. Entre ellos se encuentra, en primer lugar, la libertad de expresión, cuando la víctima es obligada a confesar u otorgar una información en contra de su voluntad; o también la libertad de conducirse, si la tortura se aplica con la finalidad de obligar a la persona a asumir cierta actitud.

Pero no son los únicos derechos que se le vulneran a la persona, pues en virtud de que los actos de tortura normalmente se realizan en la clandestinidad, no tiene ésta la más mínima oportunidad a una adecuada defensa, o a que se le siga juicio conforme a derecho. A nadie escapa tampoco que el tormento va en contra de la dignidad humana al someterse a una persona a sufrimientos que van más allá de su resistencia física o psicológica. Por último cuando el sujeto activo aplica tormento sin que se lo autorice la Ley y en ejercicio de sus funciones, entonces tenemos que la que resulta afectada es la garantía de legalidad y legitimidad en el ejercicio de la función pública.

10).- El sujeto pasivo del delito es la persona sobre la cual se realizan los actos de tortura, es decir, la que resulta afectada material y jurídicamente en sus derechos. No es, por tanto, una simple víctima, como pudiera pensarse. Es cierto que la Administración Pública, Estatal o Municipal, también resulta afectada penalmente, pero no lo es tanto como la persona misma. No es sujeto pasivo del delito, sino una simple víctima, resulta afectada sólo de manera secundaria.

11).- En cuanto a la pena se refiere, encontramos que el artículo 215-Bis del Código Penal Local contempla tres tipos: una pena privativa de libertad, pena pecuniaria y la privativa o de inhabilitación de derechos. La primera, es decir, la pena privativa de libertad consideramos que resulta muy benigna, si tomamos en cuenta la elevada antisocialidad del ilícito así como también de la persona sujeto activo. Este se escuda en su carácter de Servidor Público para

realizar la conducta antisocial, violando así la confianza que en él depositó el Estado y la sociedad. Es por lo cual creemos que sería recomendable que el límite máximo que señala la Ley para la pena privativa de libertad debería de ampliarse más, por ejemplo hasta doce años de prisión.

Nuestro Código, al momento de referirse a la sanción pecuniaria, habla de "días multa", rompiéndose con el sistema de cantidades. Al no definir lo que se entiende por día multa, surge un problema de carácter técnico, mismo que creemos pueda ser solucionado recurriendo al Código Penal Federal que así lo define. Así pues, por día multa se entiende la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumarse el delito.

12).- El sujeto activo, al momento de aplicar tormento, puede cometer, además de tortura, el delito de lesiones y homicidio. En este caso habrá concurso ideal pues con una misma acción, vulneran varios delitos penalmente tutelados. Por tanto al que resulte culpable, además de la pena que corresponda por el delito de tortura, se le aplicará la del delito o delitos que resulten.

13).- No puede existir concurso de delitos, en tratándose del delito de tortura, cuando incidan además el abuso de autoridad, la privación ilegal de libertad o las amenazas, porque hay identidad en los bienes jurídicos que tutelan, por tanto, la tortura excluye a cualquiera de los delitos anteriores por existir, tan sólo, un concurso aparente de leyes.

14).- El delito de tortura admite, en su comisión, las diversas formas de participación: puede haber complicidad, intervención de un autor mediato y de un autor inmediato.

Si el delito fuere cometido con la intervención de un instigador y de un autor material, y si éste último es el que reúne la cualificación de servidor público, habrá delito y serán responsables del mismo ambos participantes, el primero como instigador y el segundo como autor material o ejecutor de la conducta. Pero esto sólo es posible gracias a que el tipo de tortura contempla la posibilidad de que el delito pueda ser cometido "por sí o por medio de tercero". De no haberlo contemplado, entonces tendríamos que el instigador no sería responsable del delito de tortura por no reunir la cualificación, sino que respondería exclusivamente por el delito que resulte diverso a la tortura. Lo anterior en atención al criterio que sostiene nuestro Código en el sentido de que las circunstancias personales o subjetivas solo benefician o perjudican al sujeto en el que incurrir, no siendo transmisibles a los demás sujetos que intervengan en la comisión del delito.

15).- El problema más serio que presente el delito de tortura es el de la prueba. En atención a las condiciones en que generalmente se aplican los actos de tortura (en el aislamiento y anonimato), tenemos que el torturado queda totalmente imposibilitado para acreditar que fue objeto de malos tratos o que la declaración que virtió ante el Ministerio Público fue obtenida mediante la violencia. Si a lo anterior agregamos, además, que muchas de las formas usadas para torturar no dejan huella visible en el cuerpo de la víctima, o si dejan, se requieren métodos sofisticados para su identificación, mismos que no se encuentran al alcance del tortura. Tal problema se plantea como imposible de resolver, a no ser que se considere la propuesta hecha por algunos juristas en el sentido de dar intervención al defensor (bien sea particular o de oficio) del acusado desde el momento mismo de su detención, estando presente en el momento en que éste vierta su declaración. Dicha propuesta no dejó de ser una de las muchas posibilidades que existen para evitar la tortura, sin embargo, trae consigo una serie de problemas técnicos-jurídicos que habrán de tomarse en cuenta a fin de que resulte efectiva dicha propuesta.

16).- Hasta el momento es notoria la ineficacia de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura , y es que siendo la tortura un fenómeno complejo cuyos orígenes son amplios y variados, su erradicación en definitiva no se logrará por la simple razón de castigársele penalmente. Creemos que hay falta de voluntad de parte de las autoridades para combatir de raíz el problema.

BIBLIOGRAFIA**A).- OBRAS GENERALES.**

- 1.- Beccaria, Tratado de los Delitos y de las Penas, Editorial Porrúa, México 1990.
- 2.- Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México 1988.
- 3.- Carrara Francesco, Programa de Derecho Criminal, Editorial TEMIS, Bogotá 1974.
- 4.- Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano (Parte General), Editorial Porrúa, México 1986.
- 5.- Carranca Raúl y Rivas, Derecho Penitenciario: Cárcel y Penas en México, Editorial Porrúa, México 1974.
- 6.- Castellanos Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Vigésima sexta edición, México 1989.
- 7.- Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Décimo Primera Edición, México 1989.
- 8.- Cuello Calón, Derecho Penal (Parte General), Editorial Bosch, Barcelona 1975.
- 9.- De la Barreda Solórzano Luis, La Tortura en México, Editorial Porrúa, México 1989.
- 10.- Diario de Sucesos Notables (1665-1703), Editorial Porrúa, Edición y Prólogo de Antonio Castro Leal, México 1946.
- 11.- Diccionario de la Lengua Real Española, Vigésima Edición, 1984.
- 12.- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXVI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Argentina 1957.
- 13.- Hans Welzel, Derecho Penal (Parte General), Edición De Palma, Buenos Aires 1956.
- 14.- Jimenez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano (Tomos IV y V), Editorial Porrúa, México 1985.

- 15.- Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Editorial Andrés Bello, Caracas 1945.
- 16.- Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III.
- 17.- Marco del Pont Luis, Penalogía y Sistemas Penitenciarios, Tomo I, Ediciones De Palma, Buenos Aires 1974.
- 18.- M. Gregorio, Diario, Editorial Porrúa, México 1973.
- 19.- Porte Petit Celestino, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Estupro, Editorial Porrúa, México 1988.
- 20.- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Ediciones De Palma, Buenos Aires 1976.
- 21.- Tena Ramírez Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, México 1989.
- 22.- Tortura, Informes de Amnistía Internacional.
- 23.- Vasconcelos Favón Francisco, La Tentativa, Editorial Porrúa, México 1982.
- 24.- Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1960.
- 25.- V, Castro Juventino, El Ministerio Público en México, Editorial Porrúa, México 1976
- 26.- Zarco Francisco, Historia de Congreso, Colegio de México, México 1980.

B).- LEGISLACION

I).- NACIONAL.

- 1.- Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato, Cardona y Ojeda, Editorial Cárdenas, México 1985.
- 2.- Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, Editorial Cárdenas.
- 3.- Código Penal Federal, Editorial Porrúa.

4.- Código de Procedimientos Penales Federal, Editorial Porrúa.

5.- Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, Editorial Porrúa.

II).- INTERNACIONAL.

1.- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura.

2.- Convención contra la Tortura y otros Tratos Penas Crueles, Inhumanas o Desagradables.

3.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.

C).- JURISPRUDENCIA.

1.- Seminario Judicial de la Federación, Cuarta Epoca, Editorial Cárdenas (MAYO).